



Julio M. Conte-Grand (Dir.)
María José Rodríguez (Coord.)

TRATADO DE Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

.....
Tomo I



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Tomo I



ÍNDICE - Tomo I

TRATADO DE Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Aspectos Generales y Fundamentales

Palabras de Presentación por Julio M. Conte-Grand	11

Sección I: Filosofía y Teoría del derecho

1. María José Rodríguez - Lenguaje claro ¿un regreso al Libro III de la Retórica de Aristóteles...?	17
2. Alberto M. Sánchez - Principios éticos de la función judicial	43
3. Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba - La mayor nobleza y peor vileza del Ministerio Público. Votos por un Ministerio Público más humano	65
4. Julio M. Conte-Grand - El debido proceso adjetivo y la tutela efectiva como punto de confluencia en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial	81

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

5. **Juan Carlos Cassagne** – Las reformas legislativas en la Argentina 105
6. **María Gabriela Ábalos** – El Ministerio Público en los regímenes constitucionales provinciales. Aportes del margen de apreciación local 121
7. **Juan Santiago Ylarri** – Los dictámenes jurídicos como aplicación de la Constitución: su contribución al derecho y la importancia de la protección de los derechos humanos 171
8. **Alfonso Santiago** – El Derecho Constitucional de las políticas públicas y las funciones del Ministerio Público 195
9. **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz** – Interés General y Estado Social y Democrático de Derecho 229

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

10. **Laura Monti & Mariano Javier Fernández** – Ministerio Público Fiscal de la Nación y debido proceso (con especial referencia al derecho público no penal) 257
11. **Gustavo E. Silva Tamayo** – Naturaleza jurídica de los dictámenes del Ministerio Público Fiscal 271
12. **Matías A. Sucunza** – Legitimación colectiva del Ministerio Público: deber institucional para la defensa de derechos y garantías constitucionales-convencionales 289
13. **Beltrán Gorostegui** – Proceso Sumario de Ilegitimidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires 321

14. Miguel Carlos Blanco – El control público no judicial	359

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

15. Horacio J. Romero Villanueva – El control de la acusación en el proceso argentino y comparado	381

16. Maximiliano Rusconi – Desafíos orgánicos y procesales para un Ministerio Público Fiscal eficiente, en un modelo acusatorio	403

17. Carlos A. Coria García – Anatomía de la imputación necesaria en el proceso penal de Corrientes	425

18. Nicolas Schiavo – Estructura y funciones epistémicas de la etapa intermedia	457

19. Fabián Uriel Fernández Garelo – La dirección de la policía en el proceso penal bonaerense	473

20. Ricardo A. Basilico & Mariano N. Lema – Desafíos del derecho penal ambiental en el siglo XXI	497

21. Fernando Ezequiel Sicilia – La desigualdad entre los iguales	529

22. Marcela De Langhe – El principio de oportunidad en el derecho penal del resarcimiento. Aproximación teórica y práctica judicial	551

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

23. Walter F. Carnota – Orígenes y desarrollo del Ministerio Público en el Fuero Federal de la Seguridad Social	579

24. Nicolás Diana – Apuntes sobre derecho y salud mental en la Provincia de Buenos Aires	593
25. María Isolina Dabove – Ministerio Público y vejez digna: Estrategias de protección de derechos en el ámbito provincial	625
26. Camila Beguiristain – Lecturas críticas para (re) pensar los abordajes del derecho humano a vivir en familia de las niñeces y adolescencias en situación de discapacidad	641
27. Jorge Eduardo Buompadre – Inteligencia artificial y violencia de género en entornos digitales. Especial referencia al delito de distribución de pornografía infantil. Algunas respuestas del anteproyecto de Código Penal 2024 para la Argentina	669
 Sección 6: Régimen disciplinario	
28. María José Rodríguez – El plazo de “caducidad – perención” como especificación legal del “plazo razonable” en los procedimientos disciplinarios	693
29. Fernando Gabriel Comadira – Prescripción de la acción disciplinaria: propuestas para una posible regulación	717
30. Miguel J. R. de Lezica – El nuevo régimen disciplinario del Ministerio Público	777
31. Miriam Ivanega – Procedimiento administrativo disciplinario y transparencia pública ¿un tema tradicional que se renueva?	797
32. Adrián González Illing – Desafíos que plantea el Derecho Administrativo Sancionador	815

33. Rosana C. Papazian – Procedimiento Sumarial: Etapas, prueba y recursos	931



Palabras de Introducción



Julio M. Conte-Grand

Procurador General ante la
Suprema Corte de Justicia de la
Provincia de Buenos Aires

Palabras de Introducción

“Es cierto, por otra parte, que el bien es idéntico para el individuo y para el Estado. Sin embargo, procurar y garantizar el bien del Estado, parece cosa más acabada y más grande; y si el bien es digno de ser amado, aunque se trate de un solo ser, es, no obstante, más bello, más divino, cuando se aplica a toda una Nación, cuando se aplica a Estados enteros.”

Pocas ideas condensan con tanta fuerza y claridad el sentido más profundo de la función pública como esta reflexión de Aristóteles. Nos recuerda que el compromiso con el bien común —más vasto, más complejo y más perfecto que cualquier bien individual— es el fundamento último de toda estructura institucional. En ese espíritu, es para mí un verdadero honor presentar este “Tratado sobre el Ministerio Público en sus tres ramas de gestión”, concebido como una contribución sustantiva a la reflexión jurídica y al fortalecimiento del Estado de Derecho.

Esta obra constituye una referencia rigurosa y de proyección práctica, que aborda en profundidad los principales institutos, fundamentos y funciones del Ministerio Público en sus tres expresiones: Fiscal, de la Defensa y Tutelar. Lejos de limitarse a un enfoque técnico, propone una mirada amplia, integradora y actualizada, que conjuga los aportes de la filosofía del derecho, la teoría constitucional, el derecho procesal, administrativo y penal, así como las herramientas de gestión, comunicación, innovación y control institucional.

1. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro I, Capítulo I. Ed. Imprenta Nacional de Costa Rica, 2016. Trad. Patricio de Azcárate. Disponible en https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/literatura%20universal/etica_a_nicomaco_edincr.pdf

El **Tomo I**, dedicado a los *aspectos generales y fundamentales*, recorre los cimientos filosóficos y normativos del Ministerio Público, e incorpora reflexiones sobre su legitimación, actuación procesal, competencias institucionales y el régimen disciplinario, sin perder de vista su vinculación esencial con los derechos humanos, la ética pública y el acceso a la justicia.

El **Tomo II**, enfocado en la *praxis institucional en sus tres ramas de gestión*, desarrolla con precisión la labor específica del Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y Tutelar, e incluye ejes transversales como la tecnología, el lenguaje claro, la justicia restaurativa, la gestión inteligente de la información, y una valiosa sección de derecho comparado especialmente enriquecida por las contribuciones de destacados juristas y académicos del ámbito internacional, quienes aportan una visión profunda sobre la organización y el funcionamiento del Ministerio Público en diversas experiencias latinoamericanas.

Este tratado se ofrece como un aporte sustantivo al pensamiento jurídico y a la construcción institucional, con vocación de enriquecer la reflexión, orientar el diseño de políticas públicas y contribuir a la mejora continua del Ministerio Público. Está dirigido a operadores jurídicos, académicos, funcionarios, estudiantes y a todos aquellos que reconocen que la legalidad debe estar siempre al servicio de la justicia, y que el ejercicio de la función pública exige no solo solvencia técnica, sino también una ética de la responsabilidad orientada al bien común.

Quiero expresar un especial agradecimiento al Centro de Información Jurídica (CIJUR), cuyo impulso, coordinación y compromiso académico han sido fundamentales para la realización de esta obra. Asimismo, mi reconocimiento y gratitud a cada uno de los autores que integran este tratado, por la generosidad de sus aportes, la profundidad de sus reflexiones y el rigor con el que han abordado los distintos aspectos del Ministerio Público desde sus diversas especialidades y trayectorias. Su trabajo colectivo enriquece este proyecto y le otorga el valor sustantivo que hoy lo distingue.

Gracias a ese esfuerzo compartido, a lo largo de estas páginas emerge una visión integral del Ministerio Público como actor clave en la defensa activa de los derechos fundamentales, la legalidad democrática y la cohesión social. Que este tratado, fruto de una construcción sostenida y plural, contribuya a formar

instituciones más virtuosas y nos recuerde —como lo advirtió Aristóteles hace más de dos mil años— que el bien más noble y más divino no es el que se busca en soledad, sino aquel que se construye, con esfuerzo y vocación, al servicio de todos.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name.

DR. JULIO CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 1: Filosofía y Teoría del derecho

Lenguaje claro ¿un regreso al Libro III de la Retórica de Aristóteles ?

María José Rodríguez

Lenguaje claro ¿un regreso al Libro III de la Retórica de Aristóteles ?

Por María José Rodríguez¹

“No basta saber lo que hay que decir sino que es necesario también dominar cómo hay que decir...”

Aristóteles, Retórica, Libro III²

1. INTRODUCCIÓN: EL LENGUAJE CLARO COMO DEBER SER Y LA RETÓRICA DE ARISTÓTELES ¿ALGO NUEVO BAJO EL SOL?

El fenómeno del lenguaje claro como “deber ser”, como paradigma en las funciones del poder del Estado (“poderes”) se inscribe como componente esencial y estratégico, en otro canon, el del “buen gobierno”³. Así lo entendía Aristóteles, para quien la retórica como arte es un instrumento de buen gobierno.

Esta noción de “buen gobierno” aparece reeditado en el contexto hodierno, bajo el rostro del “gobierno abierto”, que expresa el espíritu de época subyacente⁴.

El lenguaje es un elemento básico y sustentador de la sociedad, es una aportación del espíritu común y posibilita el entendimiento y la comunicación en las relaciones

1. María José Rodríguez. Argentina. Abogada (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad del Museo Social Argentino (grado) y en la Universidad Nacional de la Matanza y Universidad Austral (MDA; posgrado). Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, Universidad de Lorraine (Metz - Sarreguemines, Francia). Autora y coautora de libros y artículos varios sobre derecho administrativo. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

2. La elocución, v. Aristóteles, *Retórica*, p.178.

3. Aristóteles, *Retórica*, Edición del texto con aparato crítico, traducción, prólogo y notas por Antonio Tovar, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, v. Libro I, nota 4, p. 82.,

4. Rodríguez María José, “El ethos del ‘gobierno abierto’ como ágora virtual para la refundación de lo público y de lo político. El ‘gobierno abierto’ como corolario de la dignidad de la persona” disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15093>.

sociales⁵; debe ser “claro” para facilitar la comunicación entre los órganos del Estado y la ciudadanía.

En la función judicial, el lenguaje claro asume fundamental importancia debido a la trascendencia de las sentencias judiciales en los derechos fundamentales de las personas⁶.

Por cierto que el lenguaje claro no puede jamás desmerecer o implicar un empobrecimiento del contenido; y a ello, apunta la retórica, singularmente sistematizada como “arte” por Aristóteles. Este, a lo largo de la mencionada obra, pero, primordialmente, en el Libro III, nos regala un verdadero manual de lenguaje claro, de elocución y acción⁷, al que cabe remitir en honor a la brevedad, sin perjuicio de hacer escuetas referencias en este trabajo

La historia nos muestra cómo nace la valoración del lenguaje y su utilidad. Cómo nace, en definitiva, el arte del lenguaje o retórica, la oratoria, como su práctica, los vínculos de la retórica con la filosofía, la política, la ética y el derecho. Y por cierto, para qué sirve la retórica.

Porque el lenguaje -como el derecho- tienen la impronta de la historicidad. Son en el tiempo y a lo largo del tiempo. Devienen también en el tiempo.

2. EL ORIGEN DE LA RETÓRICA EN GRECIA Y EN SICILIA:

Los antiguos reconocieron a la retórica un poder casi mágico. Cicerón compara al orador con el músico. Pero el mal uso de la retórica y los peligros que podía apa-
rejar hicieron que el tradicional Areópago de Atenas prohibiera “hablar fuera de la cuestión”, acudir a medios ilegítimos en cierto modo. En igual sentido, Aristóteles recomienda en los asuntos de justicia, el hablar respetuoso, sin llantos ni gestos teatrales⁸.

5. Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1968, ps. 38 y ss.

6. Conte-Grand, Julio, “La importancia del lenguaje claro en el Derecho”, *Diario Nuevo Mundo*, San Juan, Argentina, ejemplar 10 de mayo de 2024.

7. Bajo este término debe entenderse el “recitado”.

8. V. Aristóteles, *Retórica*, edición del texto con aparato crítico, traducción, prólogo y notas por Antonio Tovar, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953; v. en especial, “Introducción. La retórica de los griegos. Las primeras Artes”, p. VI.

Para Platón -en quien encontramos el origen del término⁹-, la retórica tiene por finalidad la persuasión y da la práctica de cierto agrado y placer. Pero Platón le niega la calidad de arte a la retórica porque esta había osado plantear batalla a la filosofía¹⁰.

Según Tovar, a Sicilia nos llevan todas las indicaciones sobre los orígenes de la retórica, especialmente de la retórica como enseñanza sistemática y sujeta a un 'arte'.

En Sicilia, las circunstancias políticas, de deposición de tiranos (Hierón, luego Trasíbulo), generaron problemas jurídicos con las propiedades de los particulares; aparecen las primeras reglamentaciones y ejercicios prácticos en el ámbito forense, las primeras reglas de la retórica son escritas por Córax y Tisias (a mediados siglo V a. C.). Puede así decirse que la retórica nace en el ámbito forense (judicial)¹¹.

Los siracusanos dividían el discurso en siete partes; de ellas, cuatro, quedaron como definitivas: exordio, proposición, confirmación y epílogo¹².

De Sicilia, la retórica pasa a Grecia que se muestra como una tierra fecunda para su desarrollo. Advierte Tovar que hay una íntima conexión entre el desarrollo de la retórica y un régimen político donde el uso de la palabra alcanza su verdadero valor, donde hay igualdad de derecho a la palabra, porque todo ciudadano que aspiraba a intervenir en la dirección de los negocios públicos debía adquirir la práctica de la oratoria¹³.

Lo esencial de la escuela siciliana lo heredó Gorgias (filósofo sofista) quien desarrolló el género epidíctico o demostrativo, la oratoria de aparato y alcanzó fama por su nihilismo a partir de la proposición "Nada existe y si algo existiese sería incognoscible". Por su parte, Protágoras fue el mayor de los sofistas: desarrolló la doctrina del lenguaje germen de la gramática y la dialéctica. Es conocido por la sentencia "el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son y de las que no son, cuanto

9. En uno de los diálogos de Platón, *Gorgias*, que data de los años 388 a.C.385 a.C.

10. Aristóteles, *Retórica*, op. cit., p. VII.

11. Ídem.

12. Ídem.

13. Ídem.

que no son”, relativismo que reducía la verdad a la opinión individual.¹⁴.

Teodoro de Bizancio, -quien vivió la mayor parte de su vida en Grecia- tuvo gran éxito en el género epidíctico y se orientó hacia la oratoria forense¹⁵.

La retórica no tarda en chocar con la filosofía griega. La crisis de la teoría de la retórica viene por el enfrentamiento de dos contemporáneos que representan la posición de predominio de la retórica (Isócrates) y de la filosofía (Platón); la retórica de Isócrates que era brillante parecía a Platón una peligrosa aliada de los sofistas. La filosofía y la retórica tienen distinta finalidad, la retórica se conforma con lo verosímil, la segunda con la verdad, busca el ser. La retórica es para Platón pura habilidad práctica de orden inferior, destinada a la persuasión, como populachera adulación le quita su lugar a la sublime enseñanza capaz de hacer mejor es las almas de los hombres y compite con la política ideal que es la filosofía¹⁶.

Platón, que contemplaba la extensión en Atenas de las enseñanzas de la retórica levantó contra ella, reparos morales por el mal uso que se hacía con “el populacho de las asambleas y tribunales”¹⁷, advirtiendo que para los sofistas¹⁸ solo importaba la persuasión pero no la búsqueda de la verdad.

Así, Platón relega a la retórica a un modesto plano subordinado, lejos del afán de supremo de buscar la verdad, que es la misión de la filosofía¹⁹.

Aristóteles, en la Academia recibe el influjo de Platón. En su obra (diálogo) el “Grilo”, considera que la retórica no es un arte, dado que esta era capaz de defender dos opiniones opuestas al mismo tiempo, y no la búsqueda de la verdad; observa que

14. Ídem; v. también Zuretti, Juan Carlos, *Breve historia de la educación*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1988, ps. 51 a 52; Mondolfo, Rodolfo, *Breve historia del pensamiento antiguo*; Editorial Losada, Buenos Aires, 1962, ps. 18 a 19; Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 2004, ps. 29 a 30.

15. Aristóteles, *Retórica*, op. cit., p. XIII.

16. Ibídem, ps. XVI y ss.

17. Ibídem, ps. VI y VII.

18. Los sofistas que aparecen en Grecia en un momento de gran crisis intelectual y social, se ocupaban solo de nociones útiles a la vida social, enseñaban a través de diálogos donde por sus argucias excluían toda posibilidad de distinguir lo verdadero de lo falso. A esta habilidad se la denominó “dialéctica”. Desde el punto de vista moral, aceptaban todos los defectos de sus alumnos. Antes de corregirlos, preferían dejarlos seguir sus malas inclinaciones dándoles tan solo habilidad y erudición intelectual (Zuretti, Juan Carlos, op. y loc. cit.).

19. Aristóteles, op. cit. p. XXI.

carecía de campo propio y que no hacía sino entrar en conflicto con las otras artes y ciencias en cuyo campo penetraba con intención de persuadir²⁰.

Después del “Grilo”, ante nuevos ataques a Platón, Aristóteles se ve en la obligación de defenderlo y se pone a estudiar la retórica, lo que dará origen a su obra “Retórica”, más tarde²¹. En el marco de ese estudio de la tradición escolar retórica, Aristóteles adquiere ahora la convicción de que la retórica merece ser incorporada como arte.

Sostiene Aristóteles en el Libro I que la retórica es correlativa de la dialéctica²², ciencia madre del razonamiento probable.

Afirma al comienzo de Retórica (I.1 1354 a1-3), que ambas tienen que ver con cuestiones comunes y que no pertenecen a una ciencia determinada. Y más adelante, que “ni una ni otra constituyen ciencias acerca de cómo es algo determinado, sino simples facultades de proporcionar razones” (I.2 1356 a 32-4). En segundo lugar, ambas permiten argumentar en ambos sentidos y, en tercer lugar, ambas son susceptibles de mal uso²³.

Este es uno de los puntos centrales de la objeción que Platón hacía en su diálogo “Gorgias”. La subordinación a la ética que propone Aristóteles no excluye la admisión de la ambigüedad de la retórica, que, por otra parte, prácticamente no volverá a ser mencionada en el curso de la “Retórica”. Pero, en última instancia, es una respuesta al programa platónico que en “Fedro” terminará excluyendo a la retórica de la filosofía²⁴.

20. *Ibidem*, p. XXIII.

21. La Retórica dataría del año 329-23 a C. (v. Aristóteles, *op. cit.*, p. XXXV).

22. Aristóteles plantea una correlatividad entre la dialéctica y la retórica. Explica De Angelis que la dialéctica se ocupa de las conversaciones (en la modalidad pregunta-respuesta) mientras que la retórica tiene un discurso continuo. En la dialéctica intervienen dos o más participantes, y quizás un grupo limitado de espectadores que comparten con quien pregunta o con quien responde cierto perfil de racionalidad. En el caso de la retórica, por el contrario, quien habla lo hace ante un grupo heterogéneo e indeterminado con quien, es cierto, comparte al menos algunas reglas de comunicación básica. También se verifica entre ambas una diferencia de objetivos: la dialéctica busca razonar sobre todo problema que se proponga, a través de sus elementos fundamentales (propio, definición, género y accidente); es un método de examen que lleva a los principios. La retórica, en cambio, busca la persuasión o los medios adecuados para lograrla. Si bien ambas tratan con cualquier materia, en la práctica la dialéctica está asociada a asuntos teóricos y generales, y la retórica se aplica a casos prácticos y específicos; v. De Angelis, Romina. “Retórica y dialéctica: reflexiones sobre su relación en Retórica de Aristóteles”. *Stylos*, 22 (2013). Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/retorica-dialectica-reflexiones-aristoteles.pdf>.

23. Aristóteles, *op. cit.*, ps. XXIII y ss.

24. *Ídem*.

Para Aristóteles, la oratoria forense es la menos elevada ya que se nutre de “argumentos de fuera del arte”: pruebas de hecho y medios emocionales. Los elementos de hecho sustentan la triquiñuela basada en el argumento de lo verosímil; y los emocionales, constituyen artificios de persuasión a toda costa²⁵.

3. NO BASTA SABER LO QUE HAY QUE DECIR SINO QUE ES NECESARIO TAMBIÉN DOMINAR CÓMO HAY QUE DECIR...” LA ELOCUCIÓN²⁶ EN EL LIBRO III DE LA “RETÓRICA” ARISTOTÉLICA

“No basta saber lo que hay que decir sino que es necesario también dominar cómo hay que decir”.

Siendo todo el arte de la retórica relativo a la apariencia, hay que atender a este punto no como justificado sino como necesario, por “la imperfección del oyente”²⁷.

Si bien Aristóteles se plantea que lo justo es lo que hay que buscar en el discurso y nada más, -lo justo sería disputar con los mismos hechos, y que todo lo que queda fuera de la demostración debería ser superfluo-, considera que “La imperfección del oyente” torna necesario contar con una buena elocución y da consejos para ello, como la claridad en la dicción, la selección de palabras, el uso de la metáfora que presta claridad y agrado, recomendando además la pureza del lenguaje²⁸.

Proporciona como consejos para un hablar “puro”: a) un buen manejo de las conjunciones; b) hablar con las palabras propias y no con términos universales; c) no servirse de palabras ambigüas; d) guardar “lo que Protágoras distingue sobre los géneros de las palabras masculinas, femeninas y objetos²; y e) expresar con exactitud, lo múltiple y lo poco y lo uno.

Señala algunos vicios contra la pureza; se refiere también a los casos en los que corresponde el estilo pomposo y el patetismo.

25. Se refiere al género forense en el Libro I; v. Aristóteles, *Retórica*, op. cit., ps. 53 y ss.; v. también Prólogo de Tovar.

26. Consiste esta en la manera de expresar las ideas.

27. Aristóteles, op. cit., p. 179 y ss.

28. Ídem.

En cuanto al ritmo en la prosa, advierte que esta forma de estilo no debe ser ni en verso, ni sin ritmo. Lo primero parece artificioso y distrae porque hace que el espectador esté atendiendo a ver cuándo vuelve la cadencia. Pero lo que carece de ritmo es ilimitado; y es preciso que haya límites, si bien no en verso, ya que lo indefinido es desagradable e ininteligible. Es preciso que el discurso tenga ritmo, pero no un ritmo exacto, solo así será rítmico hasta cierto punto; el estilo “seguido” es el que no tiene fin por sí mismo, que termina solo cuando termina el asunto expuesto. Carece de agrado por ser infinito, porque todos quieren ver el fin; el estilo periódico es el que se distribuye en períodos, trozos que tienen principio y fin en sí y por sí mismo y una extensión abarcable a la mirada. Tal trozo es agradable y fácil de comprender; es agradable por cuanto contrapuesto al discurso infinito y porque siempre el oyente cree que alcanza algo y algo para él definido. Es necesario que el período se termine a la vez, junto con el pensamiento y que no lo corte.

Observa Aristóteles que a cada género conviene un estilo²⁹, no es el mismo el estilo de prosa escrita que el de debate, ni el de hablar ante el pueblo (estilo deliberativo) que el forense (judicial).

Señala como partes indispensables del discurso, la exposición y la argumentación; pueden agregarse a estas dos componentes: exordio, exposición, argumentación, epílogo; remarca que es preciso poner un nombre (un título) cuando se dice una especie y una diferencia³⁰.

Manifiesta que el exordio es el comienzo del discurso, prepara el camino de lo que sigue³¹. Este debe examinarse según los géneros demostrativo, forense y deliberativo.

En los discursos demostrativos, resalta, los exordios se sacan de la alabanza, del vituperio, de la persuasión, de la disuasión³².

En el género forense, prosigue, es preciso tener en cuenta que los exordios signifi-

29. Ibidem, p. 208.

30. Ibidem, p. 211.

31. Ibidem, p. 211.

32. Ibidem, p. 212.

can lo mismo que los prólogos de los dramas: se trata de exponer cuál es el fin al que se dirige el discurso; por eso si es evidente y pequeño el asunto, aconseja no servirse del exordio³³.

En cuanto al género deliberativo, como por naturaleza se sabe de lo que se va a tratar, el asunto no necesita de exordio. Hace falta exordio por motivo de ornato, cuando parecería un discurso improvisado, si no lo tiene³⁴.

En la demostración, sostiene, son cuatro los aspectos a tener en cuenta con respecto al punto disputado. Por ejemplo, si se disputa que el hecho no existió, en el juicio es preciso aplicar la demostración a esto especialmente; si se disputa sobre que no se hizo daño, a esto; o que el daño no fue tan grande; o que fue con derecho; de la misma manera que si la disputa fuera sobre si el hecho sucedió.

Aconseja no aducir nada falso; resalta que es preciso mirar si no se aduce algo falso en lo ajeno a la causa, pues si así se constatará, “esto parece un argumento concluyente de que se miente también en lo demás”³⁵.

En lo tocante al uso de ejemplos y entimemas, estima más propio de la oratoria deliberativa, porque esta se dirige al futuro, dar ejemplos de lo sucedido. Los entimemas no se han de decir de modo seguido, continuado, sino que se han de ir mezclando; de lo contrario, se perjudican entre sí; también debe limitarse su número. Tampoco corresponde -advierte-, la utilización de entimemas³⁶ cuando se quiera excitar una pasión³⁷.

Cada género exhibe notas propias; en el género deliberativo, hablar al pueblo es más difícil que hacerlo ante la justicia (género forense) porque se trata de un discurso sobre el futuro (el deliberativo); en contraposición, ante la justicia se habla de algo que ha ya sucedido. En la oratoria forense, la ley es el asunto y cuando se tiene un principio es fácil hallar una demostración. No recomienda el uso de digresiones en

33. Ibidem, p. 213.

34. Ibidem, ps. 215 a 216.

35. Ibidem, p. 222.

36. Entimema es un silogismo abreviado, en el que se ha suprimido alguna de las premisas o la conclusión, por resultar estas obvias.

37. Aristóteles, op. cit., p. 223.

el género deliberativo como en el judicial. La oratoria deliberativa es la que menos digresiones admite si no se quiere distraer al oyente. En cambio, en el género demostrativo es preciso adornar el discurso con elogios episódicos³⁸.

El uso de los entimemas es más adecuado para refutar que para demostrar. Ello, porque en los entimemas que refutan se ve más claro que está formando un razonamiento, porque los contrarios cuando se ponen juntos, se conocen mejor, tienen más fuerza argumental.

En lo atinente a las respuestas a la parte contraria, señala que lo que se dirige contra la parte adversaria no es de especie diferente sino de la misma que los argumentos que ora se refutan mediante objeción, ora, mediante silogismo. Recomienda tanto en el género deliberativo como en el forense, decir primero los argumentos propios y después salir al encuentro del adversario refutando y rebajando sus razones. Si la réplica fuera copiosa, hay que poner primero los argumentos contrarios. Cuando se hable después, en primer lugar, hay que hablar contra el discurso del adversario, refutándolo y haciendo razonamientos contrarios, sobre todo si aquel ha sido considerado favorablemente; ello, pues del mismo modo que no se da credibilidad a una persona que se considera sospechosa, tampoco se confía en un discurso contradictor si se juzga que el adversario ha hablado bien. Para preparar al oyente con respecto a un discurso que va a venir, deben destruirse las razones del contrario.

Es preciso preparar lugar en el oyente para el discurso que va a venir, lo cual sucederá si se destruyen las razones del contrario. Por eso, después de luchar contra todos los argumentos o contra los más importantes o contra los que más han gustado o contra los vulnerables, han de probarse las razones de uno mismo.

Con respecto a las preguntas ambiguas, es necesario responder distinguiendo con explicación y no concisamente; contra lo que parece desfavorable, incluyendo la refutación de inmediato en la respuesta.

Expresa, acerca de las cosas risibles, que es preciso estropear la seriedad de los adversarios con la risa. Y la risa, con la seriedad, cuando se tiene razón. Resalta que la

38. Ibidem, p. 224.

ironía es cosa más propia del hombre libre que la chocarrería, porque el irónico hace la burla para sí mismo, el chocarrero para divertir a otro.

Para finalizar, remarca que el epílogo se compone de cuatro elementos: disponer al oyente bien para uno mismo y mal para el contrario; ensalzar y rebajar, excitar en el oyente las pasiones y refrescar la memoria.

Una vez que las cosas son claras, y cuántas y cuáles son, hay que arrastrar al oyente a las pasiones: compasión indignación, ira, odio, envidia, emulación y afán de disputa.

Para que el discurso sea fácil de ser retenido conviene hacer repeticiones. En el exordio conviene exponer el asunto para que no pase inadvertido sobre qué es el juicio, en el epílogo hay que expresar cuáles son los puntos principales que han servido para la demostración.

El principio será decir que se ha hecho lo que se había prometido, de manera que hay que decir de qué se trata y el por qué. Cabe hablar por contraposición al adversario. Se pueden cotejar las razones que ambas partes han dicho sobre lo mismo o no contraponerlas.

Como final conviene el asíndeton del estilo para que sea peroración y no nueva oración (v.gr. “He dicho, habéis oído, decidid”)³⁹.

4. EL GIRO LINGÜÍSTICO: ¿UN RETORNO A LA ESCUELA DE LOS SOFISTAS?

Siendo el lenguaje, histórico, es decir, sujeto al tiempo, no resulta ajeno a las distintas posturas filosóficas que la historia de la humanidad desarrolla tanto en el plano metafísico, antropológico, ético y gnoseológico.

Por cierto, resultaría altamente complejo y hasta simplificador, desarrollar aquí la evolución del realismo, primero aristotélico, luego aristotélico tomista, pasar luego al racionalismo, al idealismo y al empirismo, a las filosofías del giro lingüístico, hasta

39. Ibidem, p. 229.

llegar a nuestros días. Todas estas corrientes filosóficas impactan en la comprensión que se pueda tener del lenguaje y su función.

Cabe, en aras de simplificar el análisis para ingresar directo al objeto de nuestro análisis, colacionar que “el lenguaje, desde la Grecia socrática había quedado reducido en la práctica epistemológica, a la función meramente denotativa”, esto es, referencial; pero que en los dos últimos siglos, ha redefinido su función significativa, y ha pasado a ocupar el lugar que había ocupado la razón desde la Grecia Socrática. Este fenómeno ha sido llamado “giro lingüístico”⁴⁰.

El giro lingüístico ha sido definido como “la sustitución de la razón por el lenguaje como fuente legítima de saber”⁴¹.

Se trata de un fenómeno de recusación radical de la razón como fundamento de la metafísica⁴².

Se rompe con la idea griega del lenguaje como acción mediadora entre la razón y la realidad, se recusa la noción según la cual, la práctica significativa del lenguaje no solo se hallaba subordinada a la razón, sino que quedaba reducida en la praxis epistemológica a la sola función denotativa, asertiva o enunciativa. A partir de este giro, el lenguaje no será más la expresión externa de un pensamiento que se había asumido como el lugar de la certeza sino que se revelará en su función generativa de realidad⁴³. El lenguaje tendrá como función determinar tanto el pensamiento como la realidad. Tendrá incluso una función generativa de lo justo, en el marco de posturas del constructivismo ético, que no proporcionan otro fundamento de lo justo que “el acuerdo” o el procedimiento seguido para la obtención de este.

Se ha caracterizado así al giro lingüístico como la insurrección del lenguaje frente a la razón, del significativo frente al significado⁴⁴.

40. López Frank, “El giro lingüístico de la filosofía y la historiografía contemporáneas”, en: Revista Mañongo 37, Vol. XIX, julio-diciembre 2011, ps. 189 a 213, disponible en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/postgrado/manongo37/art09.pdf>.

41. V. Echeverri, Rafael, cit. por Frank López, en op. cit. p. 192.

42. López, Frank, op. cit., p. 192.

43. Ibidem, p. 193.

44. Ibidem, p. 194

Se ha liberado el significante de la lógica del significado y se ha subordinado el significado a la lógica del lenguaje.

El lenguaje posibilita moldear el mundo fenomenológico para darle forma de pensamiento.

Se inscriben en esta corriente del giro, autores como Nietzsche, Heidegger, Wittgenstein, Austin, Derrida, Habermas, Gadamer, Lyotard.

Puede decirse que para la corriente del giro lingüístico, no existen hechos sino interpretaciones, dependientes primordialmente de la lengua en la que se habla y de la pertenencia a una cultura. Interpretar es crear. La cosa no preexiste, la cosa es consecuencia de la interpretación.

Cabe refutar la postulación del giro lingüístico. Como explica Hernández-Pacheco, solo porque el lenguaje no habla de sí mismo sino de las cosas a las que se refiere, hay en él, más o menos verdad o falsedad, sin que se pueda decir que el lenguaje sea, él mismo, la verdad de las cosas y solo porque el sentido de la conversación no es algo históricamente dado en ello, caben los malentendidos y se hace necesaria la interpretación⁴⁵.

El lenguaje refleja modalidades y usos tradicionales de una cultura; bien dice Gadamer que quien tiene un lenguaje tiene un mundo; pero las diferencias de cultura no significan que las palabras no se refieran a algo externo a las palabras. A título de elemental ejemplo, las expresiones en francés y portugués, respectivamente, “table de nuit” y “criado mudo” significan “mesa de luz” en español. Más allá de los matices de imágenes visuales y sonoras que utilizan los sintagmas traídos, reflejo de las diversas culturas propias de cada comunidad lingüística, todas ellas denotan un mueble que usualmente se coloca al lado de una cama, en su cabecera⁴⁶, en un dormitorio.

La historia y el sentido de justicia interpelan a estas filosofías: si no hay hechos, sino interpretaciones ¿resultan tan solo una ilusión, una apariencia, las variadas formas

45. Hernández-Pacheco, Javier, *Corrientes Actuales de Filosofía. La Escuela de Francfort. La Escuela Hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 261 a 262.

46. En francés también se utiliza la expresión “table de chevet” (mesa de cabecera) para aludir a lo que en español se conoce por “mesa de luz”.

de crímenes de lesa humanidad perpetradas singularmente durante la segunda guerra mundial (v.gr. por el régimen nazi en Alemania del Tercer Reich) así como por los totalitarismos de diverso signo, tanto durante la guerra como en la posguerra, como, por ejemplo, el stalinismo...?

¿Habría que considerar que la verdad histórica testimoniada incluso por sobrevivientes ha sido solo una “interpretación” subjetiva de estos, una “sensación” o mera apariencia ?

Nos parece que la sola postulación de la cuestión es una falta de respeto a la historia, a la verdad y a las personas.

¿No han sufrido en carne y espíritu propio, las víctimas de crímenes de lesa humanidad ? ¿Lo que les ha pasado, es solo una interpretación, un “relato posible”, a pesar de las pruebas objetivas colectadas, filmadas, documentadas, testimoniadas ? ¿habrá que sostener desde la filosofía de Schopenhauer que las experiencias personales, aunque dolorosas, en puridad son genuina apariencia de un principio único⁴⁷, la Voluntad, suscitada por el principio de individuación que genera la multiplicidad y el cambio por cierto, ficticios, aparentes ⁴⁸?

No llama la atención que la historia dé cuenta de fenómenos de aberración como los totalitarismos del siglo XX después de que la filosofía cortara el puente con la realidad y con toda ética objetiva a partir del racionalismo cartesiano y el posterior idealismo, y luego, con ciertas corrientes que derivan en el nihilismo. Pero sí sorprende que luego de las dos guerras mundiales, el pensamiento filosófico se haya exacerbado y radicalizado en las posturas que constituyen el giro lingüístico y que en definitiva, al negar la referencialidad objetiva del lenguaje, niegan toda posibilidad de una justicia y de una ética objetiva.

Cabe tener en cuenta que, como lo apreció en su momento el derecho romano, siempre práctico, la justicia siempre tiene un contenido concreto, referencial, ex-

47. Este principio único solo se advierte si a través de la contemplación se corre lo que Schopenhauer denomina el velo de Mayan.

48. Schopenhauer, Arthur, *El mundo como voluntad y representación*, con prólogo de Thomas Mann, traducción por Xul Solar, Colección Aniversario Losada, Buenos Aires, 2017, ps. 14 a 19.

terno, la justicia siempre es “un ejercicio de la realidad”⁴⁹.

Va de suyo que las filosofías del giro lingüístico proporcionan a la disciplina del derecho y la justicia un fundamento “débil” de lo justo, no objetivo. Decir que algo es justo solo porque nos hemos puesto de acuerdo, porque suscribimos una interpretación común, un lenguaje común, porque somos mayoría, puede justificar tanto un régimen sedicente liberal, como totalitario de apariencia democrática (como la ex URSS), que en nombre del pueblo, de las mayorías, vulneren los derechos de las personas y/o de las minorías. La idea de justicia parece reclamar fundamentos más sólidos que los procedimentales que preceden al acuerdo.

En efecto; sin desmedro de los aportes que las filosofías del giro lingüístico han significado para la disciplina del lenguaje, al examinar aspectos performativos o pragmáticos del lenguaje (Austin, Habermas, Wittgenstein), así como la puesta en valor que ha implicado para las diferencias culturales y regionales que se expresan a través del lenguaje, el giro lingüístico al reemplazar el ser de las cosas objetivo propio de la metafísica clásica, por el ser del lenguaje, totalmente mudable y relativo según las culturas -además de dependiente en puridad del ser de las cosas-, ha desembocado, en el campo de la gnoseología y de la ética, en el constructivismo ético subjetivista voluntarista y relativista (Habermas), ha puesto como fundamentos de la ética y la justicia a procedimientos a seguir para la obtención del consenso, concluyendo en justificaciones débiles y también, en gran medida, en una extrapolación de teorías que pueden ser aplicables en el campo de lo positivo empírico (como la teoría de la falsabilidad de Popper), al plano de las ciencias del espíritu, que naturalmente no son ni físicas ni materiales.

5. LENGUAJE Y DERECHO: EL LENGUAJE COMO SOPORTE DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA

La relación del derecho con el lenguaje es una de las elementales relaciones ontológicas de este. El lenguaje posibilita al hombre comunicar a otros hombres y hacerles comprensibles sus pensamientos, su sentir, su voluntad, de forma tal que con él se logra una coincidencia de contenidos espirituales, un entendimiento⁵⁰.

49. Di Pietro, Alfredo, *Iustissima Tellus*, en *nRevista Iustitiana*, año I, 3, 1965, p. 51.

50. Henkel, Heinrich, *op. cit.*, p. 85.

Como un amplio todo de signos vocales y escritos, confiere a estos signos un sentido y un significado que se vincula, dentro de una determinada coordinación, tanto a objetos corporales del mundo de las cosas como a objetos insensoriales de la representación, del pensamiento, del sentir, como en general, a todas las actividades espirituales del hombre⁵¹.

Esta atribución de signos para el sentido y significado de objetos situaciones y acontecimientos es aprehensible coincidentemente, por una pluralidad de personas que mediante articulaciones de sonidos y de signos escritos asociados en unidades de frase conforme a leyes gramaticales puede ser convertida en el contenido de su comunicación. Estos signos son capaces de transmitir a otros hombres con el mismo significado, un contenido espiritual de sentido expresado, estableciendo así entre los hombres un sentido idéntico en el pensamiento, la opinión, la voluntad⁵².

El lenguaje adquiere con el contenido de significado de su tesoro de palabras y de sus leyes gramaticales, y en virtud de su continua aplicación comunicativa dentro de un grupo humano, un ser propio, interpersonal y supra personal que como un ser objetivo reúne a los individuos en sus relaciones sociales y los vincula entre sí. Estos miembros se identifican en una comunidad lingüística⁵³.

El lenguaje sustenta al derecho. Este se corporiza, se positiviza en una sustancia material (papel, piedra, madera) pero no existe ningún vínculo inmediato que conduzca desde las conformaciones y signos corporales en la base material hasta el contenido espiritual del texto jurídico. El que establece este vínculo es el miembro intermedio del lenguaje como sustentador de los contenidos jurídicos de sentido. El lenguaje pone a disposición los elementos estructurales para el derecho positivo, haciendo posible mediante sus signos orales y escritos, el dar en forma comprensible para el espíritu receptivo, contenidos jurídicos y proposiciones jurídicas. El derecho adquiere forma solo mediante el médium del lenguaje. El derecho con ello se halla vinculado existencialmente al lenguaje⁵⁴.

51. *Ibidem*, p. 86

52. *Ídem*.

53. *Ibidem*, p. 86.

54. *Ibidem*, p. 87.

El texto jurídico como obra lingüística se halla expuesto al destino de la historicidad.

El lenguaje sustenta al derecho, ambos marchan juntos pero a diferente velocidad, no tienen la misma velocidad de movimiento, cada uno posee su ritmo de desarrollo sometido a leyes propias. La dependencia del derecho del lenguaje supone para el primero una multitud de tareas y problemas ⁵⁵.

Solo la forma lingüística confiere al contenido jurídico la posibilidad de una posesión suprapersonal en la sociedad. Esto es el presupuesto para la vigencia del derecho. La creación jurídica se realiza necesariamente con el médium de la creación lingüística. Una opinión común y una voluntad vinculante solo puede darse bajo la forma lingüística común. Solo así se logra la transmisibilidad⁵⁶.

El derecho debe utilizar en su expresión lingüística el lenguaje o lenguajes hablados en la sociedad, solo de esta forma puede alcanzar la mencionada validez general de su significado que como derecho vigente necesita⁵⁷. Pero ciertamente esta coincidencia necesaria entre lenguaje jurídico y lenguaje común admite modulaciones y limitaciones.

La imprecisión del lenguaje en la proposición jurídica perjudica la claridad jurídica que es menester alcanzar. Es preciso suprimir esta imprecisión con todos los medios. Al lenguaje jurídico le debe quedar reservada la posibilidad de discrepar del lenguaje general, sobre todo cuando el lenguaje corriente y el legal se han desarrollado separadamente a ritmos diferentes⁵⁸.

Pero aun así, esa tarea deberá ser completada a través de la interpretación de la norma a la que se dedican los órganos de aplicación del derecho como por la ciencia del derecho. Donde la claridad de la expresión lingüística encuentra su límite comienza el campo de trabajo de la exégesis jurídica. Pero esta no se puede situar en oposición abierta al sentido lingüístico.

55. Henkel, op. cit., p. 90.

56. Ibidem, ps. 91 a 92.

57. Ibidem, p. 92.

58. Ibidem, p. 97.

El contenido determina la forma del lenguaje, el objeto rige la índole de la declaración, esta es dependiente de aquel.

En el derecho el fin inmediato de la expresión lingüística está dirigido a establecer un comportamiento debido para las relaciones sociales a regular.

Es menester entonces llamar la atención sobre un fin más amplio que corresponde a las proposiciones jurídicas: el ser entendidas como derecho en la sociedad, pero estas declaraciones solo pueden convertirse en derecho vigente si son comprendidas por la sociedad. Por ello, es necesario exigir a la proposición jurídica, conforme al fin didáctico que persiguen, la claridad⁵⁹.

En cuanto al estilo actual del lenguaje jurídico, señala Henkel, parafraseando a Radbruch, que este no quiere ser más que un sobrio lenguaje ordenador que sigue un riguroso ascetismo en los medios de expresión⁶⁰.

6. LENGUAJE Y POLÍTICA. EL LENGUAJE COMO COMUNIDAD LINGÜÍSTICA Y COMO PATRIA: SON LOS POETAS LOS QUE CONVIERTEN LOS PASTOS EN PATRIA⁶¹

Considera Cassagne que el lenguaje constituye siempre un producto natural de la sociedad y la autoridad estatal no puede arrogarse la potestad de imponerlo. Su custodia y perfeccionamiento están a cargo de entidades académicas especializadas que se gobiernan sin intervención del Estado en casi todo el mundo occidental (ej. la RAE de España y la Academia Argentina de Letras)⁶².

Se trata de un elemento básico y sustentador de la sociedad, es un aportación del espíritu común y posibilita en entendimiento y la comunicación en las relaciones sociales⁶³.

59. Ibidem, p. 102.

60. Ibidem, p. 104.

61. Márais, Sándor ¡Tierra Tierra!, Narrativa Salamandra, España, 2008, ps. 140 y ss.

62. Cassagne, Juan Carlos, «El debate sobre el lenguaje inclusivo y la ideología de género», Diario «La Nación», ejemplar del 8-2-2023.

63. Henkel, Heinrich, op. cit., ps. 38 y ss.

Resulta ilustrativa y hasta emotiva la experiencia húngara sobre la construcción del lenguaje como patria contada por el escritor húngaro Sándor Márai⁶⁴, relato que trasunta el origen si se quiere “privado” del lenguaje y el rol que cabe a la literatura en la génesis de una Nación.

Señala el mencionado escritor que durante el siglo XX, el idioma húngaro no se hablaba todavía tan anclado en las distintas capas de la conciencia como el francés, el italiano, o el alemán. El idioma húngaro no había sido almacenado en ningún lugar: hubo que reunir sus palabras durante un milenio entero echando mano a vocablos prestados que en ocasiones eran extraños y no tenían nada que ver con el espíritu del idioma. Los escritores húngaros leían con la avidez y la avaricia de alguien que tiene una tarea urgente que resolver: la de compensar las carencias de mil años de soledad, silencio y sofoco asmático porque disponían de pocas palabras para contarse a sí mismos los descubrimientos sobre el gran secreto, sobre lo húngaro y lo cultural⁶⁵.

El idioma húngaro seguía careciendo de palabras. Había que rellenar el idioma húngaro con motivos de otros idiomas. Los húngaros no tenían palabras suficientes para contar en Europa todo lo que pensaban, todo lo que habían experimentado. No eran capaces de intercambiar ideas. Una idea necesita de palabras, sin palabras no puede haber intercambio, solo puede haber cosquilleo en la conciencia parecido al hormigueo en la piel. Fueron precisamente los poetas los que terminaron transformando los pastos en patria⁶⁶.

Los húngaros al estar entre medio de eslavos y germanos disponían de una patria: la lengua húngara. Todo lo demás era borroso, fronteras, pueblos, el idioma era lo único constante. Los escritores húngaros trataban de robar palabras para el idioma húngaro. Los escritores húngaros leían de todo tratando que el idioma húngaro no solo tuviera palabras necesarias sino también, no tan indispensables. Porque la literatura comienza con las palabras innecesarias. Y la nación comienza con la literatura⁶⁷.

⁶⁴. *Ibidem*, p. 86. Nos dice Henkel que solo la defensa del idioma patrio heredado contra el intrusismo lingüístico, especialmente contra la imposición de un lenguaje extraño, logra levantar en los grupos lingüísticos una vigorosa conciencia valorativa por su lenguaje.

⁶⁵. Márais, Sándor, op. y loc. cit.

⁶⁶. *Ídem*.

⁶⁷. *Ídem*.

7. LENGUAJE Y CULTURA DE LA CANCELACIÓN

Hemos visto el acento que el giro lingüístico pone en la capacidad generativa del lenguaje, en su aptitud para determinar el pensamiento y la realidad. Cualquiera sea el influjo del lenguaje por sobre el pensamiento, sea el primero constitutivo o no del segundo, lo cierto es que ni la sociedad ni el gobierno deben caer en la tentación autoritaria cuando no totalitaria de una cultura de cancelación respecto de ideas: ni directamente, ni a través de una “policía del lenguaje”.

No se puede prohibir hablar y, mucho menos, pensar. “Las ideas no se matan” escribió Sarmiento, cuando pasó por la Sierra Chica de Zonda (precordillera de San Juan), dirigiéndose hacia el exilio en Chile⁶⁸.

“La manera de derrotar malas ideas es la exposición, el argumento y la persuasión, no tratar de silenciarlas o desear expulsarlas”, dice un fragmento de una carta firmada contra la cultura de la cancelación por Margaret Atwood, Noam Chomsky, Salman Rushdie y otros 150 intelectuales de todo el mundo⁶⁹.

Ello, sin perjuicio del debido respeto hacia los derechos de las personas y su dignidad que el ejercicio del derecho de libre expresión debe preservar. Este es, sí, un límite importante a tener en cuenta. Porque en una sociedad democrática los derechos se gozan conforme las justas exigencias del bien común, lo cual significa que toda persona tiene deberes hacia la familia, la comunidad y el Estado (art. 32 CADH).

La literatura se inspira en la realidad (que ha ofrecido singularmente en los totalitarismos políticos, lamentables ejemplos en la materia de cultura de la cancelación) y hace la parodia de intentos cancelatorios, como el de la “novlangue” o “newspeak”, que aparece en la novela política de ficción distópica 1984, de George Orwell.

68. “On ne tue point les idées”.

69. V. Infobae, Ejemplar del 14-7-2024 disponible online en <https://www.infobae.com/sociedad/2020/07/11/que-es-la-cultura-de-la-cancelacion-la-tendencia-que-puede-destruir-a-alguien-en-pocos-minutos/>

8. PROGNOSIS CONCLUSIVA: DE REGRESO A UN ORIGEN CONOCIDO: EL “VERBO” COMO EXPRESIÓN DEL “LOGOS”

En el principio existía el Verbo, y el Verbo estaba junto a Dios, y el Verbo era Dios. Él estaba en el principio junto a Dios. Por medio de él se hizo todo, y sin él no se hizo nada de cuanto se ha hecho.

En él estaba la vida, y la vida era la luz de los hombres. Y la luz brilla en la tiniebla, y la tiniebla no lo recibió.

Tal como enseña el evangelio según San Juan (1,1-18), Jesucristo, “la Palabra” o “Verbo encarnado”, el “Logos”⁷⁰, viene a comunicar, a revelar la “mente” de Dios a los hombres, a iluminarlos. Nótese la función de revelación, de “expresión del pensamiento” que tiene en su origen, según el relato bíblico, la palabra. La palabra expresa la mente, el pensamiento.

La filosofía del denominado giro lingüístico autonomiza la noción de palabra que ya no es más que expresión de sí misma, -no de una idea o concepto-, no revela el ser de las cosas sino que se constituye como el ser de las cosas, pierde su carácter referencial, objetivo.

En el marco del aludido giro lingüístico ya no hay ser de las cosas sino relaciones entre palabras que determinan el sentido de cada una de estas. Ya la palabra pierde el rol de comunicar “algo” porque ese “algo” no existe. Va de suyo que el resultado es una Babel⁷¹ en la que nadie se entiende.

Como la palabra solo expresa interpretaciones de interpretaciones previas, todo es relato inspirado por otro relato, en puridad, no hay realidad externa, ni verdad como concordancia del pensamiento con lo que la cosa es.

Así, en definitiva, el giro lingüístico -al menos la proyección de sus postulados- implica la negación también de lo injusto objetivo: todo lo que percibimos o que la

70. V. García-Moreno, Antonio, “Aspectos teológicos del prólogo de San Juan”, en *Scripta Theologica* 21 (1989/2), ps. 411 a 430).

71. Babel en hebreo significa confundir, v. Croatto, Jose Severino “El relato de la torre de Babel” · Genesis 11:1-9), *Revista Bíblica*, año 58, 1996/2, ps. 65 a 80.

historia nos muestra como aberraciones de la humanidad, sacrificio de vidas humanas, menosprecio de ellas, crímenes de lesa humanidad, violaciones de derechos, resultan simples “apariencias”, fenómenos, provistos por un principio de individuación de algo; de “algo” que para Platón podrán ser las ideas, para Kant “la cosa en sí”, para Schopenhauer, la Voluntad (entendida como principio vital), y que para los autores del giro lingüístico, será una “interpretación de otra interpretación”, en definitiva algo circular, inmanente, vacío, carente de referencialidad externa y objetiva.

Nótese que para Schopenhauer⁷², en quien se inspira su discípulo Nietzsche, padre en puridad de la escuela del giro lingüístico, la muerte pertenece por completo a la apariencia, a lo empírico, a la esfera de la multiplicidad y del cambio.

Lo que muere en nosotros (que solo somos apariencia, expresión de un principio de vida al que denomina, la Voluntad), es tan solo la individualización; el núcleo de nuestro ser, la voluntad, que es la voluntad de vivir, queda con ello del todo incontestable⁷³.

No sorprende que desde esa perspectiva, la vida humana concreta, singular, “individualizada”, personal, o sus derechos, al ser solo apariencias, carezcan de valor alguno.

Desde estas reflexiones, cabe reivindicar para el campo del Derecho y de la Justicia, nociones axiológicas por antonomasia, la función denotativa y referencial del Lenguaje como expresión de la idea que refleja lo que la cosa objetiva es. Solo una gnoseología que admita la posibilidad de conocer el ser de las cosas, permitirá aprehender su deber ser⁷⁴ y sentar las bases de lo justo objetivo, de lo que es justo más allá de los procedimientos de consenso implementados, como sostiene el constructivismo ético.

Como el derecho debe ser conocido y comprendido, para cumplir con su función reguladora y ordenadora, -incluso política en tanto constitutiva de una comunidad lingüística y jurídica- aparece la importancia de la claridad del lenguaje y del domi-

72. Schopenhauer reconoce inspiración en Platón y en Kant; v. Schopenhauer, Arthur, op. cit., p.13.

73. Schopenhauer, Arthur, op. cit., ps. 13 a 20.

74. Porque el deber ser se funda en el ser.

nio de las reglas del arte de la retórica, para la adecuada comunicación. Estas reglas fueron magistralmente enseñadas desde temprano por Aristóteles en los tres libros de su Retórica; singularmente en el libro III. Trátase de un verdadero “manual de lenguaje claro” -que contempla entre los géneros que desarrolla, la retórica y oratoria forenses-.

Y nos reconcilia con las bases metafísicas, antropológicas, gnoseológicas y éticas en que reposa un verdadero Derecho que cumple con su función antropológica de “humanizar al hombre” como lo sostiene Supiot⁷⁵.

75. Supiot, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil. France, 2005; en especial, v. p. 203.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 1: Filosofía y Teoría del derecho

Principios éticos de la función judicial

Alberto M. Sánchez

Principios éticos de la función judicial

Por Alberto M. Sánchez¹

1. INTRODUCCIÓN

Hablar, o escribir, sobre ética es hoy una tarea compleja. La ética está indisolublemente anclada a la verdad, y estamos inmersos en una cultura relativista, en la cual se pretende que cada uno tiene “su verdad”. Es la época del egocentrismo y se nos propone vivir una “ética del egocentrismo”. Para esta ética del egocentrismo es bueno -moral- lo que me conviene, lo que me da placer, lo que me da poder, lo que esté en sintonía con mi manera de pensar, lo que avala mi manera de actuar. Hoy no existe, en este sentido, una adecuación de la conducta a principios determinados a priori como buenos sino al revés: actuar primero y justificar lo actuado después.

Como bien afirma Sotelo de Andreau, “poco a poco la ética se convirtió en un tema exótico de investigación, no por la caracterización de los estudiosos, sino por el interés que por ella se muestra. En el proceso de difusión aparecen obstáculos puestos en juego tanto por el emisor como el receptor; pareciera como que no se desea internalizarla. La ética se ha convertido en una imagen virtual”².

En nuestros tiempos es más importante tener razón que encontrar la verdad y, en el esfuerzo por imponer la “verdad personal”, se dificultan los canales de encuentro y de diálogo.

Sin embargo, lo verdaderamente importante es encontrar la verdad, no construirla como propone el consensualismo, sino encontrarla. Lo decía generalmente el poeta español Antonio Machado:

1. Doctor en Derecho. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza. Profesor de posgrado en universidades de Argentina.

2. SOTELO DE ANDREAU, Mirta G. “La ética, la corrupción y la función pública”. Universidad de la Cuenca del Plata. Corrientes. 2007. Pág. 53.

“¿Tu verdad? No, la Verdad;

y ven conmigo a buscarla.

La tuya, guárdatela”³.

El relativismo es la negación misma de la verdad, porque rechaza la idea de una verdad única y universal aplicable en todos lados y en todos los tiempos, como proponía Cicerón, medio siglo antes de Cristo, en el Tratado de la República:

“Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de atemorizar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado, ni el pueblo pueden librarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos”⁴.

Esta ley inmutable y eterna no es reconocida por el relativismo hoy imperante, para quien la verdad –y por ende la moral y la ética⁵– son cuestiones meramente subjetivas o, en el mejor de los casos, culturales.

Existe también una idea equivocada, en un sentido quizás opuesto: pretender imponer una ética única a partir de una determinada concepción religiosa. A esto debe contestarse que la ética no es parte de la teología sino de la filosofía y, por tanto, es un deber insoslayable encontrar fundamentos éticos de la conducta humana en causas que la razón puede visualizar. Obviamente esto no quiere decir que los principios éticos no encuentren arraigo en los valores religiosos, sino que es imperioso encontrar fundamentos que puedan ser entendidos y compartidos por todo ser humano, posea o no alguna creencia religiosa en particular.

3. MACHADO, Antonio. “Proverbios y cantares”. LXXXV.

4. CICERÓN, Marco Tulio. Tratado sobre la República.

5. Aunque es posible diferenciarlas, me referiré a ética y moral indistintamente.

El enorme desafío de hoy, entonces, es cómo hablar de ética en una cultura donde se pretende que cada uno tenga su propia ética, con lo cual no hay una única ética, sino infinitas éticas. Y ante la necesidad de una convivencia social que requiere definir qué conductas son aceptables y cuáles no, surge entonces el problema, a mi juicio insoluble, de definir cuál es el mecanismo para tal determinación. Los cultores del relativismo aducen que la solución es el consensualismo o constructivismo: las conductas éticamente correctas o incorrectas se determinan por el consenso. Pero lo cierto es que no existen mecanismos -porque ello sería obviamente imposible- para requerir el consenso de cada uno de los ciudadanos de una sociedad, por lo que finalmente hay una remisión a la representación: la definición de la valoración ética que se volcará en las normas será fruto de un debate parlamentario. En otras palabras, la ética será lo que el Congreso nacional decida que sea en cada composición que tenga. Y aún más: podría darse el caso de que la norma en la que se vuelca esa definición ética sea finalmente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con lo cual la definición ética estaría en manos de tres personas, o vetada por el Presidente, con lo cual tal definición sería competencia de una persona.

Esta idea ha producido, por ejemplo, que determinada conducta pase de ser un delito a un derecho, como fue el caso del aborto directamente provocado.

Esta es la gran dificultad del consensualismo: lo que hoy nos parece una aberración podría ser mañana un derecho. O a la inversa: lo que hoy damos por elemental, no fue así en el pasado. Pensemos simplemente que la mujer sólo pudo ejercer el derecho al voto en Argentina a mediados del siglo pasado. Antes no, y para el consensualismo, si pretende ser coherente, eso estaba muy bien en aquel momento. Lo mismo podríamos decir de la esclavitud y de tantos otros atentados a la dignidad humana.

Podríamos entonces preguntarnos: ¿Es entonces la moral una definición histórica?

En otro orden de cosas, sabemos que hoy, por ejemplo, la homosexualidad es fuente de derechos (en Argentina, la unión de personas del mismo sexo) y a la vez está castigada con la pena de muerte (Brunei, Irán, Mauritania, Nigeria, Arabia Saudita, Yemen).

Podríamos entonces preguntarnos: ¿Es entonces la moral una definición geográfica?

La confusión entre lo moral y lo cultural no es nueva, pero es siempre perniciosa.

En definitiva, entiendo que existe una sola verdad esencial, que da fundamento a una moral objetiva. Para el cristiano esa Verdad se escribe con mayúscula y es una Persona. Para quienes carecen de creencias religiosas, la verdad única que da fundamento a una moral objetiva encontrará su base de sustentación en la naturaleza humana, en la razón, a través del descubrimiento de aquello que plenifica el ser. En ningún caso, podrá aceptarse que cada uno determina lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo aceptable y lo reprochable. Obviamente, dejamos de lado el infinito campo de las cuestiones “opinables”, que son la mayoría.

La verdad alude a lo esencial, y es en la esencia de las cosas -en aquello que ellas son- donde podremos encontrar el punto de partida. Una vez más Machado⁶:

“La verdad es lo que es,

y sigue siendo verdad

aunque se piense al revés”.

Por último, no puede soslayarse acerca de la relación entre ética y función pública. Al respecto, sostiene Rodríguez-Arana Muñoz, con agudeza y precisión: “Efectivamente, la Ética aplicada a la función pública tiene su eje central en la idea de servicio... como ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos, al compromiso con el bienestar general de la gente”⁷.

2. ÉTICA E IDONEIDAD

El art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina dispone que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”⁸. El texto es muy claro, pero a la vez configura un concepto jurídico indeterminado: ¿cómo se caracteriza a la idoneidad; qué elementos la componen; es

6. MACHADO, Antonio. Op. cit. XXX.

7. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Ética, poder y Estado”. RAP. Buenos Aires. 2004. Pág. 36.

8. También la cuestión está presente en el Derecho Público Provincial. Establecen la idoneidad como condición de ingreso las constituciones de: Catamarca (art. 166), Chaco (art. 69), Chubut (art. 67), Córdoba (art. 174), Formosa (art. 89), Jujuy (art. 25), La Pampa (art. 27), La Rioja (art. 43), Mendoza (art. 30), Misiones (art. 75), Río Negro (art. 51), Salta (art. 29), San Juan (art. 45), San Luis (art. 23), Santiago del Estero (art. 20) y Santa Cruz (art. 32). Además, y esto es de suma importancia, la exigen como requisito de permanencia en el cargo las constituciones de: Chaco (art. 70), Entre Ríos (art. 21), Formosa (art. 89), La Pampa (art. 27), Río Negro (art. 51), San Juan (art. 46) y Santa Cruz (art. 32).

la misma en cualquier caso o debemos hablar de idoneidades para las distintas funciones; es un presupuesto de mínima o posee un contenido complejo?

Lo cierto es que, en general, la idoneidad para ocupar cargos públicos no está reglamentada en nuestro país. Me he referido a este tema en anteriores trabajos y a ellos me remito⁹. Para lo que aquí es esencial, simplemente diré dos cosas.

La primera es que durante mucho tiempo se confundió “idoneidad” con “capacidad técnica”. El “idóneo” era el que sabía hacer las cosas técnica o profesionalmente bien. Sin embargo, como veremos, la idoneidad es mucho más que eso.

La segunda es que la idoneidad se afirmaba en la “experiencia”, la que a su vez se definía como mucho tiempo realizando la misma tarea. Esta caracterización es hoy anacrónica. Ya no existe “la misma tarea”, toda vez que la vertiginosidad del cambio tecnológico incide de modo sorprendente en cada actividad humana. Por eso es que, a mi juicio, la estabilidad del funcionario, del magistrado y del empleado público está necesariamente “atada” a la idoneidad. Como ya no se puede ser idóneo de una vez y para siempre, quien deja de serlo ha de perder su estabilidad. No es posible que la estructura estatal cobije personas que ya no están a la altura de la responsabilidad que implica su cargo, que han dejado de ser idóneos para la función pública. Por ello, es imperioso que, a las tradicionales causas segregativas (cesantía o exoneración por causas disciplinarias y cese por desaparición del organismo e imposibilidad de reubicación), se agregue la de “inidoneidad sobreviniente”.

Claro está que, para ello, el Estado habrá de ofrecer capacitación permanentemente a sus cuadros, de modo que la pérdida de idoneidad no sea causa de falta de oportunidades sino de una actitud desaprensiva frente a ellas.

9. SÁNCHEZ, Alberto M. “Contratos Administrativos”. AA.VV. “Empleo público: situación actual y perspectivas”. Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires. 2000; “Estudios de Derecho Administrativo VII – El funcionario público”. AA.VV. “La idoneidad en el funcionario público”. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Dike. Mendoza. 2002; “Organización administrativa, función pública y dominio público”. AA.VV. “La profesionalización de la Administración Pública”. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2005; “Desafíos del derecho argentino en la actualidad”. XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. AA.VV. “Hacia un nuevo concepto de la estabilidad del empleado público”. Ediciones RAP. Buenos Aires. 2008; “La enseñanza de la ética en tiempos de relativismo”. Revista Jurídica Austral. Vol. 1, N° 2. 2020; “La ética en el abogado del Estado”. El Derecho. Revista de Derecho Administrativo. N° 9. Octubre 2021.

Ahora bien: ¿cómo caracterizar la idoneidad? ¿Cuáles son los elementos que la componen? Vuelco acá -parcialmente- lo ya expresado en otros trabajos por su importancia en la comprensión del tema bajo examen.

a). Moralidad

No puede obviarse, en modo alguno, esta esencial faceta en el funcionario público, quien debe reunir determinadas condiciones éticas. Definir el alcance de las mismas no es tarea fácil, como se ha explicitado, en estas épocas de relativismo y subjetivismo. Simplemente habré de decir que, más allá de las opiniones personales acerca del bien y del mal, no es en absoluto descabellado que encontremos -todos- una base de eticidad en la que estemos de acuerdo. Aclaro con rapidez que no suscribo, decididamente, la idea que las opciones éticas puedan definirse por consenso. Sin embargo, a la hora de legislar, podemos encontrar puntos de acuerdo que nos permitan elaborar un marco de eticidad para la función pública. Esto es imperioso, porque las condiciones éticas de quien ejerce el poder público son la base de sustentación de una auténtica concepción de la idoneidad. Lo dice muy bien el maestro Pedro J. Frías, en una frase que no me canso de citar: “Desconfío de toda acción política concreta que no interroge a la moral, porque la moral es arquitectónica respecto de la política”¹⁰. Y lo dice también con idéntica precisión Cassagne: “La moral pública -como todo principio jurídico- constituye así un mandato vinculante que obliga a legisladores, administradores y jueces, derivado del primer principio que resume en hacer el bien y evitar el mal”¹¹.

Por eso es tan preocupante escuchar que existe una “moral política” diferente de la “otra moral”. Esta “moral política”, que no es otra cosa que maquiavelismo postmoderno, admite ciertos comportamientos que son censurables para la “otra moral”, ya que la política sería un ámbito donde no alcanza con las buenas intenciones, la rectitud de proceder y la ética ineludible. Esta “moral política” se basa en el pragmatismo, que nos enseña que lo bueno y verdadero es lo conveniente a los particulares intereses, aquí y ahora, aunque a la vuelta de la esquina lo que hoy es correcto pase a ser impensable, y viceversa. Obvio es que nada tiene que ver esta concepción rastrera de la moral con la moralidad que caracteriza al concepto de

10. FRIAS, Pedro J. “El Derecho Argentino entre 1941 y 1991”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. 1992. Pág. 88.

11. CASSAGNE, Juan Carlos. “Los grandes principios del derecho público”. La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 55.

idoneidad que sustento. Por el contrario, se trata justamente del concepto opuesto. Se trata precisamente de sostener que las valoraciones éticas de un funcionario no irán a la deriva ni naufragarán ante el primer escollo, sea que éste asuma la forma de una dificultad o la de un “incentivo”. Por cierto que, aunque mucho asombre esto a los cultores de la “moral política”, no sólo es posible sino necesario que quienes ejercen la función pública mantengan una conducta intachable y se erijan en murallas de contención ante tanto avance de la corrupción sobre la realidad en todos sus ámbitos. ¿Es esto una ingenuidad? Lo que algunos toman en broma es para otros, motivo de serias reflexiones y esfuerzos y la historia nos muestra no pocos ejemplos de hombres que no renegaron de su visión ética de la política y construyeron su accionar sobre la base de la verdad y la fuerza de sus principios incommovibles. Me vienen a la memoria Luis IX de Francia, Tomás Moro, Mahatma Ghandi, Robert Schuman, Pablo A. Ramella, entre tantos otros. De todas maneras, no se trata simplemente de un problema de “moral individual” que se agota en no incurrir en cohecho. Aceptar un cargo para el que no se está adecuadamente preparado es también un acto de inmoralidad, como también lo es no esforzarse lo suficiente o carecer de auténtica y diligente inclinación por la consecución del bien común.

b) Sentido patriótico

La idoneidad del funcionario también pasa por su fidelidad a los altos intereses que debe resguardar. No pocas veces las opciones que se abrirán ante su vista contendrán atractivas invitaciones a elegir el camino asignado por los “países centrales” a los “países periféricos”. La excusa perfecta será la globalización y la ansiedad por pertenecer al selecto grupo del “primer mundo”. Para ello, el funcionario deberá convertirse en un aplicado alumno que haga prolijamente los deberes que le asigna su tutor de turno. Nada más lejano a lo que necesitamos como dirigentes. Suponiendo la rectitud de intención, es también indispensable que el funcionario no se deje seducir por vidrios de colores y ponga en primer lugar los intereses de su terruño. El patriotismo, como cualidad de la idoneidad, implica asumir los valores más profundos y perennes de nuestra idiosincrasia en la obra de gobierno, los “valores de la argentinidad”, como decía bien Fiorini. ¿Cuáles son estos valores? Aquellos que han sido fundacionales respecto de nuestra identidad: el amor a Dios, a la Patria y a la familia. Algunos pragmáticos deslumbrados por la exuberancia nórdica ven en esta formulación un simple postulado catequético. Olvidan, no obstante, que los billetes que anhelan ver flamear en nuestro país contienen la fórmula “in God we trust”, que aquellos que admiran respetan la ley y pagan impuestos y que la

infidelidad matrimonial le cuesta la carrera política al descubierto “in fraganti”. Y olvidan algo mucho más grave: que estos valores de la argentinidad fueron los que movieron a nuestros más grandes prohombres a dar su vida por nuestro presente. Claro que estas consideraciones son para los pragmáticos del aquí y ahora meras declamaciones lacrimógenas vacías de contenido y utilidad. Para ellos el dinero no tiene patria, la patria no tiene otra fe que el lucro y la mejor política familiar es la del control de la natalidad. Nuestro destino reclama otra cosa diametralmente distinta. Un concepto de idoneidad nutrido de auténtico patriotismo. El que ve la globalización como una oportunidad, consecuencia de la interdependencia de los pueblos, y cree en la integración fecunda fundada en los lazos culturales. Abrirse al mundo sin perder identidad; fortalecer la identidad para sacar justo provecho de la interrelación.

c) Vocación de servicio

Tagore escribió palabras sencillas y profundas que bien podrían convertirse en el lema del funcionario idóneo: “Me dormí y vi que la vida era alegría. Desperté y vi que la vida era servicio. Serví y vi que el servicio era alegría”. Todo el que ejerce una función pública ejerce una porción de poder. Y el poder puede ser entendido de dos formas: como arma de dominación, en cuyo caso tiende a corromper, o como herramienta para el servicio, en cuyo caso asume la plenitud de la vocación política encaminada al bien común. El servicio es alegría porque es además el cumplimiento del mandato evangélico. Cuando los discípulos discuten acerca de quién es el más importante, el Maestro los pone en su lugar: “Si alguno quiere ser el primero, que sea el último de todos y el servidor de todos”¹². Él mismo dará el ejemplo lavando los pies de sus amigos¹³. Se revela así que la autoridad, que viene de Dios¹⁴, debe ser ejercida para el servicio de aquellos sobre quienes se ejerce. Lamentablemente, no pocas veces advertimos que quienes ejercen la función pública abusan gravemente de las prerrogativas de dicho ejercicio, en beneficio propio y en detrimento del bien común. Es casi un lugar común el descubrir que tras la gestión se oculta el afán de lucro y de dominación y la aviesa intención de perpetuarse en el ejercicio del poder. Nada más lejos de la vocación de servicio que debe inspirar al funcionario público,

12. Mc. 9, 35.

13. Jn. 13, 1-5.

14. Jn. 19, 11.

que ha recibido un mandato y una misión: servir a todos, procurar el bien común, gestionar con humildad y responsabilidad la felicidad de su pueblo.

d) Formación técnica

Si en lo dicho se agotara la idoneidad correríamos un grave riesgo. No basta con hombres buenos, patriotas y serviciales. Resulta imprescindible también que sean capaces y desarrollen su cometido con excelencia. Resulta en este sentido paradójico, como ya se mencionó, que para cualquier puesto de trabajo se requiera hoy al menos un título de enseñanza media, mientras que para ser Presidente, Vicepresidente, Gobernador, Vicegobernador, Senador, Diputado, Intendente, Concejal o Ministro las normas carezcan de toda tipificación, limitándose, en algunos casos, a requerir la ya mencionada fórmula de la idoneidad. Una simple mirada sobre nuestra historia y nuestro presente demuestran hasta qué punto en la práctica este requerimiento de idoneidad ha sido asimilado a saber leer y escribir (y no a hacerlo con alguna frecuencia). Es la consecuencia lamentable del esquema partidocrático en el que se nos ha sumido, en el que no tienen demasiada relevancia los antecedentes ni los conocimientos, sino que prevalecen el clientelismo político y el reparto de cargos entre “punteros”, familiares, amigos y obsecuentes. Las consecuencias están a la vista: administraciones a la deriva, legislaturas paralizadas, justicia colapsada. No faltan, por supuesto, las normas que establecen los concursos de antecedentes y oposición para el acceso a la función pública y los ascensos dentro de la carrera. Son, en la mayoría de los casos, auténticas piezas de museo que actúan de testigos mudos del grado de nuestro respeto por la ley, es decir, por nosotros mismos. ¿Qué decir de algo tan obvio como que para ejercer un cargo público se debe contar con la necesaria capacitación? ¿Cómo explicar, por otra parte, que eso tan obvio es alegremente pasado por alto todos los días, sin que ello traiga aparejado, hasta hoy, sanción legal ni social alguna? ¿Cómo entender que alguien tenga la osadía de ocupar una función para la que no está preparado a sabiendas de lo que implica semejante responsabilidad en orden al bien común? Estos interrogantes desnudan las causas reales de nuestro estado de postración y atraso. Tolerar que la función pública esté en manos de inoperantes e incompetentes es un signo evidente de descomposición social. Aceptar ejercerla en esas condiciones es un signo de descomposición moral. De todas maneras, que quede bien claro, cuando me refiero a la necesaria capacidad técnica estoy hablando de algo mucho más cualitativo que la mera capacitación general o la posesión de un título universitario cualquiera. Hago expresa mención de la capacidad técnica necesaria para la específica función que se va a desempeñar.

e) Voluntad de perfeccionamiento.

Ya se ha dicho: no es suficiente ser técnicamente capaz al momento del ingreso en la función pública; es necesario seguir siéndolo, y para ello no puede faltar una permanente e ineludible voluntad de perfeccionamiento. Ello debe llevar a un continuo afán de superación, a una actitud creativa que autogenera la exigencia de mejorar cotidianamente y no considerar jamás el status quo como la panacea universal. Esta es una actitud fácilmente mensurable. Es frecuente advertir cómo algunos ciudadanos que asumen la función pública creen haber llegado a la cima del saber y del obrar y se encierran en sus despachos, dejándose absorber por las coyunturas, habitualmente frenéticas en nuestro medio, y olvidando la necesidad de seguir estudiando la realidad y los medios para mejorarla. Sus posibilidades de hacerlo disminuirán así día tras día, porque aquellas herramientas intelectuales que alguna vez fueron aptas serán al poco tiempo obsoletas. Aunque esto suene exagerado, la realidad del cambio constante y vertiginoso lo certifica. Una reflexión final: la idoneidad también se define en la forma de ingreso. Fiorini sostiene, con todo acierto, que “no hay idoneidad donde no hay justicia para la selección”¹⁵. Dos razones avalan este aserto: “Por un lado, cuando se habla de la idoneidad para el ingreso se habla también de un procedimiento de selección legalmente establecido. Por lo tanto, no se trata simplemente de nombrar a ‘un’ idóneo, sino al ‘más’ idóneo. Por otro lado, no puede realmente garantizarse la idoneidad cuando no se han respetado las pautas que la ley establece para determinarla”¹⁶.

Pues bien, con estas líneas queda en claro la amplitud del concepto de “idoneidad” al que deberíamos aspirar. Veamos ahora cómo juegan estos principios en el ámbito judicial.

3. ÉTICA Y FUNCIÓN JUDICIAL

Para quien esto escribe, la función judicial es la más importante de las funciones del poder. Se trata, nada menos, que del ámbito donde la dignidad de la persona humana puede encontrar un marco tuitivo inexpugnable, donde ni el poder político ni el económico pueden conculcarla. Una muralla contra los excesos. Una valla frente a

15. FIORINI, Bartolomé. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1976. Pág. 796.

16. SÁNCHEZ, Alberto M. Op. Cit. Pág. 377.

los desbordes. Un espacio donde dar a cada uno lo suyo excede lo meramente conmutativo y señala la dignidad. Un marco que deja afuera los desvaríos autoritarios.

Por todo ello es esencial la calidad de los jueces en una república.

Ahora bien: ¿cuáles son las características de un buen juez?

1. Eticidad

Un juez debe ser un ser humano moralmente intachable, desde todo punto de vista. No perfecto -nadie lo es-, pero incapaz de prácticas corruptas. Y cuando me refiero a “prácticas corruptas” no hago sólo alusión a prevaricato o cohecho. También es corrupción ocupar un cargo para el que no se está capacitado. Como ya se dijo, la calidad institucional exige que no se nombre como juez a un idóneo, sino al más idóneo. Por ello, llegar a la judicatura, a través de un amañado “concurso”, por nepotismo, partidismo o amiguismo, es un acto de corrupción.

Sólo una estatura ética notable puede generar que la sociedad confíe en la Justicia. Cuando ella falta, cuando existen jueces venales o incapaces o sometidos al poder, se quiebra ese lazo de confianza y el todo social se ve desamparado, a la merced del más poderoso.

Al respecto, no se advierte a simple vista un proceso de autodepuración en el ámbito judicial. Ello, además de ser comprobable a simple vista, es señalado por prestigiosos juristas, como por ejemplo Andruet: “No parece infeliz reflexionar acerca de cuándo será la magistratura quien asuma decididamente la cuestión de la ética de la profesión como cosa propia, y no sólo como ámbito de tareas para el abogado litigante. Los tiempos actuales exigen mucho más discernimiento y prudencia en el magistrado que en el pasado; las meras distinciones entre lo público y lo privado en dicho orden no resultan suficientes; por un principio inicial de justicia distributiva, el magistrado que debe cumplir la delicada misión que le toca en realización, y que la sociedad así lo juzga, le otorga prerrogativas de naturaleza diversa a las que detentan el resto de los ciudadanos; por ello tienen igualmente que retribuirle a la sociedad, en una manera superlativa”¹⁷

17. ANDRUET (h), Armando S. “Deontología del Derecho. Abogacía y abogados. Estado actual de la cuestión”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. 2000. Pág. 125.

2. Independencia

Casi con la fuerza de una ley de la física, existe en las ciencias sociales una ecuación insoslayable: “los países prósperos tienen una Justicia independiente; los subdesarrollados poseen una Justicia dependiente”. Así de simple y de cierto.

Cuando un juez llega al cargo, como se dijo, por nepotismo, partidismo o amiguismo, queda atado a su compromiso de obedecer a quien fue obsequioso con su persona. Sabe que no merece el cargo y se siente deudor de quien lo premió. Obrará, entonces, en consecuencia.

El problema grave en nuestro país es la modalidad de designación de los jueces, tema que sólo puedo dejar acá planteado. La creación, desde hace algunas décadas, de Consejos de la Magistratura, ha venido a darle un barniz de legitimidad -en el que nadie cree- a la designación de magistrados. Composiciones politizadas partidocráticamente, “concursos” sin reglamentos, valoración de antecedentes sin valoradores numéricos objetivos, puntajes desmesurados para “entrevistas” que son secretas, son algunos de los vulgares ardides para intentar legitimar -sin éxito, por cierto- la designación de parientes, militantes y amigos. Así, el Poder Judicial ha sido, en no pocas jurisdicciones, colonizado por el poder de turno. La consecuencia es inevitable: una Justicia mediocre y sometida.

3. Imparcialidad

Un buen juez es imparcial, no sólo respecto de las partes del juicio, sino de su propio parecer. Cuando juzga, debe hacerlo en el marco de las normas vigentes y, salvo que le parezcan inconstitucionales o posea alguna objeción de conciencia, debe aplicarlas aunque a él le parezca mejor otra solución. No es un legislador; es un juez.

4. Vocación por la justicia

Existen, a mi juicio, tres categorías de jueces:

a. Lo malos jueces, que no saben Derecho y están allí por lo ya expresado acerca del nepotismo, militancia o amiguismo.

b. Los jueces que aplican la ley vigente. Son aquellos que saben Derecho y lo aplican intentando, con el derecho positivo, dar solución al tema bajo examen.

c. Los mejores jueces, que son los que hacen justicia, muchas veces aplicando el derecho positivo y muchas otras apelando a otras fuentes cuando advierten que aquél no conduce a la justicia en el caso concreto.

¿Por qué estos últimos son los mejores? Porque como decía el jurisconsulto Paulo, “el derecho no es lo que está en la norma, sino que la norma se hace de lo que el derecho es”. El buen juez entiende cuándo el derecho vigente brinda una solución de justicia y cuándo no. En este último caso busca, más allá de la positividad, la justa composición de los intereses en juego.

5. Sentido humanitario de la función

Los jueces, como los funcionarios públicos, trabajan con expedientes, pero si no son capaces de entender que esos expedientes representan personas, no habrá posibilidad alguna de excelencia. Sin necesidad de contaminarse con las expectativas, anhelos e incluso angustias y rencores de los justiciables, el juez no puede ser un autómatas que no ve más allá de las fojas de un expediente. Ha de encontrar un equilibrio entre la necesaria distancia que debe guardar para mantener la imparcialidad y la comprensión cabal de que en su decisión hay vidas involucradas. Y así como mucho se habla hoy de la “deshumanización de la medicina”, pienso que también deberíamos plantearnos esto respecto de la función judicial.

El buen juez debe entender que, detrás de una “parte”, hay un ser humano con una historia particular, con una familia singular, con una educación en valores o sin ella, con unas amistades peculiares, con un crecimiento en la abundancia o en la indigencia. Sobre todo en lo penal, debe alejarse del estereotipo del “ser humano irrescatable”. En una entrevista al magistral guitarrista español Narciso Yepes, le preguntaron si le daría una mano a un etarra asesino. Él respondió: “Hay manos que se manchan de sangre apretando un gatillo, hay manos que se manchan de sangre provocando una guerra o practicando un aborto... Hay manos que se manchan firmando leyes que van contra la Ley Natural... Pero no hay ninguna mano definitivamente indigna. El hombre, por muy abyecto que sea, siempre está a tiempo para

dejar de serlo. Vivir es eso: estar todavía a tiempo”¹⁸. Entender que todo ser humano es redimible es el primer paso para humanizar la función judicial. Volveré sobre esto cuando me refiera al Ministerio Público.

6. Dedicación

Un juez cabal cumple los plazos procesales y mantiene su juzgado al día. En la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país, los plazos procesales son perentorios para los litigantes y una mera sugerencia para los jueces. La excusa del “exceso de trabajo en los juzgados” no admite un correlato en el “exceso de trabajo en los estudios jurídicos”. Es parte de la anomia que asola nuestro país.

Se trata, por un lado, de la dedicación horaria, que exige al magistrado llegar a su juzgado antes que el primer funcionario o empleado y retirarse después del último de ellos, como conducta ejemplificadora hacia los subalternos. El juez, como cualquier persona que ejerce poder, debe ser el primer servidor de sus dirigidos, no un entronizado que goza de prerrogativas y privilegios.

Por otro lado, la dedicación exige también trabajar con ahínco y responsabilidad, sin pérdidas de tiempo ni dispersiones. San Josemaría Escrivá de Balaguer decía, con sabiduría, refiriéndose a esta actitud: “Cumple el pequeño deber de cada momento: haz lo que debes y está en lo que haces”¹⁹. No se trata, entonces, sólo de tiempo pasado en el juzgado, sino de la productividad del mismo.

En otras palabras, la dedicación puede medirse cuantitativamente (horas de trabajo) y cualitativamente (rendimiento intelectual).

Esta especial exigencia de dedicación a los jueces no nace sólo de la importancia crucial de la función que desempeñan, sino también de la remuneración que perciben, habitualmente muy superior a sus subalternos. Cobrar sin trabajar con el celo debido es también un acto de corrupción.

18. <https://encuentroysolidaridad.net/la-conversion-de-narciso-yepes/>

19. ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. Camino. N° 815.

7. Voluntad de perfeccionamiento

Un buen juez es un estudioso permanente, que más allá del análisis coyuntural de los expedientes, dedica mucho tiempo a estudiar metódicamente. La ciencia del Derecho es eminentemente dinámica y conviene recordar que muchos progresos legislativos han tenido orígenes pretorianos. En general, los legisladores se nutren de la doctrina y de la jurisprudencia para diseñar el universo normativo.

Debería pensarse, cuando se tome en serio la reglamentación de la idoneidad, en la necesidad de que la jerarquía judicial se refleje también en los estudios realizados. Sería deseable, en este sentido, que no se pueda ser miembro de un superior tribunal sin poseer un doctorado en Derecho, o miembro de una Cámara sin poseer una maestría o especialización.

En un país con instituciones serias y confiables, sería deseable también que las designaciones de jueces no sean vitalicias, sino que deba revalidarse cada tanto (8 o 10 años) la justicia de su permanencia en el cargo, para asegurarnos de que sigue siendo “el más idóneo”. Un buen juez, de comportamiento ejemplar, sentencias enjundiosas y actualización constante, no debiera temer esta circunstancia.

Por último, considero imprescindible dejar sentado que existen en Argentina jueces ejemplares y probos, verdaderas referencias para la comunidad jurídica, espejos en los que debieran mirarse las jóvenes generaciones de juristas. El destino de nuestra nación depende de que este tipo de jueces sean amplia mayoría. Un ejemplo para reafirmar lo dicho: es imposible erradicar totalmente la corrupción en el ámbito público porque el ser humano es capaz de cometer errores y de obrar el mal. Pero sí es posible eliminar totalmente la impunidad, y esto sí depende esencialmente de la función judicial. Con una Justicia independiente, profesionalizada, rápida y honesta, ello es posible. La impunidad es, por ello, el termómetro para medir la calidad institucional de una nación.

En esta línea de pensamiento, ha dicho Santiago: “La conducta de los magistrados ha de ser apreciada con estándares altos y exigentes, de modo de garantizar que la función judicial, sea ejercida por jueces que gocen siempre de legitimidad política y credibilidad ante toda la sociedad. De modo especial habrá que atender a las exi-

gencias éticas personales y a la calidad de la tarea jurisdiccional encomendada a los jueces federales”²⁰.

UNA PALABRA SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO

La Provincia de Buenos Aires no cuenta actualmente con una Ley de Ética Pública, como es el caso de la Nación (Ley 25188) y de otras jurisdicciones provinciales. Sí existe un Proyecto al respecto, que surgiera de una Mesa de Trabajo conformada por el gobierno provincial, organismos de la Constitución, Universidades Públicas, Colegios Profesionales y actores de la sociedad civil.

Por su parte, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires cuenta con un Código de Ética, aprobado mediante Resolución N° 32/2019. Quisiera resaltar lo que expresa el segundo considerando de dicho acto administrativo, que define la ética como “... el saber práctico que estudia la moralidad de los actos humanos, orienta la adquisición de hábitos que facilitan el actuar humano tendiente al bien y, en particular, a las virtudes cardinales, prudencia, justicia, fortaleza y templanza”. Esta excelente caracterización de la ética se verá luego reflejada en el texto de la resolución.

Luego, en otro considerando, se especifica la importancia de la ética a la hora de delinear un perfil institucional: “Particularmente, el rol de la ética profesional en el ámbito del Ministerio Público constituye un imperativo especialmente relevante en el proceso de recomposición institucional”. Se advierte en esta expresión –“imperativo especialmente relevante”– la dimensión crucial que se otorga a la ética en el diseño y funcionamiento de la institución.

Ya en el cuerpo del Anexo que contiene el Código de Ética se enumeran con detalle los principios aplicables para llevar adelante la misión institucional del Ministerio Público:

- a) Integración
- b) Objetividad
- c) Independencia

20. SANTIAGO (H), Alfonso. “Grandezas y miserias en la vida judicial”. El Derecho. Buenos Aires. 2003. Pág. 105.

- d) Imparcialidad
- e) Justicia y Equidad
- f) Responsabilidad Institucional
- g) Coherencia y Compromiso
- h) Solidaridad
- i) Igualdad
- j) No Arbitrariedad
- k) Prudencia
- l) Dignidad e Integridad
- m) Transparencia
- n) Honestidad
- ñ) Fortaleza

Este elenco de principios, debidamente desarrollados, contribuye a darle a la dimensión deontológica un contenido concreto y palpable, poniendo a la institución a resguardo de las meras declamaciones o expresiones de buenas intenciones. Mientras más detallado y claro es el objetivo que se persigue, más fácil es su evaluación y, por ende, las reafirmaciones o correcciones que correspondan.

El artículo siguiente se refiere a los deberes de los miembros del Ministerio Público, los que también transcribo porque reflejan las mismas cualidades del anterior:

- a) Buena fe
- b) Diligencia
- c) Cortesía
- d) Dedicación
- e) Probidad
- f) Austeridad
- g) Discreción
- h) Profesionalismo
- i) Proteger y conservar la propiedad del Estado
- j) Reserva
- k) Ejercer su función libre de influencias ajenas
- l) Eludir conflictos de intereses e incompatibilidades
- m) Protección de los expedientes e información en soporte digital
- n) Presentación de la Declaración Jurada Patrimonial

Finalmente, el Capítulo IV se ocupa, también con el debido detalle, de las prohibiciones dirigidas a los miembros del Ministerio Público.

Se trata de un Código completo y concreto, que viene a llenar, en el ámbito del Ministerio Público, el vacío ya señalado que existe a nivel provincial.

Sin embargo, este Código de Ética bien podría ser una hermosa foto que no se refleja en el video. Es decir, una norma impecable en su formulación, pero inexistente en la realidad cotidiana, como tantas normas en nuestro país. No es éste el caso.

He seguido con atención, a lo largo del tiempo, el accionar de este organismo y he advertido que no sólo posee una mirada profundamente ética ad intra, sino también ad extra. Por ejemplo, lo señalado por el Procurador General, Julio M. Conte-Grand, en una reciente columna periodística, en la que remarcaba el compromiso con la efectiva administración de justicia, pero también con una mirada hacia las víctimas: “En la actualidad la humanización de los sistemas y los procesos y el fortalecimiento institucional constituye un objetivo estatal prioritario que involucra la debida atención de las víctimas y compromete la acción de todos los integrantes de las diferentes áreas del Estado, por lo que es necesario diseñar planes de capacitación continua que promuevan la gestión del cambio cultural y doten a los agentes de los distintos organismos de las herramientas específicas que necesitan, conforme su función, para darle consistencia al proyecto institucional. En el ámbito del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires (MPBA), este Proyecto se ha denominado “Justicia Humanizada 360” ... Es decir, aunque el sistema penal pueda cumplir con su fin último de aplicar una sanción adecuada, la experiencia de la víctima no se limita a obtener justicia en términos punitivos únicamente. Con el objetivo de darle una continuidad y sostenibilidad al Proyecto, se conforman las “Unidades de Experiencia de la Víctima” compuesta por agentes de la Procuración General y de los departamentos judiciales a los efectos de que contribuyan a la planificación, seguimiento y mantenimiento de las prácticas implementadas... Se trata, en definitiva, de crecer en la priorización de la víctima, su cuidado y acompañamiento, rehumanizando los sistemas y procesos y propendiendo al fortalecimiento institucional”²¹.

21. CONTE-GRAND, Julio M. “El sistema judicial y la debida atención de las víctimas”. Clarín. 18/6/2025.

Una preocupación similar, concreta y tangible, fue expresada respecto de los menores como víctimas²².

Esta línea de pensamiento y de acción es altamente auspiciosa, y refleja una auténtica vocación por la función en el más pleno sentido de la palabra. No sólo está involucrada la voluntad de hacer técnicamente bien una tarea, sino que se patentiza el deseo de humanizarla. Esa mirada holística, como el propio Procurador General propone, debe presidir todo intento de administrar justicia, desde cualquier ángulo en que se acometa ese objetivo.

Esa mirada nos propone priorizar la dignidad de todo ser humano porque -insisto- no existe nadie “irrecuperable”. En nuestro país se vienen desarrollando experiencias que lo prueban claramente, como por ejemplo el proyecto Espartanos en el ámbito carcelario.

En definitiva, se trata de entender que, en el ámbito de un Ministerio Público, más allá de los roles de defensa/acusación, hay que entender en profundidad la vinculación de esta tarea con el bien común y humanizar la función. No se trata del llamado “garantismo”, que invita a una subversión de valores, sino de un humanismo pleno, al que le importa tanto la vigencia plena del valor justicia como evitar la “cultura del descarte”.

22. CONTE-GRAND, Julio M. “El menor como víctima”. La Nación. 7/6/2025.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 1: Filosofía y Teoría del derecho

La mayor nobleza y peor vileza del Ministerio Público. Votos por un Ministerio Público más humano

Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba

La mayor nobleza y peor vileza del Ministerio Público. Votos por un Ministerio Público más humano

por Juan Carlos Riofrio Martínez-Villalba¹

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema judicial coexisten varios actores con roles bien diferenciados. Entre los más involucrados en el proceso, destacan especialmente el rol de los abogados litigantes, los jueces y el Ministerio Público. Cabe fácilmente detectar que cada uno de ellos tiene un objetivo primario distinto: el abogado particular se enfoca en defender los intereses de su cliente; el juez se preocupa más por “hacer justicia” aplicando imparcialmente la norma al caso concreto; finalmente, el Ministerio Público (fiscales y defensores oficiales) tiene la misión de velar por el interés general de la sociedad y el resguardo de los bienes jurídicos más importantes. Es justamente en eso lo que consiste la mayor nobleza del Ministerio Público, en procurar custodiar lo que es mejor para todos, en proteger el bien común. A la vez, ello determina lo que puede ser la peor vileza del funcionario cuando desnaturaliza su oficio y se transforma en defensor de intereses mezquinos.

A continuación, examinaremos la razón de ser del Ministerio Público en general, pero con especiales referencias al Ministerio Público argentino, y las consecuencias prácticas que este planteamiento ofrece para el ejercicio de la profesión. En esta última parte compararemos el sistema norteamericano con el argentino, a fin de sugerir algunas reformas, reconvertir al burócrata fiscal en un agente activo de la

1. Profesor y coordinador de programas internacionales en The Catholic University of America (Washington D. C.). Posee dos doctorados, obtenidos en Ecuador e Italia. Es investigador asociado del Center for the Study of Law and Religion (Emory University, EE. UU.). Anteriormente, se ha desempeñado como Decano y Profesor en la Universidad de los Hemisferios (Ecuador), Profesor Asociado en Strathmore University (Kenia) y profesor visitante en varias universidades del mundo, entre ellas la Universidad de Angers (Francia) y la Universidad Jaguelónica (Polonia). Ha sido director de las revistas *Ius Humani* y *Strathmore Law Journal*. Además, ha ejercido la abogacía en el estudio jurídico Coronel & Pérez y es autor de trece libros, veintitrés capítulos y cerca de un centenar de artículos científicos publicados en dieciocho países. riofrjoj@cua.edu

paz social, humanizar la profesión, y potenciar el rol benéfico del Ministerio Público.

2. LOS ROLES DE QUIENES INTERVIENEN EN EL PROCESO JUDICIAL

Para comprender la función específica que el Ministerio Público está llamado a cumplir, conviene contrastar sus fines institucionales con los de los otros actores del proceso judicial.

Comencemos analizando el rol del *abogado de parte*, ya defensor del acusado o del querellante. Su lealtad primaria se debe hacia el cliente. El abogado particular está éticamente y legalmente obligado a defender el interés individual que le ha sido confiado (dentro del marco de la ley), buscando el resultado más favorable para su representado. Obviamente, no se le pide al abogado que lo defienda “a toda costa” usando todo tipo de recursos, lo que iría en contra de su ethos profesional. Además, el abogado normalmente es libre de tomar un caso o no, según lo mande su conciencia. Con todo, desde que el abogado acepta el caso, su papel muestra serios visos de parcialidad: él canaliza todo su saber para definir qué herramientas procesales benefician a su cliente, traza una estrategia y actúa para lograr una absolución, una reparación o una condena favorable según corresponda. En suma, el abogado actúa bajo la lógica del defensor de intereses particulares.

El papel del juez es ciertamente distinto. Él está llamado a “hacer justicia”, lo que generalmente significa dictar una decisión de forma imparcial aplicando la ley que fuera menester. Ello puede significar favorecer a una parte, pero no significa que su función sea la de favorecer a esa parte. No, él está ahí para ver con la mayor objetividad posible qué es lo justo y dictaminarlo imperativamente, favoreciendo a una parte, a la otra, a todas o a ninguna. Su misión es resolver el conflicto aplicando el derecho al caso, garantizando el debido proceso. Por ello, el juez debe estar por encima de las partes, asegurando que el proceso se conduzca conforme a las normas y dictando sentencia conforme a la prueba y la ley. La lógica del juez es la imparcialidad, la justicia, y la legalidad. Él no debe buscar favorecer al estado, ni a la víctima, ni al acusado; en el mejor de los casos, el juez buscará aplicar la ley de una forma que resulte beneficiosa para todos.

A diferencia de los anteriores, el *Ministerio Público* (particularmente en su rama Fiscal) tiene la peculiar función de velar activamente en el proceso por los intereses de todos, con la posibilidad de parcializarse sobre aquello que ve que es mejor para el

bien común. Ciertamente el Fiscal no puede contravenir la ley o intentar cambiarla. Pero normalmente las leyes le dejan un gran espacio de posibilidades jurídicas (“espacio jurídico” lo llamo yo) para maniobrar en busca de la mejor opción para la protección de los más importantes bienes del sistema jurídico. En términos menos abstractos, la búsqueda de estos “bienes jurídicos” del ordenamiento significa la búsqueda de la mejor solución para personas y comunidades concretas. Al juez no se le exige una búsqueda tan activa de ello, al Ministerio Público sí.

Veamos, por ejemplo, qué dicen algunas normas sobre el tema. La Constitución Nacional Argentina establece que el Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional, cuya función es “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”.² Es decir, aunque a veces acuse, el fiscal no es un mero acusador que acusa por acusar. No, él no tiene la labor del demonio de acusar en el juicio final para la perdición de las almas. Él no representa tampoco a la víctima, sino a la sociedad en su conjunto. Ciertamente puede ponerse del lado de la víctima cuando hay un desbalance de poder y ella resulta vulnerable en el proceso, pero su función no es la de ser parte interesada en el proceso.

Veamos ahora qué dice la ley del ramo. Ella legitima al Ministerio Público para coordinar con determinadas autoridades³ y para actuar “en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”.⁴ Ello es mucho más que decir que su oficio es acusar. Tradicionalmente se ha entendido que el fiscal debe velar por los bienes jurídicos custodiados en el código penal, que vendrían a ser los bienes que por su valor merecen la mayor protección del sistema jurídico. Sin embargo, la Constitución y la ley van más allá: ambas hablan de los “intereses generales de la sociedad”, de “promover... la justicia” y “la vigencia equilibrada de los valores jurídicos” de todo el sistema jurídico (no solo del código penal).

En el fondo, lo que se le pide al Ministerio Público es que vele por aquel bien común que está delimitado por las normas vigentes. Sí, debe maniobrar dentro de las nor-

2. Constitución Nacional Argentina, Artículo 120.

3. Ley de Ministerio Público argentina, artículos 6-7 sobre la colaboración con otras autoridades.

4. *Ibid.*, artículo 1.

mas, pero con un interés muy específico: el bien del acusado, el bien del acusador, el bien de todas las instituciones del estado, y el de todos los miembros de la sociedad. En suma, el bien de todos, plasmado en los bienes jurídicos consagrados en las leyes.

3. LA FUNCIÓN MÁS NOBLE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Si lo anterior es cierto, el rol del Ministerio Público debe considerarse como el *más noble* de los roles de los sujetos que intervienen en el proceso: no busca los bienes particulares de ninguna parte, ni tampoco la fría aplicación de la norma, sino que está llamado a ejercer un rol activo en la búsqueda de lo que es bueno para todos. La mayor nobleza del Ministerio Público reside en su vocación al servicio al bien común, el mismo que incluye el bien de todas las partes, de la comunidad, y los bienes jurídicos constitucionales y legales.

Quizás en la antigüedad los sujetos predecesores del actual Ministerio Público tenían un papel más inquisitorio. Por ejemplo, el *advocatus fisci* romano velaba por los intereses del fisco, tanto en el ámbito civil como penal.⁵ Aunque al principio se concedió largamente que cualquier ciudadano pudiera acusar (acción popular), el abuso de esta figura convirtió a Roma en “la ciudad de los infames delatores”, donde los acusadores adquirirían las riquezas de otros a costa de dejarlos en completa ruina.⁶ Por ello se crearon más tarde los *curiosi* y *stazionari*, allá por el siglo IV, y el emperador Justiniano encargó a ciertos obispos en el siglo VI el oficio de investigar y acusar a los infractores ante el magistrado. Sin embargo, en un momento dado, el juez terminó asumiendo la doble tarea de acusar y decidir, lo que derivó en la concentración de funciones característica del sistema inquisitivo bajo la figura de la *cognitio extra ordinem*.⁷ Siglos después, tras la caída del imperio, este oficio dio muchos tumbos en los sistemas feudales y monárquicos. En las monarquías fuertes era típico encontrar un representante de la Corona en los juicios, justamente para proteger los intereses de la Corona —o “del Reino” en el mejor de los casos.⁸

5. RUIZ GUTIERREZ, Urbano, “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España”, en *Revista de Derecho Procesal*, Año VIII, N° 3, 1952, pág. 409.

6. MANDUCA, F., *El procedimiento penal y su desarrollo científico* (traducción por Ángel Pintos), Madrid, 1888, pág. 99.

7. Cf. Pablo Sánchez Velarde, “Algunas consideraciones históricas sobre el Ministerio Público,” *Revista de derecho y ciencias políticas*, Vol. 50, Año 1993, págs. 383-395.

8. *Ibid.*

Con todo, a lo largo de los años fue emergiendo paulatinamente la convicción de que debía existir alguien que abogara por los intereses de la sociedad, alguien que se pusiera del lado del menos aventajado para balancear los desbalances de poder en el proceso, y que pudiera acusar cuando ello fuera menester. Ello ya aparece en colonia española, donde el fiscal de la Audiencia de Lima se muestra como “Protector Nato de Indios”,⁹ aunque no muchos fiscales destacaran en tal función protectora.

Sin embargo, todavía hoy en muchos lugares se sigue concibiendo al Ministerio Público en términos prevalentemente acusatorios. Digan lo que digan la constitución y las leyes sobre este Ministerio, todavía hoy se repite que su “función esencial es sostener la acusación pública”.¹⁰ Por eso hemos de insistir en que lo que principalmente busca el Ministerio Público no es perseguir, ni condenar, ni poner cuanta más gente se pueda en la cárcel. No, eso no está escrito en ningún lado. Ya es más decir que el procurador debe buscar una “vigencia equilibrada de los valores jurídicos”,¹¹ pero aún cabe decir más, porque los valores jurídicos no son nada sin lo que realmente hace bien todos, a la comunidad. El Ministerio Público está sobre todo para la “defensa de los intereses de la sociedad.”¹² Por eso, puede decirse que el Ministerio Público es parte interesada en el proceso, pero no interesada de forma egoísta, sino de forma benévola en proteger y alcanzar de la mejor manera posible el bien común.

¿Cuáles son esos “valores jurídicos” o bienes supremos que debe custodiar el fiscal? En términos generales y abstractos, tales valores o bienes se refieren a los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las leyes: la vida, la libertad, la integridad de las personas, el orden público, la paz social, la legalidad democrática, los derechos humanos, etc. El Ministerio Público, al accionar en un caso penal, debe tener presente qué bienes jurídicos están en juego (por ejemplo, la seguridad pública versus los derechos del imputado, la necesidad de la pena versus la posibilidad de reinserción, el interés de la víctima y de la sociedad en la verdad, etc.) y procurar una solución que optimice la protección de esos bienes superiores. Su rol no se agota en conseguir una condena, sino en buscar realizar una *justicia material y una sociedad más humana*.

9. DE MIGUEL. Adolfo, “El Ministerio Fiscal. Magistratura de Amparo”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1954, pág. 550.

10. Cf. Olga Fuentes Soriano, El Ministerio Fiscal: Consideraciones para su reforma 4-5 (Documento de Trabajo, No. 16, 2003), <https://observatorio-cientifico.ua.es/documentos/632bc0c22e85235f5f8ca304>.

11. Ley de Ministerio Público argentina, art. 1.

12. *Ibid.*

Más en concreto, el Ministerio Público buscará primero esclarecer la verdad del daño y de sus causas: ello incluye definir bien el daño a la víctima, a la comunidad y al mismo reo (según Sócrates el criminal es siempre el peor dañado con el delito, pues le afecta personalmente: quien asesina *se convierte* en asesino). Luego, verá la factibilidad de reparar tal daño, lo que muchas veces implica que el infractor reciba una sanción proporcional y orientada a su reinserción, y que con todo ello se afirme la vigencia de la norma y la paz social. Junto a ello, el Ministerio Público tiene que considerar qué pasará en la sociedad si se acusa o no se acusa, cuál es la forma de intervenir más provechosa para la sociedad, y además debe intervenir en favor del reo cuando observe que las penas no le están sirviendo para mejorar como persona. Muchas cárceles son un postgrado en criminalidad en el que los prisioneros profundizan en la ciencia del mal, y de esto el Ministerio Público no se puede desentender. Su labor no es la perdición de las almas.

Alguna vez se ha dicho que el fiscal es una “parte imparcial” en el proceso penal, un sujeto que, aunque formalmente parte acusadora, debe velar por la recta administración de justicia y no actuar con afán meramente condenatorio como un litigante más.¹³ Ello derivaría en un momento dado en un cierto principio de objetividad, que exige al fiscal investigar con igual celo las circunstancias inculpatórias como las exculpatórias, acusar solo cuando esté convencido de la responsabilidad y la justicia de la pretensión punitiva, y en general actuar despojado de prejuicios o presiones.¹⁴ Ello puede tener su parte de verdad. Con todo, a mí me parece que la imparcialidad que se le pide al juez y al fiscal son distintas. A veces la misma normativa le pide al Ministerio Público que se ponga a favor de algunas personas; en ciertos casos debe ayudar especialmente al defendido,¹⁵ al vulnerable o a ciertos patrimonios,¹⁶ lo cual cobra sentido cuando hay que balancear el poder inquisitorio del Estado o de la contraparte.

13. HERRERO, Luis R, “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad – Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso.”, Revista del Ministerio Público Fiscal, n. 5, p. 156.

14. Carolina Ahumada, “El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal,” Revista Pensamiento Penal, 2013, pp. 1-15.

15. Cf. Ley 14613 de la Provincia de Buenos Aires, art. 37.1, que incluye el principio del “interés predominante de las personas defendidas” para el Ministerio Público de la Defensa.

16. Cf. Ley Orgánica del Ministerio Público argentina, arts. 1, 12, 54, y 58-62, respecto a los tutores y curadores públicos.

Además, cuando el Ministerio Público interviene siempre actúa como parte interesada: interesada en proteger los “valores jurídicos” o los “valores comunitarios” (en abstracto), pero sobre todo en proteger a personas, sociedades y bienes concretos, en cuanto son los verdaderos afectados. Por eso, le corresponde impulsar causas en favor de grupos vulnerables, de usuarios o del medio ambiente cuando la ley lo faculta. Por otro lado, el Ministerio Público puede y debe llamar la atención del juez sobre cuestiones de orden público y derechos fundamentales, asegurando que no se sacrifiquen consideraciones de bien común por arreglos meramente particulares.

Por tanto, un Ministerio Público fiel a su noble misión no se limita a ser “la voz de la policía”, ni a acusar mecánicamente al sindicado como culpable, sino que funciona como un filtro consciente y socialmente responsable. El fiscal debe analizar críticamente las investigaciones policiales, exigir ampliaciones o correcciones si faltan elementos, y solo formular acusación cuando haya convicción seria de culpabilidad conforme a la ley. Tal deber del examen previo ha sido resaltada incluso por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.¹⁷ Cabría incluso decir más, que el Ministerio Público ha de priorizar sus esfuerzos en aquello de lo que más dependa la paz social y bien común, y dedicar menos esfuerzos a lo baladí. Los recursos personales y materiales de esta institución pública no son infinitos, y un sano realismo jurídico bien le permitiría inobservar la *peccata minuta* para centrarse a custodiar aquello que realmente importa a la sociedad.

En síntesis, la grandeza del Ministerio Público radica en su mirada amplia que le permite ver los bienes superiores, en su creatividad y esfuerzos libres para encontrar lo que más conviene a todos, dentro de los parámetros legales y dentro de sus posibilidades.

4. LA MÁXIMA VILEZA DE UN MINISTERIO PÚBLICO DESVIADO

Un antiguo adagio latino reza: *corruptio optimi pessima est*, la corrupción de lo mejor es lo peor. No es lo mismo que se dañen unas uvas, una computadora, el automóvil de la casa, o las buenas relaciones familiares. Mientras más noble sea lo que se dañe, peor será el daño.

17. V.gr., Corte Suprema de Justicia argentina, caso “Halabi” (Buenos Aires, 24 de febrero de 2009).

Si la mayor nobleza del Ministerio Público radica en su búsqueda activa de aquello que hace bien a todos (el bien común), su peor vileza surgirá cuando traiciona la esencia de su ministerio y opera como un actor parcializado o corrupto. La institución fiscal no es inmune a ese riesgo. ¿En qué consiste la “corrupción” del Ministerio Público? Podemos identificar tres escenarios donde el fiscal se aparta de su deber y cae en la degradación: cuando no actúa, cuando actúa negligentemente, y cuando se mueve por intereses mezquinos.

La primera vileza del Ministerio Público es la inacción. Una inacción total de un funcionario público que recibe un salario es prácticamente imposible. Al menos tendrá que asomarse a la oficina para que no lo despidan. La inacción de la que hablamos es más focalizada. Por ejemplo, se podría decir que en el fondo “no hay fiscales” si los criminales de alto calibre andan sueltos y solo se persigue al que robó un pan para sobrevivir. La selección de las causas importantes es importante —valga la redundancia— para que el Ministerio Público funcione. Muchos fiscales hoy se limitan a perseguir vehementemente a quien parece culpable, pensando obsesivamente en encarcelarlo, y olvidan que el cometido primordial de su profesión es servir al bien común. Entonces, el funcionario ha perdido el norte de su función, e incluso su misma capacidad de ser persona. Su labor puede ser muy técnica, pero ha perdido aquella creatividad indagadora de buenas soluciones para todos. Parafraseando al filósofo español, Leonardo Polo, la persona entonces queda convertida en una mera pieza de reloj, degradada a ser un simple objeto técnico, y ello es profundamente inhumano.¹⁸

La segunda vileza del Ministerio Público es la negligencia. En este supuesto, los casos se examinan superficialmente, todo lo que llega de la policía cuenta con el aval del fiscal, los papeles pasan por la mesa y el burócrata se limita a ser un “sello de goma” de lo que fuera menester sellar. Esta actitud cómoda y descomprometida incluye una pobre defensa de lo que es más importante en el juicio y puede llevar, en el extremo, a inculpar y hacer sufrir a gente inocente. Mientras mayor sea lo descuidado, mayor será la vileza de aquel funcionario. Una vez más lo peculiar de la persona aquí desaparece: la persona queda reducida a un mero burócrata sin creatividad, sin calidez personal, sin luces intelectuales para iluminar, ni ánimos para promover el bien general. La persona pasa a ser una mala pieza de reloj.

18. “Si la técnica llega a imponerse es deshumanizante en la medida en que su éxito hace que el hombre pierda su fin propio y quede sujeto al proceso de posibilidades de la técnica, reducido a una pieza de la gran maquinaria.” Leonardo Polo, *Quién es el hombre*, en *Obras Completas*, 20013, vol. 19, p. 324.

La tercera y peor actuación del Ministerio Público es la que se mueve por intereses mezquinos. Tales actos implican una inacción por el bien común, una negligencia por aquello que se debe hacer, y una intención positiva de irrogar daño a otro (dolo) para satisfacer un interés mezquino. Ponerse de parte del vulnerable en una situación de desbalance no es vil, sino noble, como queda dicho. Pero aceptar dinero para evitar la acusación, moverse por meras ambiciones personales, perseguir a los enemigos de la propia familia, parcializarse injustificadamente con una parte (víctima o acusado), o dejarse influir por el propio partido político, por el ente nominador, o por el gobierno, siempre implica un daño a la sociedad, a la seguridad jurídica y a todos los colegas del propio Ministerio Público. Ese fiscal es un traicionero. Quizás él no piensa en el daño, pero actúa menoscabando aquel bien común que él debía precautelar. Aquí propiamente la persona se degrada, no pasado a ser pieza de reloj, sino demonio de la maquinaria a la que hace trabajar mal, ocasionando la perdición de muchos.

Todas estas conductas representan, en distintos grados, la negación de la esencia del Ministerio Público. Como se ve, la actuación de un fiscal parcial, negligente o corrupto erosiona seriamente la credibilidad del sistema y causa enormes injusticias.

5. CONSECUENCIAS DE ESTA NOBLE MISIÓN: FOCALIZACIÓN, LIBERTAD Y CREATIVIDAD

Entendido mejor el rol y potencialidades del Ministerio Público, podemos ahora señalar tres consecuencias prácticas que se derivan de lo dicho. Las podríamos sintetizar en tres palabras: focalización, libertad y creatividad.

1. En primer lugar, quienes ejercen el Ministerio Público deben *focalizarse* más en su misión constitucional. Ello implica un esfuerzo para adquirir una formación ética más sólida y fundamentada, que sepa discernir entre lo importante y lo banal. La formación ética siempre puede crecer. No “se es ético” por el simple hecho de haber llegado a la mayoría de edad. Además, resulta necesario un cierto conocimiento de la situación social y manejar bien las leyes, para detectar dónde están realmente en juego los bienes jurídicos. Más que un funcionario reactivo a los casos que le presenta la policía, el Ministerio Público debe ser proactivo e ir en busca de lo que tiene mayor envergadura o relevancia social.

Convendría dotar mejor de herramientas legales de discreción a los fiscales. Tradicionalmente, los sistemas legales de corte continental imponían el principio de legalidad estricta: el fiscal debía perseguir todos los delitos de acción pública de los que tuviera noticia, sin excepción. Esto en la práctica llevaba a sobrecargar el sistema con casos insignificantes y restaba capacidad administrativa para los importantes. Modernamente, se ha dado paso a regímenes mitigados de oportunidad.

En Argentina se han dado muchos pasos adelante en este sentido. Así, por ejemplo, hoy la ley permite al Ministerio Público renunciar o prescindir de la persecución penal en ciertos supuestos de escasa relevancia, orientando así sus recursos a prioridades más altas. La reforma del Código Procesal Penal Federal introdujo los “criterios de oportunidad”,¹⁹ que facultan a los fiscales a archivar o no promover la acción penal en ciertos casos, como: hechos de muy reducida significación que no afecten gravemente el interés público, participación del imputado de mínima relevancia, lesiones o daños sufridos por el propio imputado que tornen innecesaria la pena, entre otros. La Procuración General de la Nación ha reglamentado este instituto destacando que su aplicación busca “orientar mayores esfuerzos de investigación a los casos complejos, consolidando una clara y direccionada política de persecución penal”, de utilidad social.²⁰ Es decir, se trata de ser inteligentes en la gestión penal: renunciar a ciertos casos menores para poder perseguir mejor los graves. Tal distinción de lo importante y lo leve requiere que los funcionarios tengan suficiente conocimiento ético para discernir lo que en cada momento conviene a la sociedad.

2. También es importante intentar incrementar la libertad de los funcionarios y a todas las partes afectadas (víctima, imputado, estado y sociedad) para que puedan explorar soluciones alternativas a las penales y lograr acuerdos que benefician a todos. En países como Estados Unidos, el fiscal cuenta con amplias atribuciones para negociar acuerdos de culpabilidad (*plea bargaining*) con el acusado, a cambio de recomendaciones de pena reducida u otros beneficios. Gracias a este mecanismo, más del 90% de los casos penales en EE.UU. se resuelven mediante acuerdos y no llegan a juicio oral, lo que ahorra recursos y permite centrar los juicios en los asuntos más disputados.²¹ Además de los costos que el estado ahorra, la parte acusada

19. Código Procesal Penal Federal, artículo 31.

20. Cf. Resolución PGN N°97/19, sobre el procedimiento para la aplicación de los criterios de oportunidad fijados en el artículo N°31 del Código Procesal Penal Federal.

21. Cf. Devers, Lindsey (2011): “Plea and charge bargaining: Research summary”, en: BJA Report January, p. 1; Viano,

tiene que sufrir menos el desgaste económico y mental de un proceso largo, las incertidumbres se reducen para todos, y se permite a las partes reconocer sus faltas y redimirlas voluntariamente. Ello ha generado un “sistema de acuerdos”²² que me parece más humano que el sistema del juicio inquisidor.

En Argentina, históricamente predominó la idea de que la acción penal pública es indisponible y no se podía “negociar” la ley penal. Sin embargo, desde fines del siglo XX se han incorporado figuras de justicia negociada o alternativa inspiradas en modelos del derecho comparado. Por ejemplo, de forma análoga al *plea bargain*, el juicio abreviado hoy permite al fiscal acordar con el imputado y su defensor una pena reducida a cambio de una admisión de culpabilidad, evitando el juicio oral.²³ La figura que solo aplica a ciertos delitos y bajo ciertas condiciones, resulta útil para resolver rápidamente casos donde hay prueba contundente y el imputado prefiere el trámite abreviado con una condena menor.

Adicionalmente, la suspensión del juicio a prueba (*probation*) prevista por la ley²⁴ faculta al fiscal a consentir la suspensión del proceso cuando el delito tiene pena baja, a cambio de que el imputado repare a la víctima y cumpla ciertas reglas de conducta. Esta es otra vía por la que el Ministerio Público puede negociar una salida digna para todos, sin trasladar a la sociedad y a las partes el costo moral y económico de un largo proceso. A esto se podrían sumar varias normas de resolución alternativa de conflictos para casos de delitos menores, conflictos entre vecinos, familiares, o patrimoniales sin grave violencia que confieren un margen de acción al Ministerio Público.²⁵ En definitiva, la ley ofrece un abanico amplio de posibilidades al Ministerio Público para que ejerza la misión a la que constitucionalmente está llamado.

Sea como sea, la normativa siempre podrá y deberá mejorarse. Pienso, por ejemplo, que es muy propio del Ministerio Público estar facultado para pedir amnistías y clemencias (no para concederlas, que esa no es su labor), para negociar penas que

Emilio C. (2012): “Plea bargaining in the United States: A perversion of justice”, *Revue internationale de droit penal* (Vol. 83, N° 1), p. 118.

22. La expresión consta en el caso norteamericano *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012).

23. Cf. Art. 431 bis del CPPN y similares en códigos provinciales.

24. Cf. Art. 76 bis del Código Penal.

25. En la Provincia de Buenos Aires, véase la Ley 13.433 creó un Régimen de Resolución Alternativa de Conflictos Penales.

ayuden más a la sociedad que la mera prisión, y para sugerir alternativas al juez relacionadas con la pena y la reinserción social del reo. Como se dijo, el Ministerio Público no es un demonio que tiene por misión la perdición de las almas, sino todo lo contrario.

3. Quizá donde hoy haya más necesidad de centrar la atención es en el tema cultural, en el fomento de la *creatividad* del funcionario para que pueda encontrar mejores soluciones para todos. Bien está que el fiscal sea un técnico del derecho, pero al fiscal la Constitución le pide más que eso. Debería contar también con algo de formación política (“política” en el sentido aristotélico de la palabra, que está destinada a velar por el bien común), lo que va más allá de la mera técnica legal que la mayoría de los funcionarios suelen recibir. Esto en alguna medida se puede apalear con la introducción de cursos en el Ministerio Público relacionados con la materia, pero va más allá. En el fondo, se trata de crear una cultura donde sea fácil proponer soluciones distintas a las tradicionales, se fomente la creatividad del funcionario y todos dediquen tiempo destinado a encontrar soluciones originales (las soluciones geniales normalmente requieren esfuerzo y tiempo mental); donde el fiscal pueda coordinar con más instituciones públicas y existan oportunidades claras para dialogar con todos los actores procesales y sociales. Ello también implica ampliar la libertad para llegar a acuerdos en temas penales entre todas las partes afectadas (incluida la sociedad). En esto, se puede aprender mucho de la justicia indígena, tan flexible en el proceso y en la sanción.

6. CONCLUSIÓN

Leonardo Polo definió a la persona como un ser libre que coexiste con otros, con luces para iluminar a los demás y principalmente con un espíritu para amar.²⁶ Según el filósofo, eso es ser persona. La administración pública hoy tiende a reducir al funcionario público a una pequeña pieza de una maquinaria pesada, donde el desgraciado está condenado a repetir siempre lo mismo toda la vida, y es incapaz de tener un rol creativo y benévolo con los demás. Si seguimos la línea argumental de Polo, forzosamente hemos de concluir que tal trato al funcionario público —aceptado o no por él— es bastante inhumano.

26. Cf. Leonardo Polo, *Antropología trascendental*, en Obras Completas, Eunsa 2013, vol. XV. Para una introducción al pensamiento poliano, recomendamos Juan Fernando Sellés, *Antropología para inconformes*, 4ª ed., Rialp, Madrid 2008, .

En este artículo hemos examinado cómo los miembros del Ministerio Público han sido tratados en el pasado como piezas de reloj que deben procesar cuasi mecánicamente todos los casos que le llegan de la policía y perseguir todo delito, por trivial que sea. También hemos constatado cómo esa inhumana concepción del Ministerio Público poco a poco ha sido abandonada, y cómo últimamente se han dado pasos constitucionales, legislativos, y políticos muy importantes para que los fiscales y defensores públicos tengan un rol más activo y beneficioso en la sociedad.

Con las reformas, la profesión ha adquirido una nobleza singular, en algún sentido superior a la del juez y del abogado, pues está orientada a la consecución de bienes más altos. Aunque siempre quepa mejorar la normativa vigente, hemos concluido que lo que más falta ahora es cambiar la cultura interna de la administración pública, a fin de que el Ministerio Público sea más creativo y proactivo en la consecución de lo mejor. Allí radica su mayor nobleza y, si falla, allí se encontrará con lo más vil de la profesión. Hacemos votos para que no falle.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 1: Filosofía y Teoría del derecho

“El debido proceso adjetivo y la tutela efectiva como punto de confluencia en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial”

Julio M. Conte-Grand

“El debido proceso adjetivo y la tutela efectiva como punto de confluencia en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial”

Por Julio M. Conte-Grand¹

1. EL DERECHO DE DEFENSA. EXÉGESIS DE LAS GARANTÍAS Y CONTENIDOS QUE IMPLICA

El derecho de defensa², al que se suele referir como debido proceso legal adjetivo, es un derecho inherente a la persona en tanto dimana de su naturaleza social y, en última instancia y por añadidura, a su dignidad.

La garantía del derecho de defensa como toda garantía de rango constitucional procesal (entre ellas, la de amparo de la libertad), exhibe un especial sentido axiológico tuitivo porque contiene una preeminente valoración de un aspecto parcelario de la justicia -la seguridad jurídica-, que es fundamental en un Estado de Derecho. Y, además, es un valor fundante de los otros derechos³.

El derecho de defensa se encuentra consagrado en la República Argentina en el art. 18 de la Constitución Nacional de 1853-60, disposición en la que se man-

1. Abogado (UBA). Procurador General ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Profesor en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de trabajos, notas, artículos, libros y coautor de libros. Fue Secretario Legal y Técnico de la Provincia de Buenos Aires, Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, Representante por la Provincia de Buenos Aires en el Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina (FOFECMA) y Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Según las diversas tradiciones jurídicas, enfoques y ámbito específico, el derecho de defensa recibirá diferentes nombres, v.gr., derecho de defensa procesal, debido proceso, debido proceso legal adjetivo, debido proceso adjetivo, etc. Para la COIDH, el derecho de defensa procesal más que una garantía del debido proceso es la garantía del debido proceso por excelencia; v. “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, MONTERO Diana, SALAZAR Alonso, nota a pie n.º 1, p. 126, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554> (página consultada el 21/10/25). Por otra parte, las nociones de derecho de defensa, debido proceso adjetivo, garantías procesales del derecho de defensa, tutela judicial y administrativa efectivas, derecho a un juicio justo, *due process of law*; *droit a un procès équitable*, etc., utilizadas en los diferentes instrumentos y tradiciones jurídicas tienen el carácter de un *continuum* en el que se imbrican en íntima interdependencia, resultando las diversas facetas, muchas veces correlativas, de una misma realidad: el derecho de defensa.

3. LINARES, Juan F., “La garantía de defensa ante la Administración”, LL, tomo 142, ps. 1137 y ss., sección doctrina, v. en esp., p. 1143.

tiene, complementado desde la reforma constitucional de 1994, por las normas de derechos humanos contenidas en consecuentes tratados internacionales, integradas a nuestro sistema a través del art. 75, inc. 22, CN, que otorga rango constitucional, entre ellas, primordialmente, a los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2. EL DERECHO DE DEFENSA Y SU APLICACIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Cabe consignar que si bien el mencionado art. 8 de la CADH refiere a las “garantías judiciales” al perfilar el derecho de defensa (entre ellas, el derecho a ser oído por una autoridad imparcial e independiente para la determinación de sus derechos, el plazo razonable, la presunción de inocencia, el derecho al conocimiento detallado de los hechos que se investigan a su respecto, la no autoincriminación etc.), las aludidas garantías resultan plenamente aplicables a los procedimientos administrativos en tanto la CADH contempla un concepto autónomo de “proceso” en el que la distinción entre proceso (judicial) y procedimiento (administrativo) se diluye, ya que en ambos casos son exigibles tales garantías.⁴

Se trata de instancias cuyo fin es la determinación de derechos. En consecuencia, el aparato estatal debe estar organizado de modo tal de proporcionar remedios efectivos, sin interesar si estos son judiciales o administrativos, a fin de tutelar adecuadamente las prerrogativas individuales, y, en modo eminente, los derechos humanos.⁵

Así lo ha interpretado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en diversos precedentes (casos “Baena, Ricardo”⁶, “Ivcher Bronstein”⁷,

4. TREACY, Guillermo F., “Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo”, en Héctor POZZO GOWLAND, HALPERÍN David Andrés, AGUILAR VALDÉZ, Osear, JUAN LIMA, Fernando y CANOSA, Armando (dirs.), Procedimiento Administrativo, T. I, LA LEY, Prov. de Bs.As., 2012, ps. 857 y ss.; v. en especial, p. 873.

5. V. COIDH, caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 71.

6. COIDH, caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2 de febrero 2001, párrs. 124, 125, 127, 130, 134 y 143.

7. COIDH, caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrs. 104, 105 y 110.

“Comunidad Indígena Sawhoyamaxa”⁸ y “Claude Reyes”⁹, entre otros), que han concluido en la aplicabilidad de las garantías del debido proceso legal perfiladas en el art. 8 de la CADH a los procedimientos administrativos.¹⁰

En tal sentido debe resaltarse que tal como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina, la jurisprudencia de la COIDH resulta una “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos”, no solo para el poder judicial (v. CSJN, Fallos 333:1657, in re “Videla”).

La aplicación de las garantías contempladas en el art. 8 de la CADH a los procedimientos administrativos procede en tanto ellas refieren al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.¹¹

Ello, dado que no solo el poder judicial sino otros órganos estatales, colegiados o unipersonales pueden adoptar decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas (v. COIDH en el caso “Claude Reyes y otros”, párr. 118).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ya mucho tiempo antes del otorgamiento de cualidades constitucionales a los instrumentos internacionales de derechos humanos producida con la reforma constitucional de 1994, había expresado que la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también tanto a la actividad administrativa sancionadora (v. Fallos 295:726, cons. 3.º), como a todos los procedimientos administrativos en general, aun cuando no se tratara de la imposición de sanciones (v. Fallos 244:548). De tal modo, nuestro Máximo Tribunal ha recorrido un camino similar al de la jurisprudencia de la COIDH y ha efectuado una lectura amplia de la garantía de la defensa en juicio, perfilando la denominada tutela judicial efectiva, que, proyectada y extendida a los procedi-

8. COIDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 81 y 82.

9. COIDH, caso “Claude Reyes y otros”, sentencia del 19 septiembre de 2006, Serie C, n.º 151, párr. 118

10. V. también Dictamen de la PTN IF 2021-18545425 APN-PTN del 3 de marzo de 2021, acápite V.5.3 (publicado en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/3239/IF-2021-18545425-APN-PTN_de_fecha_3-3-2021.pdf).

11. V. TREACY, Guillermo F., ob. cit., p. 868.

mientos administrativos, ha generado la rica categoría de tutela administrativa efectiva.¹²

Luego de la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha enfatizado, sin espacio ya para la duda, que el debido proceso adjetivo encarna un principio que encuentra fundamento constitucional tanto en la garantía de defensa que consagra el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina, como en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, directamente aplicable de acuerdo al ya citado artículo 75, inciso 22, del texto fundamental, el cual, al consagrar la tutela judicial efectiva, se proyecta también al procedimiento administrativo.¹³

En síntesis, en el estado actual de la evolución de la conciencia jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional y administrativa permeada por la penetración del derecho internacional de los derechos humanos, la expansión de los principios procesales al procedimiento administrativo (y no solo al sancionador), entre ellos, el derecho de defensa, tiende a asegurar la legalidad y eficacia en el accionar administrativo, y al mismo tiempo, preserva los derechos fundamentales, en beneficio del Estado de Derecho. Y no cabe hesitar que, en la República Argentina, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LNPA) y su decreto reglamentario, han significado un temprano avance respecto del derecho convencional, en orden a la aproximación del procedimiento administrativo al proceso judicial donde la garantía del derecho de defensa estaba desarrollada con mayor nitidez.¹⁴

Estos avances se vieron ampliados y profundizados, a partir de la sanción de la Ley n.º 27.742 (conocida como “Ley de Bases”), que modificó la LNPA e incorporó la tutela administrativa efectiva como un principio fundamental del derecho administrativo de forma expresa, situación que analizaremos más adelante.

12. TREACY, Guillermo F., ob. cit., ps. 860 a 863.

13. CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1.º edición, 2015, p. 440.

14. TREACY, ob. cit., p. 864.

3. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA (DEBIDO PROCESO ADJETIVO) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Procede precisar que, en el derecho administrativo positivo argentino, el derecho de defensa se encontraba ya regulado desde 1972 en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n.º 19.549 (LNPA), de modo primordial y específico en el art. 1.º, inciso f, referido al debido proceso adjetivo. Además, también estaba contemplado como un requisito del acto en tanto este derecho de defensa integra el elemento forma y procedimiento.

En el plano jurídico federal en la República Argentina, vemos que la forma como garantía adjetiva, como derecho de defensa, regulada en LNPA, determina e impacta en la sustancia de los restantes derechos permitiendo o no su concreción, su perfección. Ciertamente si se afecta el derecho de defensa o debido proceso legal adjetivo resultarán menoscabados los derechos “sustantivos” de la persona, como su dignidad y honorabilidad, por ejemplo, u otros como la vida, la libertad, la propiedad, etc.¹⁵

De consiguiente, es imprescindible el respeto a las formas, a lo adjetivo para la preservación de los derechos fundamentales y de las instituciones.

La Corte Federal argentina así lo ha enfatizado al sostener con especial referencia al derecho de defensa “*que en las formas se realizan las esencias*” (Fallos 315:106 cons. 5.º; 317:1333, cons. 6.º; 323:2848, cons. 6.º; 329:5903; cons. 7.º; 338:552, cons. 5.º, entre muchos otros).

4. LA INCORPORACIÓN DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Como se mencionó anteriormente, la Ley n.º 27.742 modificó la LNPA incorporando la tutela administrativa efectiva en el art. 1.º bis dentro de sus principios fundamentales, junto con otros como la juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, simplificación administrativa y buena administración.

15. Ello obedece al valor fundante o posibilitador de otros derechos que exhibe esta garantía, tal como observa LINARES (v. ob. cit., p. 1143).

Esta recepción de la tutela administrativa efectiva como principio fundamental implica una puesta en valor y revitalización del derecho de defensa o debido proceso adjetivo.¹⁶

La nueva norma detalla con especificidad que esta tutela comprende los derechos a:

Ser oído: esto implica que el particular pueda exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que afecten sus derechos o intereses jurídicamente tutelados, inclusive interponer recursos. Además, se prevé la posibilidad de que cuente con patrocinio y representación profesional.

Escuchar al interesado antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia, sino también un importante criterio de eficacia política y administrativa. Siempre va a aportar elementos a tener en cuenta por la Administración, mejorando así el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y el grado de satisfacción del interés público comprometido.¹⁷

Ofrecer y producir pruebas: el artículo prevé que el particular tiene el derecho a ofrecer prueba y que se produzca, si fuera pertinente, dentro de un plazo fijado por la Administración, teniendo en consideración la complejidad del caso y de la prueba. Además, establece el deber para la Administración de requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva.

La Administración es la encargada de instar y dirigir el trámite y responsable de tramitar todas las diligencias necesarias para poder llegar a obtener la verdad jurídica objetiva. Esto implica la producción de la prueba necesaria para resolver los hechos controvertidos y su posterior control por parte del particular, todo ello previo a la decisión final de la Administración.¹⁸

16. ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Tutela administrativa y convencional efectiva” (en “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”, tomo celeste) disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad-celeste/2025-alonso-regueira-tutela.pdf> (página consultada el 22/10/25)

17. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, FDA. 2009, 9º Edición

18. SPACAROTEL, Gustavo, “La tutela jurídica administrativa en la ley n°27.742 “de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos. Breve análisis a las reformas Introducidas a la ley 19.549 de procedimientos Administrativos”, disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Gustavo_Spacarotel_-_La_tutela_jur%C3%ADdica_17-06_v2.pdf (página consultada el 22/10/25)

Una decisión fundada: esto implica que el acto decisorio haga expresa consideración de los argumentos y cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

La nueva redacción agregó que el acto debe valorar la prueba producida, es decir, que en los considerandos del acto se deberán explicitar las razones probatorias que llevaron a adoptar el criterio seguido en la parte resolutive de la resolución. Esto implica profundizar la motivación, ya que se exige exteriorizar los razonamientos que condujeron al acto.¹⁹

La reafirmación del deber de motivación como componente esencial de la tutela administrativa efectiva es de suma relevancia toda vez que, con la modificación normativa, el vicio en la motivación ya no aparece expresamente previsto en el art. 14 como causa de nulidad absoluta.²⁰

Un plazo razonable: significa que los procedimientos administrativos deben tramitar y concluir en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. Además, se establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

Esto es una gran incorporación a la LNPA, que antes solo mencionaba el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Recepta e integra los criterios internacionales ya mencionados y la jurisprudencia de nuestro país a partir del fallo “Lociser”.²¹

Asimismo, con la última reforma normativa se integró la tutela administrativa efectiva en el art. 7, inciso d, del aludido plexo legal que contempla, entre los requisitos esenciales del acto administrativo, a “...los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”.²²

19. CANDA, Fabián, “Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA reformada según la ley de bases” (en “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”, tomo amarillo), disponible en <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad-amarillo/2025-canda.pdf> (página consultada el 22/10/25)

20. Ídem

21. CSJN, “Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708)”, 26/06/12, Fallos 335:1126.

22. La Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado desde antaño que el requisito del debido procedimiento

La incorporación de la tutela administrativa efectiva es de suma relevancia en tanto la prevé no solo como principio fundamental, sino también como elemento del acto administrativo y como causal de nulidad absoluta del acto administrativo de alcance individual, si es que esta no ha sido garantizada.²³

4. LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO LEGAL ADJETIVO

Consecuencia de la sustancialidad que revisten las formas procesales por su dimensión tuitiva y dikelógica en el marco filosófico y jurídico positivo expuesto, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa fulminan con la nulidad absoluta e insanable la violación del elemento contemplado en el art. 7, inc. d, LNPA, es decir de los procedimientos previos, que albergan como un componente específico a la tutela administrativa efectiva, perfilada por el art. 1.°, inc. f, LNPA.

Puntualmente, desde la doctrina se ha enfatizado que “... ante el vicio grave de procedimiento, la consecuencia irremediable es la nulidad absoluta. Nada más es dable exigir al interesado en dicha nulidad; y que ... Obsérvese que cuando el legislador determina que antes de la emisión del acto deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y que la violación de tales formas esenciales genera la nulidad absoluta, está efectuando una clara opción de política legislativa, según la cual ante la falta o vicio grave en dichos procedimientos la consecuencia necesaria es la nulidad del acto”.²⁴

Con respecto a la gravitación del debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo, se ha dicho, con referencia a los vicios previos a la emisión

previo comprensivo del debido proceso adjetivo no solo reviste el carácter de una garantía para el particular, sino que también resulta imperativo para preservar la legalidad del accionar administrativo; por otra parte, también desde la doctrina se ha remarcado que el debido procedimiento adjetivo es posterior a otro principio general de garantía aún más valioso, que la ley no destaca como corresponde: el necesario carácter previo del procedimiento legal para la decisión de todo acto administrativo; en efecto, el proceso previo justifica la existencia legal e institucional del acto administrativo. En la Administración del Estado de Derecho, el acto administrativo, de cualquier clase que fuere, debe ser la manifestación objetiva de un previo procedimiento. Ese carácter previo del procedimiento, garantía de razón y justicia, se proyecta esencialmente en todo el hacer administrativo, pues sin procedimiento no hay actividad administrativa (v. Fiorini, Bartolomé A.; *Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 455 a 458, citado en Dictámenes 236/91).

23. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “Principios fundamentales del derecho administrativo” (en “Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino”, tomo amarillo), disponible en: <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad-amarillo/2025-gutierrez-colantuono.pdf> (página consultada el 22/10/25)

24. CANDA, Fabián, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación”, *El Derecho*, Serie Derecho Administrativo, 2001/2002, ps. 233 a 236).

de un acto -entre los que se incluyó el no haber dado oportunidad de defensa al interesado-, que *“En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista”*.²⁵

De conformidad con las consideraciones doctrinarias expuestas, en la jurisprudencia del Máximo Tribunal federal argentino se han invalidado actos administrativos dictados sin la observancia de los procedimientos previos normativamente establecidos (v. Fallos 339:1077, cons. 14 a 17 y 40; en este caso puntual, precisamente fueron consideradas nulas diversas resoluciones del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación que habían sido dictadas incumpliendo este requisito legal).²⁶

En similar sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) en la República Argentina consideró que correspondía declarar la nulidad y revocar en sede administrativa la Resolución n.º 2016-1768-E-APN-MDS por la que se había dejado sin efecto la Resolución n.º 3193/15, que había otorgado a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia establecida en el artículo 1.º de la Ley n.º 24.018, como ex Primera Mandataria²⁷ en tanto la aludida Resolución n.º 2016-1768 E -APN- MDS no había respetado el debido proceso adjetivo respectivo de la interesada.

En efecto, es doctrina del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional, que *“la posibilidad de ejercer el legítimo derecho de defensa por parte de quien podría verse afectado por un acto (ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo y ofrecer /as pruebas que estime convenientes a su derecho), en forma previa a que la autoridad competente resuelva, constituye sin dudas un procedimiento esencial y sustancial, en los términos del artículo 7.º, inciso d), de la LNPA, que ineludiblemente debe respetarse a fin de resguardar el principio constitucional de defensa en juicio (conf. art. 18 de la Constitución Nacional). Y ha remarcado el alto organismo que “...aun cuando hubiera sido procedente la aplicación de una sanción, la inobservancia del procedimiento referido, traería*

25. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, 10ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2011, Cap. X.

26. V. asimismo, CSJN, 21 de mayo de 2002, “Adidas Argentina y otros el EN – M. de Economía – resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 si amparo ley 16.986”, Fallos 334:1406.

27. La resolución había sido revocada en tanto en el caso, se había acumulado la asignación mensual vitalicia que le fuera otorgada como ex Presidenta a la que ya percibía con motivo del fallecimiento del doctor Néstor Carlos Kirchner.

aparejada la nulidad de cualquier medida adoptada por violación de las formas esenciales, conforme lo prevé el artículo 14 inciso b) de la citada LNPA.” (v. Dictámenes PTN, 290:181).²⁸

Sentada la trascendencia de los elementos de forma y procedimiento comprensivos del debido proceso legal adjetivo (derecho de defensa) o de la tutela administrativa efectiva en los procedimientos administrativos, así como la fatal consecuencia de la nulidad de los actuados en caso de afectación de este, cuadra enfatizar la absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación en la materia.

5. ALGUNOS CONTENIDOS POSIBLES DEL DEBIDO PROCESO LEGAL ADJETIVO. SU ESENCIAL AMPLITUD Y CASOS ESPECÍFICOS DE VIOLACIÓN SINDICADOS POR LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

5.1 La mirada amplia como principio

Desde la trascendencia afirmada de las interpretaciones de la COIDH, para los poderes constituidos argentinos cabe entonces asumir como premisa que el debido proceso adjetivo, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones a efectos de *“que las personas puedan defenderlos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”*; constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia.²⁹

Esto significa que por aplicación de las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la CADH, se deben observar todas las formalidades que *“sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.”³⁰*

28. V. también dictamen de la PTN, IF -2021-18545425-APN-PTN recaído en el Expte. N.º 2021-10441870, el 3 de marzo de 2021.

29. Ver caso “Genie Lacayo”, párr. 74; caso “Las Palmeras”, párr. 58; caso “Durand y Ugarte”, párr. 128; caso “Blake”, párr. 96; OC-9/87 “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, párr. 28; caso “Baena Ricardo”, párr. 124; jurisprudencia de la COIDH citada en Revista judicial n.º 110, 2013, p. 102, “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, MONTERO, Diana, SALAZAR, Alonso, nota a pie n.º 1, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554> (página consultada el 21/10/2025)

30. Corte IDH, caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N.º 128, párr. 132; caso “Maritza Urrutia”, párr. 118 y caso “Myrna Mack Chang”, párr. 202, mencionados por MONTERO- SALAZAR, en ob. cit.

El debido proceso adjetivo en términos generales y a la luz del bloque federal constitucional y convencional aplicable *supra* descripto (v. en especial, art. 8, CADH), supone entonces, entre otros contenidos posibles, el acceso a un órgano estatal imparcial e independiente, solo vinculado por la sujeción irrestricta al orden jurídico, el respeto de la presunción de inocencia por parte de las autoridades, la posibilidad de que la persona conozca antes de formular declaraciones, de modo fehaciente y detallado qué posibles hechos se le reprochan o se persigue investigar que pueden incidir en su esfera jurídico patrimonial a través de la determinación de sus derechos, la posibilidad de exponer sus razones antes de la resolución del procedimiento, el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones; por cierto, el cumplimiento de las normas aplicables, entre ellas, las atributivas de competencia, la garantía contra la autoincriminación, etc.

En tal sentido, cabe tener presente que, en cualquier hipótesis, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso.³¹

Procede también acotar que esta mirada amplia que exhibe la normativa y jurisprudencia de la COIDH como la doctrina y jurisprudencia vernácula se replica en el marco del derecho convencional europeo de los derechos humanos en cuyo ámbito se ha destacado respecto del derecho de defensa reconocido como derecho fundamental por el art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el art. 6.3. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se integra por diversas garantías derivadas del principio general de equidad mencionadas en el aludido art. 6.3.

En efecto, desde la jurisprudencia de la CEDH se reciben interesantes aportes en el sentido de que las apuntadas garantías no son limitativas, sino que deben ser interpretadas en sentido amplio.³²

31. GORDILLO, Agustín, *Procedimiento Administrativo*, 1.º Edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 43

32. V. MANGAS MARTÍN, Araceli, Dir.; GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, Coord.; *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Comentario al art. 48 por LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, ps. 760 a 776, Fundación BBVA, España, 2008.

5.2. Algunos casos paradigmáticos de afectación del derecho de defensa

En el amplio marco de predicación y virtualidad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos ha considerado como supuestos de violación del derecho de defensa, entre otras, a las siguientes hipótesis fácticas:

5.2.1. La violación del derecho de defensa por la actuación de un órgano incompetente

Puntualmente, la COIDH ha considerado que la garantía del debido proceso que reposa sobre la presunción de inocencia resulta afectada cuando se da el supuesto de incompetencia material del órgano que determina derechos.³³

Procede recordar que la incompetencia en razón de la materia se configura cuando un órgano invade la esfera de actuación de otro poder o de otra jurisdicción. La incompetencia en razón de la materia configura una nulidad absoluta por afectar el orden público administrativo.³⁴

En el mismo sentido se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como “exceso de poder” puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido al emitir el acto en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto.³⁵

Cabe acotar que la competencia por razón de la materia, por revestir el carácter de orden público y dar lugar a una nulidad absoluta, no resulta convalidable por el consentimiento de las partes.

33. V. COIDH, caso “Loayza Tamayo”, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 63; también caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

34. CASSAGNE, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 321 a 322.

35. COMADIRA, Julio Rodolfo - Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 299.

5.2.2. Violación del derecho de defensa por la falta de imparcialidad del órgano

La garantía del debido proceso legal alberga entre sus componentes esenciales a la imparcialidad del órgano que determina los derechos (v. art. 8.1., CADH). Se encuentra replicada en el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por cierto, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina, el deber de imparcialidad no solo supone un comportamiento efectivo acorde, solo sujeto a la ley, sino que también exige que se note públicamente que el órgano que determina derechos es imparcial, es decir, ser y parecer.³⁶

La COIDH ha establecido que la imparcialidad exige una aproximación a los hechos de la causa carente de manera subjetiva de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.³⁷

Y ha considerado que las garantías contempladas en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica “son aplicables en los supuestos en que una autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria. Entre dichas garantías se encuentra la de imparcialidad, que exige que el funcionario competente para intervenir en una contienda particular, con capacidad de decisión, se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio, y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”³⁸

36. KOHN GALLARDO, Marcos Antonio, “Principios y garantías constitucionales en el proceso pena. Una visión desde el Estado social de Derecho y la dignidad humana”, disponible en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Marcos-A-Kohn-G-Principios-y-Garantias.pdf> (página consultada el 22/10/25).

37. COIDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 206, párr. 98; v. también, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

38. COIDH, caso “Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 31 de agosto de 2016, serie C, n.º 315, párr. 165.

En igual sentido, la CEDH se ha pronunciado sobre la necesaria imparcialidad que el debido proceso debe garantizar y en ese marco ha distinguido un enfoque o ángulo subjetivo y objetivo. Así lo ha hecho singularmente en la sentencia emitida en el caso “Lavents c. Letonia”³⁹; en cuyo párrafo 118 ha expresado que desde el ángulo subjetivo, correspondía recordar que *“la discreción que se impone a las autoridades judiciales cuando son llamadas a juzgar, debe llevarlas a no utilizar la prensa, ni siquiera para responder a las provocaciones; así lo quieren los imperativos superiores de la justicia y la grandeza de la función judicial. En particular el hecho de que el presidente o un miembro de un tribunal que debe resolver un asunto, emplearan públicamente las expresiones que daban a entender una apreciación negativa de la causa con respecto a una de las partes es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal consagradas en el art. 6.1 de la Convención (v. Buscemi c. Italie, n.º 29569/95, párrr. 67-68, CEDH 1999-VI)”*.

Nótese que la garantía de imparcialidad que impera en el debido proceso adjetivo no fulmina solamente una toma de posición respecto de una de las partes, sino cualquier valoración negativa adelantada públicamente a los medios respecto de la parte investigada. Así en el párrafo 119 de la sentencia en comentario, la CEDH expresa:

“En el presente caso, el Tribunal observa que, en sus declaraciones publicadas los días 4 y 5 de noviembre de 1999 en [los periódicos] ‘Laukuavize’ y ‘Respublika’, (véase el apartado 30 supra), la Sra. Steinerte [Presidente del Tribunal] criticó la actitud de la defensa en el juicio. También hizo predicciones sobre el resultado del caso. De hecho, al sostener que aún no sabía “si la sentencia resultaría en una condena o en una absolució n parcial”, descartó la posibilidad de una absolució n total. Además, en sus declaraciones publicadas el 7 de diciembre de 1999 en ‘Kommersant Baltic’ (véase el apartado 31 supra), expresó su asombro por el hecho de que el demandante persistiera en declararse inocente de todos los cargos y sugirió que debía demostrar su inocencia. En opinión del Tribunal, tales declaraciones no solo constituyen una mera ‘valoración negativa del caso del demandante’, sino una auténtica toma de posición sobre el resultado del caso, con una clara preferencia por una declaración de culpabilidad por parte del acusado. El Tribunal considera que, al margen de las razones que llevaron a la Sra. Steinerte a expresarse de

39. CEDH, 28/11/02, devenida en definitiva el 28/2/03.

este modo, sus declaraciones no pueden considerarse en modo alguno compatibles con las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio. Por lo tanto, el demandante tenía razones de peso para temer que el juez no fuera imparcial (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia Ferrantelli y Santangelo contra Italia de 7 de agosto de 1996, Reports 1996-111, p. 952, §§ 59-60”).

5.2.3. Violación del derecho de defensa por la afectación de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia integra el elenco de garantías que todos los plexos del derecho internacional de derechos humanos consagran al regular las garantías o contenidos del derecho de defensa (v. art. 11, ap. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14, párr. 2.º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 8.2., CADH, entre otros).

En el ámbito específico regional europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula la presunción de inocencia en el art. 6.2. y los derechos de defensa en el art 6.3.

El art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se inspira directamente en estos dos preceptos; en efecto, el art 48.1. de la Carta en cita consagra la presunción de inocencia a cuyo tenor “*todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente*”. Su literalidad es coincidente con el art. 6.2. del CEDH según el cual “*toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”. Similar contenido se encuentra en el referido art. 8.2., CADH.

La COIDH ha afirmado el deber de custodia que exhiben los funcionarios y autoridades estatales con respecto a la presunción de inocencia de las personas⁴⁰ y ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado a través de sus diversos órganos no condene informalmente a una persona o emita un juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública

40. V. en tal sentido, COIDH, caso “Aritz Barbera vs. Venezuela”, sentencia del 5 de mayo de 2008, Serie C, N.º 182, párr. 131 donde expresó: “Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos”; v. también COIDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, supra citado, párr. 46; caso “Cantoral Benavides vs. Perú”, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 119 y 120.

negativa, mientras no se acredite conforme a la ley, la responsabilidad penal de aquella.⁴¹

Este criterio resulta sumamente importante en la sociedad moderna, en la cual, los juicios mediáticos se encuentran a la orden del día, por lo que se debe velar que las personas vinculadas con hechos investigados no resulten estigmatizadas o exhibidas como culpables, sin que se haya llegado a la necesaria demostración de su responsabilidad en los hechos. De ahí que el tratamiento de la inocencia debe impregnar todas las etapas del procedimiento.⁴²

En similar sentido, la CEDH ha remarcado que si bien la presunción de inocencia debe ser respetada, no cabe duda, de modo primordial, por los jueces, de manera tal que un magistrado que hace una declaración a la prensa admitiendo la culpabilidad de un acusado viola el art. 6.2. del CEDH (v. sentencia de la CEDH in “*Lavents c. Letonia*”, arriba mencionada), esta garantía procesal contenida como se indicó *supra* en el art. 8.2. CADH también debe ser cumplida y respetada por las restantes autoridades estatales que, en puridad, la deben custodiar.

Así, ha señalado la CEDH, en una ejemplar y conocida sentencia vertida *in re* “*Allenet de Ribemont c. Francia*”, que el referido art. 6.2 del CEDH vincula también a las autoridades públicas, a las que cabe reputar obligadas en toda hipótesis a proteger la presunción de inocencia de toda persona hasta que no se haya demostrado su culpabilidad.⁴³

Es que, en efecto, tal como se viene sosteniendo *supra*, la presunción de inocencia no es en modo alguno una garantía procesal limitada solo al proceso penal o al ámbito judicial; es un *derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona*⁴⁴. La

41. COIDH, caso “Cantoral Benavides”, párr. 120. V. también COIDH, caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrs. 160 y 161.

42. V. KÖHN GALLARDO, Marcos Antonio, ob. cit.; v. también COIDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 1 de septiembre de 2011, párr.128.

43. CEDH, sentencia del 10 febrero de 1995, *in re* “*Allenet de Ribemont c. Francia*”, demanda n.º 15.175-89 I, v. en esp., cons. 33 a 41.

44. V. en igual sentido LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, en *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comentario al Título VI, Justicia, art. 48, ps. 762 a 763. Expresa este autor: “El principio de presunción de inocencia, tal y como se ha lo recogido en el art. 6.2 del CEDH, forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia-confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el art. 6.2 TUE, así como por el art. 48 de la Carta- están reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.” Desde la mirada vernácula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido rango constitucional a la presunción de inocencia (Fallos 300:1102); por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación

CEDH ha interpretado en forma amplia el campo de su aplicación y lo ha extendido a todos los procedimientos administrativos, entre ellos, a los procedimientos fiscales. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así lo ha hecho.

5.2.4. La afectación del derecho de defensa por violación de la garantía de la independencia

La COIDH en el mencionado caso “Apitz Barbera vs. Venezuela”, se refiere también en el párrafo 131, a la necesidad de que los funcionarios públicos preserven la independencia⁴⁵ de las autoridades que pueden llegar a determinar derechos observando que el derecho a la libertad de expresión exige de estos prudencia y mesura con el objeto de no ejercer presiones indirectas o incluso, de intentar influir en la opinión pública; en tal sentido ha manifestado que las diversas autoridades; en razón de su condición de garante de los derechos humanos, en sus declaraciones deben ser respetuosos de esos derechos. En tal orden de ideas, ha señalado:

“... /os funcionarios públicos, en especial /as más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador”.

Si bien en estos casos de afectación, el instituto de la recusación puede resultar un importante paliativo,⁴⁶ lo cierto es que el daño que causan los funcionarios adelantando criterios sobre la responsabilidad de los hechos investigados en cuanto al buen nombre y honor de la persona y por la mortificación moral que tales agravios suscitan, queda vulnerado sin remedio.

ha expresado que la garantía en cuestión no se limita al campo del derecho penal sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

45. V. en igual sentido, COIDH, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130.

46. V. COIDH, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 133.

5.2.5 La afectación del derecho de defensa por la falta de respeto de la garantía contra la no autoincriminación

Según los arts. 8.2, inc. g, y 8.3 CADH, que consagran, respectivamente, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, ni violación alguna de las reglas del debido proceso, es fundamental informar con carácter previo en qué calidad se toma la declaración en el marco de la investigación de los hechos; desde tal perspectiva, se viola el derecho de defensa si no se proporciona en la convocatoria a declarar, comunicación previa y detallada de los hechos investigados que se pretende enrostrar ni se indica en qué condición la persona es citada⁴⁷; cabe consignar que según lo ha destacado la COIDH, el cumplimiento de este recaudo debe acontecer antes de la primera declaración ante cualquier autoridad pública.⁴⁸

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos europeo, si bien esta garantía no está expresamente prevista en el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la CEDH en su jurisprudencia la ha considerado albergada por dicho artículo al expresar que el derecho a no incriminarse a sí mismo y mantener silencio, supone una exigencia elemental del derecho a un juicio justo⁴⁹. Este derecho implica que no puede fundarse una acusación contra una persona o un reconocimiento de hechos en su silencio y que tampoco son válidas las pruebas obtenidas bajo amenaza o presión o por violación de cualquiera de las garantías que integran el debido proceso. En cambio, en el ámbito interamericano, la garantía en cita, como hemos visto, se encuentra expresamente receptada por los arts. 8.2, inc. g, y 8.3 CADH. Lógico corolario de esta garantía, es por cierto, la exclusión de toda prueba obtenida por violación a las reglas del debido proceso, que consagra la teoría del fruto del **árbol** envenenado, consolidada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por

47. COIDH, caso “López Alvarez vs. Honduras”, sentencia del 1 de febrero de 2006, párr. 149; caso “Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 225; caso “Tibi vs. Ecuador”. Excepciones, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 187; caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 118.

48. COIDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrs. 29 y 30; v. también MONTERO Diana, SALAZAR Alonso “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 114, *supra* citado.

49. CEDH, “Funke c. Francia”, sentencia del 25 de febrero de 1993, Serie A, núm. 256-A, apartado 44.

la doctrina vernácula.⁵⁰

El contenido del derecho a la no autoincriminación se despliega en nuestra opinión sobre otras garantías específicas que también lo integran: a) aviso antes de la declaración de que la persona puede negarse a declarar, informando que la negativa no hará presunción en su contra; b) dejar de declarar en cualquier momento, c) ser anoticiado antes de declarar de que puede contar en todo momento con asistencia letrada (aun si el deponente es letrado); y d) ampliar la declaración en cualquier momento.⁵¹

Estas garantías han sido desde siempre postuladas, tanto en el orden nacional, como en la jurisprudencia internacional de derechos humanos como requisitos imperativos, y su ausencia debería causar una nulidad irreparable.⁵²

6. CONCLUSIONES

La aplicación de las garantías judiciales contempladas en el art. 8 CADH en el ámbito del procedimiento administrativo, de conformidad con la jurisprudencia de la COIDH⁵³, de insoslayable seguimiento para los poderes constituidos argentinos⁵⁴,

50. V. CSJN, 5 de septiembre de 1891, “Charles Hermanos y don Antonio Borzone por contrabando, cohecho y falsificación; sobre excepción de falta de acción y desglose de papeles privados”, Fallos 46:36; CSJN, 10 de diciembre de 1981, por contrabando, cohecho y falsificación; sobre excepción de falta de acción y desglose de papeles privados”, Fallos 46:36; CSJN, 10 de diciembre de 1981, “Recurso de hecho deducido por Luciano Bernardino Montenegro si robo”, Fallos 303: 1938; CSJN, 27 de noviembre de 1984, “Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Fiorentino, Diego Enrique si tenencia ilegítima de estupefacientes”, Fallos 306: 1752; CSJN, 13 de mayo de 1986, “Rayford, Reginald; Baintrub, Alvaro Ezequiel”, Fallos 308:733; “Loubet, Alejandro Miguel c/ I consumo de estupefacientes; II y III suministro de estupefacientes”, Fallos 308: 733. En cuanto a los alcances de la regla de exclusión y su posible invocación por terceros entiende CARRIÓ que no sólo corresponde excluir las pruebas obtenidas en forma ilegal respecto de los propios titulares de la garantía sino también de otras personas que pudieran resultar comprometidas por aquella; la exclusión debe extenderse a todas aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin la violación de esa garantía constitucional y resultaren su consecuencia (v. CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 6ª ed. actualizada y ampliada, p. 319 y ss.; v. también CSJN, 13 de mayo de 1986, “Rayford, Reginald; Baintrub, Alvaro Ezequiel”, Fallos 308:733; CSJN, 17 de septiembre de 1987, “Ruiz Roque A. si hurtos reiterados”, Fallos 310:1847; CSJN, 19 de noviembre de 1987, “Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Graciela Cristina y Adrina Alcira Chein en la causa Francomano Alberto Daniel si infracción a la ley 20.840”, Fallos 310:2402, mencionados por CARRIÓ.

51. Sobre el derecho a la asistencia jurídica, a dejar de declarar en cualquier momento e incluso a un intérprete en el caso de que no exista en el deponente dominio del idioma del país, v. CEDH, 28 de abril de 2022, “Wag c. Francia”.

52. V. Ref. debido anoticiamiento de la posibilidad de contar con asistencia letrada en el marco del procedimiento administrativo disciplinario, v. Dictámenes PTN 212:71 y 200:55, citados por COMADIRA, Fernando G. en *Derecho Administrativo Disciplinario*, editorial Cathedra Jurídica, Bs. As., 2022, p. 309; v. también Dictámenes PTN 304:394 y 166:244; asimismo, art. 51 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto N.º 467/99, de aplicación analógica a los procedimientos perquisitivos que exceden su ámbito de predicación.

53. V. COIDH, precedentes “Baena, Ricardo”; “Ivcher Bronstein”; “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa” y “Claude Reyes” entre otros, supra citados.

54. V. CSJN in re “Videla”, Fallos 333:1657.

incrementa la posibilidad de invocar vulneraciones al debido proceso adjetivo en el marco de la actividad que despliegan diversos órganos administrativos. Así lo hemos visto al colacionar algunos supuestos posibles de afectación del derecho de defensa perfilados por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, tanto de la COIDH como de la CEDH, que cabe reputar aplicables al procedimiento administrativo.

Ello revaloriza al procedimiento administrativo como una instancia de preservación de los derechos humanos⁵⁵ y viabiliza una efectiva tutela administrativa, que ahora también se encuentra materializada, regulada e integrada en nuestra Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

La dimensión sustancial de las formas en el aludido ámbito impide subestimar su virtualidad axiológica en la determinación de los derechos que plasman los actos administrativos como expresión de la voluntad de la Administración.

La esencialidad de los procedimientos y las formas resulta explicada de un modo autónomo y autosuficiente por la propia dogmática del derecho administrativo, sin necesidad de reenvíos a circunstancias contingentes o variables, si bien ciertamente enriquecida por los aportes del derecho internacional de los derechos humanos. Decimos que se trata de una explicación “autónoma” porque si bien los elementos de un sistema jurídico se enlazan y vinculan según las relaciones y mandatos que establece una constitución positiva (en el sentido de *ius positum*), lo cierto es que las instituciones jurídicas, que en puridad, lo constituyen, ordenan y nutren, representan valores, ideas, principios, reglas, conductas, hechos, que son “previos” al texto positivo constitucional, incluso propios de “depósitos culturales universales” que en definitiva exceden las fronteras positivas de una constitución nacional, como lo demuestra hoy, en la evolución de la conciencia jurídica, el derecho internacional de los derechos humanos.

La incorporación de los estándares internacionales a nuestra norma local representa un avance en el reconocimiento de los derechos y el cumplimiento de las

55. TREACY, Guillermo F., “Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo”, en Héctor POZZO GOWLAND, HALPERÍN David Andrés, AGUILAR VALDÉZ, Osear, JUAN LIMA, Fernando y CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, LA LEY, Prov. de Bs.As., 2012, ps. 857 y ss.; v. en especial, ps. 898 a 899).

garantías constitucionales y convencionales, lo que implica nuevos desafíos en la labor diaria de la Administración.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

Las reformas legislativas en la Argentina

Juan Carlos Cassagne

Las reformas legislativas en la Argentina

Por Juan Carlos Cassagne¹

1. EL ESCENARIO

Al finalizar el año 2023 Argentina atravesaba la peor crisis de su historia. Con el restablecimiento de la democracia en 1983 y la reforma constitucional de 1994 muchos creyeron que, por fin, habíamos encontrado el camino hacia la estabilidad de las instituciones y de la economía del país.

También pensaban que se iban a producir las consiguientes mejoras en el campo social. Pero esa ilusión duró poco tiempo.

El gobierno del Presidente ALFONSÍN, el primero de la era democrática del último cuarto del siglo pasado, si bien devolvió a la ciudadanía las libertades políticas que habían suprimido los gobiernos de facto, lo cierto es que, en el plano económico y social, después de intentos infructuosos tendientes a corregir el rumbo, nos condujo al más grave proceso inflacionario que padecemos en nuestra vida institucional.

Una inflación incontenible que llegó en julio de 1989 a rozar al 200% mensual, fenómeno conocido como hiper inflación, término acuñado poco antes en la Universidad de Columbia para referirse a una suba de precios superior al 50% mensual.

El fenómeno provocó una profunda crisis social y política que, aparte del desempleo y las quiebras empresarias, erosionó el poder adquisitivo de los salarios, provocando un aumento generalizado de la pobreza.

En el mes de mayo de ese año fatídico los precios se modificaban hasta 2 veces por día, produciéndose más de 300 asaltos y saqueos a supermercados e incontables comercios minoristas.

1. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

En ese escenario, el partido justicialista ganó, con una mayoría aplastante, las elecciones de 1989 para elegir al Poder Ejecutivo, Diputados y Senadores. El Presidente ALFONSÍN, con buen criterio, decidió de acuerdo con el mandatario electo (MENEM) adelantar la entrega del poder.

Este gobierno, tras fracasar en sus primeros intentos en la ordenación de la economía, logró finalmente enderezar el timón del Estado impulsando un proceso económico antiinflacionario basado en los principios de la economía social de mercado, cuya ancla monetaria se apoyaba en la sanción de una ley de convertibilidad que prescribía la equiparación de la moneda local al dólar estadounidense. Este proceso culminó con la crisis del 2001, produciendo consecuencias también perjudiciales de inusual gravedad en el patrimonio de los argentinos.

De ahí en más, con algunas intermitencias políticas, que pretendieron cambiar el rumbo, la política se orientó hacia la práctica de un populismo radicalizado (el de la razón populista) que desencadenó una emisión monetaria sin precedentes y un desequilibrio fiscal mayúsculo.

El rasgo característico de este proceso fue el ensanchamiento del Estado y del sector público de la economía junto a la consecuente disminución del sector privado.

He querido decir estas cosas, aunque sea en forma sumaria, para que se pueda comprender la magnitud de la crisis económica y social que debió y debe enfrentar Argentina para resolver la crisis generalizada que padecemos, la cual, en el fondo, también atañe a la moral pública.

Porque -como decía ORTEGA y GASSET- incansable observador de la realidad argentina, la historia es una mezcla del pasado que fue y del presente que sucede².

Las reformas que se introdujeron y se están introduciendo en la Administración y en las leyes apuntaron a resolver el mal crónico de nuestro Estado, el desequilibrio fiscal, con medidas que redujeron el tamaño del Estado y estimulan las inversiones privadas.

2. ORTEGA y GASSET, José, Historia como sistema, Revista de Occidente, 7ª ed., Madrid, 1975, p. 13 y ss.

En definitiva, sin perjuicio de las críticas que merezcan algunos de los aspectos de esta nueva política estatal, su aplicación transita por el camino correcto para retomar la senda del crecimiento que alguna vez alcanzamos en el pasado.

2. CAUSAS DE LAS CRISIS. LA FORMA DE REMEDIARLAS

Bajo un mismo sistema, basado en una diferente aplicación de la doctrina democrática de la separación de poderes, más fiel a MONTESQUIEU que a ROSSEAU, Argentina transitó por dos etapas bien diferenciadas.

La primera, comienza con la sanción de la Constitución de 1853 que adoptó el ideario político liberal de Alberdi, sobre la base del modelo de la Constitución de Filadelfia y de algunas influencias europeas, como la Constitución de Cádiz de 1812, particularmente en el diseño del poder reglamentario y del régimen judicialista tomado de los arts. 242 y 243 de la Pepa³.

Las ideas del iluminismo entonces imperante eran compatibles con una democracia censitaria, que estimulaba la participación y prevalencia de las élites cultas en la representación política.

Antes de sancionarse la Constitución de 1853 la Provincia de Buenos Aires se separó de la Confederación Argentina. En la división latían ideas autonomistas junto a la pretensión de quedarse con las rentas del Puerto de Buenos Aires, la principal Aduana existente en esa época.

Superado el conflicto entre la Confederación y dicha Provincia, con la designación de la Ciudad de Buenos Aires como capital de la República en 1880, el país entró en una senda del desarrollo económico y social sostenido hasta 1916, con políticas inmigratorias que hicieron que Argentina ocupara en 1910 el quinto lugar en el comercio internacional, además de la buena educación y salud pública que exhibía un progreso social ascendente.

La segunda etapa arrancó con la sanción del voto universal en 1912 y el advenimiento del Presidente YRIGOYEN. A partir de allí irrumpieron, terminando, prevaleciendo,

3. Art. 109 de la C.N.

ideas favorables en el intervencionismo estatal junto a la prevalencia de la cultura política llamada de comité o de partido.

El Gral. PERÓN, en sus dos primeras presidencias, así como los gobiernos militares y civiles que le sucedieron, con algunas excepciones (el gobierno de FRONDISI en el período 1978-1962), fue el hacedor máximo de esa política que acentuó el papel del Estado en la economía⁴ mediante la realización de una justicia social que excedía las posibilidades financieras del país.

Del Estado intervencionista inicial se pasó al Estado dueño y gestor de la actividad económica.

El sector público llegó a superar largamente al sector privado, financiándose con emisión monetaria sin respaldo.

Proliferaron los controles de precios y los negocios espurios a costa del Estado y muchos de los que accedieron a la dirigencia política pronto se convirtieron en personas acaudaladas.

Este proceso caracterizado, por la “incontinencia legislativa”, descripto últimamente con muy buena pluma por Tomás Ramón FERNÁNDEZ y antes por el maestro Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA⁵ (en su estudio sobre las “leyes desbocadas”) culminó en un acentuado estatismo, sucesivas devaluaciones de la moneda, aumento creciente de la inflación mensual con riesgo cierto de caer en otro proceso hiperinflacionario, disminución de la inversión privada, deserción escolar y aumento de la pobreza. En fin, una crisis terminal.

No deja de ser una paradoja el hecho de que ambos ciclos, el liberal y el estatista, se llevaron a cabo bajo el imperio de regímenes presidencialistas e incluso de facto.

Ello prueba dos cosas. Una, que un sistema de gobierno que propugna el liberalismo económico llega a funcionar como un régimen populista y autoritario si es incapaz

4. Corresponde apuntar, sin embargo, que, a partir de 1950, el peronismo abandonó la política anticapitalista y comenzó a apoyar la inversión privada, preferentemente la norteamericana, véase: CASSAGNE, Juan Carlos y BREWER CARIAS, Allan R., ed. Olejnik, Buenos Aires, 2020, p. 34 y ss.

5. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 11 y ss.

de impedir que las ideas económicas estatistas se infiltren en el sistema representativo. La otra, que la fuerza de la ideología es capaz de desnaturalizar cualquier Constitución, pues de lo contrario, no se explicaría cómo pudo prevalecer el estatismo en una Constitución de raíz liberal, en la que ese estatismo no tenía cabida. Un proceso semejante sucede cuando una ideología totalitaria se infiltra en un régimen democrático (v.gr. la Constitución alemana de WEIMAR).

En Argentina, la mayoría de los políticos no alcanzaron a ver que el Estado no era la solución, menos aún mediante las recetas del populismo radicalizado de izquierda.

A la inversa, la causa del problema era el propio Estado que pasó a constituir el principal significante de los gobiernos populistas que tuvo Argentina hasta el mes de diciembre de 2023.

Con todo, de cara a una crisis terminal grave y profunda, el sistema presidencialista tiene la ventaja de que los instrumentos utilizables le permiten un mayor margen en el ejercicio de las potestades para conjugar estados de necesidad y de urgencia que requieran una rápida y eficaz solución legislativa.

La delegación de facultades, que suele hacer, en estos casos, el Congreso en el Ejecutivo, también coadyuva a ese propósito.

Y lo que constituye una herejía constitucional en un régimen parlamentario en el que prevalece -aun con sus conocidos quiebres- la soberanía del Parlamento, no lo es en un sistema presidencialista en el que, aun cuando existen funciones adjudicadas en forma predominante a cada uno de los poderes, la división funcional no es absoluta, quedando el Poder Judicial como árbitro definitivo de ese equilibrio.

Esta es, precisamente, la razón que explica el desarrollo evolutivo que ha tenido la delegación legislativa en los Estados Unidos en cabeza de las agencias del gobierno o de las que dependen del propio Congreso, sin limitaciones temporales ni de materias.

Si bien resultan objetables las restricciones al control judicial de las medidas generales y actos dictados en ejercicio de esas delegaciones, caracterizadas por su amplitud, conforme a la doctrina de la diferencia, afirmada a partir del caso “Che-

vron”⁶, ha habido recientemente dos casos jurisprudenciales que rectifican el alcance de esa doctrina en la jurisprudencia del Alto Tribunal norteamericano⁷.

La otra fuente de producción normativa por parte del Presidente de los Estados Unidos que, en algunos casos, equivalen a los Decretos Leyes europeos o Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina, son las llamadas Ordenes Ejecutivas (“Executive Orders”).

Nacidas al margen de la Constitución textual constituyen un derecho consuetudinario valioso para la interpretación del funcionamiento del equilibrio de poderes en los Estados Unidos habida cuenta que tanto el Congreso norteamericano como los jueces y cortes de justicia conservan sus potestades de revisión.

A pesar de la extraordinaria cantidad de Órdenes Ejecutivas, dictadas a partir de la era ROOSEVELT y ser una práctica seguida por los presidentes norteamericanos posteriores, se le ha prestado poca atención al estudio de este fenómeno, tanto en Europa⁸ como en Hispanoamérica.

En forma paralela, existen en la práctica constitucional y administrativa de los Estados Unidos de América las denominadas proclamaciones (“proclamations”).

Ellas constituyen actos o declaraciones presidenciales susceptibles de tener por objeto conmemoraciones o, inclusive, actos con efecto legal, de carácter individual o general.

La diferencia entre las Proclamaciones y las Ordenes Ejecutivas no pasa por las materias que constituyen su objeto sino por la circunstancia de que las segundas se dirigen a las Agencias del gobierno que dependen del Presidente de la Unión⁹, quien ejerce la jefatura de la Administración. En ambos casos y con el límite de las cues-

6. 467 U.S. 837 (1984).

7. En los casos “Lopez Bright” y “Relentless” fallos del 28 de junio de 2024; véase: BIANCHI, Alberto B., Un cambio significativo en la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el control judicial de los reglamentos administrativos (Una referencia necesaria para el principio judicialista en Argentina”, La Ley del 22/8/24.

8. Véase: sin embargo: SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, O direito administrativo dos Estados Unidos de América, Editora Contracorrente, Avaré, San Paulo, Brasil, 2021, p. 113 y ss.

9. GARVEY T. (2008), Executive Orders and Proclamations. Congressional Research Service. <https://sgp.fas.org/cms/misc/95-772.pdf>.

tiones políticas no justiciables, los jueces y las Cortes de Justicia pueden revisar su constitucionalidad.

En nuestro país, tras la reforma constitucional de 1994, adquirieron “status” constitucional los Decretos de Necesidad y Urgencia y los reglamentos delegados, cuya constitucionalidad fue reconocida por la jurisprudencia y sustentada por los administrativistas y algunos constitucionalistas con anterioridad a la reforma de la Constitución.

La utilización generalizada y excesiva de ambos instrumentos, particularmente de los DNU, por gobiernos elegidos por el pueblo, motivó que, en el marco de la reforma constitucional, se tendiera a limitarlos.

Sin embargo, esa práctica continuó en contra de la voluntad de los constituyentes de 1994. La lentitud del procedimiento parlamentario y la incontinencia legislativa llevaron a los gobiernos a continuar con la práctica de dictar DNU, pese a contar con las mayorías suficientes para cumplir el trámite de rigor para la sanción legislativa por el Congreso.

3. REFORMAS INHERENTES A LAS ESTRUCTURAS ORGÁNICAS Y RACIONALIZACIÓN ADMINISTRATIVAS

El achicamiento producido en las estructuras orgánicas de la Administración puede sintetizarse en una acción, aparentemente simple, basada en la máxima de gastar únicamente recursos que se obtengan de la recaudación fiscal y, por tanto, no incurrir en emisiones monetarias descontroladas y sin respaldo.

El otro objetivo perseguido apunta a la eliminación de las áreas innecesarias de la Administración y a la consecuente racionalización del personal.

El resultado ha desconcertado a más de un analista económico que no pensaban que se podía lograr una sensible baja de la tasa de inflación en el primer año de gobierno, si bien hay meses en que todavía recrudece por razones estacionales y la propia tendencia alcista. La máxima adoptada consistió en limitar el gasto público para poder alcanzar el equilibrio fiscal.

La racionalización administrativa comprendió:

- a. la reducción del número de ministerios (de 21 a 8) y de Secretarías (de 106 a 54) y Subsecretarías (de 182 a 140). La eliminación de Direcciones innecesarias ha sido realmente eficaz y así como de áreas que estaban al servicio de los intereses de operadores políticos o sindicales.
- b. las bajas de personal que se calculan, aproximadamente, en más de 40.000 agentes (un 8,4% del total), habiéndose anunciado una revisión total de las estructuras administrativas.
- c. las políticas de subsidios sociales han tenido un considerable recorte y un redireccionamiento al sustituir a los intermediarios políticos y lograr que el dinero llegue directamente a manos de los beneficiarios y sus familias. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la llamada asignación universal por hijo. Con ello se ha logrado la reducción de los piquetes y cortes de ruta que asolaban a la Ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, cuya comparecencia era exigida por los operadores de turno como condición para percibir los subsidios respectivos.

4. LAS GRANDES LÍNEAS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

El proceso de reforma recayó, principalmente, sobre la legislación de carácter intervencionista, que afectaba los derechos de propiedad y las libertades de las personas y empresas, reviste carácter integral, pero todavía, falta completarlo con nuevas prescripciones y derogaciones de normas.

Ha sido, sin duda, la mayor desregulación que ha habido en Argentina y probablemente en el derecho comparado.

La necesidad de una reforma integral, que abarcara a todas las disciplinas jurídicas involucradas, tanto del derecho público como del derecho privado, obedeció a la magnitud y gravedad de la profunda crisis económica, social y política que hizo eclosión a fines del 2023, al superar el 20% mensual con el riesgo de caer en una hiperinflación, peor que la soportada en 1989 combinada con un fenómeno conocido como estanflación, en el que los precios suben pero la producción no crece, aumenta la desocupación y, consecuentemente, la pobreza.

4.1 El DNU 70/2023

A los pocos días de asumir el gobierno, el 20 de diciembre de 2023 el Presidente MILEI dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70, dando comienzo a un proceso de desregulación en todos los sectores concernientes a la gestión de la Administración, desde una lista numerosa de derogaciones de normas intervencionistas (v.gr. la ley de alquileres) hasta incluso la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación.

Así -por ejemplo- se introdujeron importantes reformas al ordenamiento laboral en vigencia tendientes a eliminar privilegios sindicales, modernizar las relaciones del trabajo y preservar los servicios esenciales a la población. La reforma alcanzó también al art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación a fin de hacer posible en el ámbito de las relaciones contractuales la utilización de cualquier moneda tanto si ella “...tiene curso legal como si no la tiene”¹⁰.

La doctrina se encuentra dividida en punto a la constitucionalidad del DNU 70/2023. Los que sostienen su inconstitucionalidad lo hacen con fundamento en que el Poder Ejecutivo se habría arrogado facultades legislativas que corresponden al Congreso, que solo podría ejercer en casos puntuales circunscriptos a una necesidad y urgencia determinada. Se alega también que el precepto constitucional que autoriza su procedencia requiere la configuración de circunstancias excepcionales que tornen “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta la Constitución para la sanción de las leyes”¹¹.

Otro sector, en el que nos ubicamos, considera que se trataba de una circunstancia extraordinaria cuya excepcionalidad debe apreciarse conforme a una visión de conjunto¹² dado que se estaba en medio de una crisis terminal que nos llevaba irremediablemente a la hiper inflación, tal como lo anunciaban los análisis económicos más autorizados y los datos reales de la economía. Esta circunstancia configuraba la

10. Art. 97 del DNU 70/2023.

11. Art. 99 inc. 3 C.N., esta opinión contraria ha sido expuesta por Pablo MANILI en su trabajo *El mecanismo de control de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo. Ley 26.122*, en la obra *Derecho Público y Decretos de Necesidad Urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024, p. 239 y ss.

12. BIANCHI, Alberto B., La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de DNU. Principios impecables frente a una realidad que no lo es, en la obra *Derecho Público y Decretos de Necesidad y Urgencia ...*, cit. ps 235-236 expone nuestro criterio en el sentido de que en parte alguna de la Constitución se prohíbe que los DNU contengan disposiciones permanentes y que no puedan derogar leyes de fondo ni tampoco se exige que se legisle caso por caso (op. cit., p. 235).

situación de “grave riesgo social”, requerida por la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Peralta”¹³.

A su vez, de acuerdo con la Constitución, el trámite de ratificación de los DNU en Argentina es complejo¹⁴, pues la ley especial que reglamenta la intervención del Congreso admite que el DNU mantenga su vigencia en caso de silencio de las Cámaras o bien si fuera rechazado solo por una de ellas¹⁵. Es decir, que la derogación del DNU solo es procedente si concita el rechazo, por separado, de la Cámara de Diputados y del Senado.

Interesa puntualizar que, mientras la Cámara de Senadores rechazó el DNU 70/2023, los Diputados aún no se han pronunciado con lo que el DNU permanece vigente. Algunas de sus prescripciones, particularmente las que atañen a las reformas laborales, han sido cuestionadas judicialmente, hallándose suspendidas a raíz de la promoción de medidas cautelares.

Estas cuestiones se encuentran actualmente sometidas a la decisión final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4.2 La reforma a la ley de procedimientos administrativos

La Ley 27.742, denominada, Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos (en adelante LB) entró en vigencia el 9 de julio de 2024.

Se trata de una “ley ómnibus” pasible, como todas las de su estilo, de la crítica que, con acierto ha volcado en un trabajo reciente Manuel ARAGÓN REYES que, en los sistemas español y europeos de raíz democrática, no dejo de compartir¹⁶.

Pero, en el contexto argentino, caracterizado por la configuración de una suerte de Estado de Necesidad generalizado, era preciso proceder a la derogación o mo-

13. Fallos 343:1944 (2020) in re „La Pampa c/ Estado Nacional”.

14. Art. 99 inc. 3° C.N.

15. Ley 26.122.

16. ARAGÓN REYES, Manuel, La erosión de la ley, ponencia correspondiente al Seminario sobre Motorización o incontinencia legislativa. Producción, normas, análisis económico de los efectos que produce esta situación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2023, ps. 74-79.

dificación impostergable del bloque de normas que asfixiaba las libertades de la Constitución. El dictado de una ley singular para cada situación normativa se tornaba prácticamente imposible.

Asimismo, cabe advertir que, en nuestro caso, la proliferación legislativa no solo fue mayúscula y hasta rayana en lo ridículo sino también violatoria de la moral pública puesto que, muchas veces, solía hallarse vinculada a la corrupción.

Al propio tiempo, se planteaba la necesidad de renovar y modificar la antigua ley de procedimientos administrativos, la mayoría de cuyos preceptos tendían a favorecer las conductas abusivas de la Administración al tiempo que reducían la eficacia del control judicial.

El capítulo VII de dicha Ley de Bases ha venido a resolver innumerables cuestiones que se planteaban con la aplicación de las normas de la legislación sobre el procedimiento administrativo con criterios fundados en la justicia y equidad que guardan semejanza en muchos preceptos del ordenamiento español vigente.

Con el apoyo de calificada doctrina¹⁷, la LNPA, adopta una concepción principialista del derecho introduciendo preceptos que implican la positivización de los principios generales del derecho público. Tal es lo que acontece a raíz del nuevo Art. 1º bis que prescribe la obligación de cumplir con el principio de la tutela administrativa efectiva que complementa la efectividad de la tutela judicial que tiene base constitucional¹⁸.

La aplicación de estos principios se advierte en las numerosas reformas realizadas al régimen del procedimiento y del acto administrativo, así como en el acceso a la justicia y en el alcance del control judicial, contribuyendo a una mayor protección de los derechos de los particulares y empresas frente a la Administración.

Sin abordar en esta ocasión los detalles de cada una de las reformas que ha introducido la reforma de la ley de procedimiento administrativo¹⁹ deseo destacar dos cosas.

17. MAIRAL, Héctor A., y VERAMENDI, Enrique V., La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos, La Ley AR/DOC/1277/2024.

18. Art. 75 inc. 22 C.N., que remite a los arts. 8º y 25º de la CADH.

19. Cuya temática hemos analizado con anterioridad en el trabajo conjunto con Pablo E. Perrino, El acto administra-

La primera, la finalidad del bien común que anima la legislación, bien que no es un bien exclusivo del Estado sino de todos y de cada uno de los integrantes de la sociedad civil.

En segundo lugar, sin mengua de otros objetivos, se encuentra la realización de la justicia material, adoptando soluciones normativas que se dirigen a la concreción de lo justo en las relaciones entre los particulares y la Administración, con la autoridad que corresponde asignarle a un derecho positivo basado en principios. La deformación de una de las especies o clases de justicia, denominada distributiva por el iusnaturalismo clásico, solía atribuirse exclusivamente al Estado a raíz de los estudios que hiciera el Cardenal CAYETANO, cuyo error ha sido advertido por FINNIS²⁰. En prieta síntesis, no puede justificarse el dispendio desordenado de las ayudas públicas dado que el bien común indica que deben regirse por los principios de subsidiariedad y sustentabilidad.

La crisis de la ley ha respondido y responde a diferentes causas. El análisis de este fenómeno ha sido hecho, por Tomás Ramón FERNÁNDEZ en una ponencia publicada en 2023 que tituló *La incontinencia legislativa. Sus causas. Sus efectos. Sus posibles remedios*. Nada tengo que agregar al respecto. Es realmente un trabajo notable en el que nos ilustra sobre la naturaleza permanente del problema y, principalmente, acerca de la devaluación de la ley, proponiendo acertadas acciones para remediarlo²¹.

En Argentina, hemos soportado la peor de las mezclas posibles pues bajo una máscara aparentemente democrática, devenida luego en un régimen servil a la denominada razón populista, se fue consolidando un estado de corrupción generalizada entre la política y un sector del empresariado que, de haber continuado, nos hubiera llevado a una hiper inflación superior a la del año 1989.

Es difícil predecir al futuro de un país como el nuestro y confiemos en un porvenir con menos Estado, mayor actividad privada y bajo el amparo de los principios del

tivo en la Ley de Bases, La Ley, AR/DOC/2190/2024.

20. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 213-216.

21. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *La incontinencia legislativa. Sus causas. Sus efectos. Sus posibles remedios*, en el opúsculo *Motorización o incontinencia legislativa...* cit., p. 19 y ss.

Estado de Derecho, en particular del equilibrio de poderes y de una justicia independiente que impida los desbordes constitucionales.

Porque la legitimidad democrática debe estar siempre enlazada a la legalidad constitucional.

Unas palabras de GARCÍA de ENTERRÍA, escritas al finalizar el siglo pasado, reflejaban ya, en ese tiempo, la profunda crisis de la ley basada en el mito roussoniano de una voluntad general infalible que nunca podía reputarse injusta.

Era evidente, entonces, como lo es ahora, que “por encima de la envoltura formal de las normas” deben prevalecer los valores y principios fundamentales del derecho, que funcionan como condensados éticos de la justicia regulando “todas y cada una de las instituciones del ordenamiento”²².

Estamos convencidos que la solución a los problemas de interpretación y colisiones normativas hay que buscarla en la propia Constitución, como norma suprema²³, y en los principios generales del derecho -positivizados o no- cuya prevalencia sobre las leyes formales garantiza los valores ínsitos en el Estado de Derecho particularmente del principio de separación de poderes, piedra angular de la democracia representativa.

22. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, Justicia y Seguridad... cit., p. 104 y ss. afirma que “el legalismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo” (aprt. P. 103).

23. FERREYRA, Raúl Gustavo, Fundamentos Constitucionales, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 396. Sobre la trascendencia del principio de supremacía constitucional, véase Laplacette, Carlos José, Tutela judicial de la Supremacía Constitucional. Anatomía del control constitucional difuso, ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 15 y ss.





TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

El Ministerio Público en los regímenes constitucionales provinciales. Aportes del margen de apreciación local

María Gabriela Ábalos

El Ministerio Público en los regímenes constitucionales provinciales. Aportes del margen de apreciación local

por *María Gabriela Ábalos*¹

1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y SUS APORTES AL DERECHO NACIONAL

Las diversidades locales conforman un rico entramado en toda organización federal. En el caso argentino, el federalismo presenta contornos particulares, hunde sus raíces en los antecedentes unitarios y federales que tan bien describió Alberdi y se plasma desde el primer texto constitucional que data de mediados del siglo XIX. Desde sus inicios la forma de estado es adoptada y adaptada por el texto constitucional haciendo honor a la configuración del régimen político, el cual va mutando desde 1853 a 1860, pasando por las prácticas de concertación de mediados del siglo XX hasta llegar a la reforma de 1994, que tuvo como uno de sus principios rectores el de profundizar la descentralización tanto política institucional como fiscal.

Cabe recordar que en un estado federal, las provincias o estados partes pueden ampliar la protección de los derechos humanos, pueden innovar en la recepción de institutos de forma tal que, las constituciones y leyes locales contengan mayores garantías y derechos que su par nacional. También es posible que nuevos derechos e instituciones aparezcan primero en el derecho público provincial y luego se instalen a nivel nacional. En efecto, en todo sistema federal los estados pueden servir como laboratorio para profundizar experimentos sociales, económicos y de diversa índole, sin riesgos ni perjuicios para el resto del país².

1. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Posdoctora por la Universidad de Bolonia. Especialista y Magister en Magistratura y Gestión Judicial, Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Docente de posgrado en diversas Universidades nacionales y extranjeras. Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza.

2. Bernard Schwartz; "El federalismo norteamericano actual", Ed. Civitas; Madrid; 1984; pág. 116.

En el caso de Argentina, el derecho público provincial ostenta una amplitud mayor en comparación con el derecho constitucional nacional³. En particular, a partir del retorno de nuestro país a la legalidad institucional en 1983, se inicia un movimiento constituyente provincial⁴ que, con anterioridad a la reforma nacional de 1994, introducen derechos sociales y de tercera generación, constitucionaliza las garantías de amparo, habeas data y habeas corpus y en relación con la recepción del Ministerio Público tanto en su vinculación con los demás poderes del estado como en las modalidades de designación, remoción y duración.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LAS ETAPAS DEL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

A. La riqueza del constitucionalismo provincial se aprecia especialmente en su mayor amplitud en comparación con el derecho constitucional nacional y en su función constitutiva y precedente del derecho federal. Como ya lo expresaron Alberdi y Gorostiaga, en una interpretación auténtica del espíritu que inspiró la obra de los constituyentes de 1853, el poder reservado al gobierno local es más extenso que el nacional porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones; el gobierno de las provincias viene a ser la regla y forma el derecho común, el gobierno federal es la excepción⁵. En efecto, en todo sistema federal los

3. Como ya lo dijeron Alberdi y Gorostiaga entre otros, el poder reservado al gobierno local es más extenso que el nacional porque es indefinido y comprende todo lo que abraza la soberanía del pueblo, mientras que el poder general es limitado y se compone en cierto modo de excepciones (Arturo H. Bas; "Derecho Federal Argentino", tomo I; Ed. Abeledo; Bs.As.; 1927, pág. 72. Ver las opiniones de Gorostiaga en Clodomiro Zavalia; "Derecho Federal"; tomo I; Compañía Argentina de Editores; Bs.As.; 1941; pág. 18). Así lo ha interpretado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios pronunciamientos, como en la decisión del 4 de mayo de 2021, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", ver al respecto entre otros comentarios de María Gabriela Abalos "Lecciones de federalismo. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y facultades concurrentes en la interpretación jurisprudencial". Suplemento de Derecho Constitucional ED. mayo de 2021.

4. Son trece provincias argentinas que reforman sus constituciones sin que modificaciones en el orden nacional así lo impusieran. Ver entre otros a Eugenio Luis Palazzo; "Federalismo y declaraciones de derechos Segunda Parte: Derecho constitucional provincial argentino. 1819-1853"; El Derecho - Constitucional 2012-589, también María Gabriela Abalos; "El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente"; en "Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato"; www.federalismi.it; 10 de enero de 2007. También en el Suplemento de Derecho Público de ElDial.com Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.ar del 19 de noviembre de 2007. Actualizado en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; "Debates de Actualidad"; año XXIII; no. 200; mayo - diciembre de 2008; págs.173/191; también, "Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial", en ED. Suplemento de Derecho Constitucional, 19 de noviembre de 2014; "El federalismo argentino y la consolidación del margen de apreciación local", en Gerardo Vega y Pablo Petraglia, coordinadores, "A 30 años de la reforma de la Constitución Nacional", Ediciones D y D, Universidad Nacional del Noroeste, Buenos Aires; 2024.

5. Citado por Arturo M. Bas; "Derecho Federal Argentino", tomo I; Ed. Abeledo; Bs.As.; 1927, pág. 72. Ver las opiniones de Gorostiaga en Clodomiro Zavalia; "Derecho Federal"; tomo I; Compañía Argentina de Editores; Bs.As.; 1941; pág. 18.

estados pueden servir como laboratorio para profundizar experimentos sociales, económicos y de diversa índole, sin riesgos ni perjuicios para el resto del país⁶.

En el caso argentino se pueden rescatar ejemplos importantísimos de esta labor dentro del campo jurídico, desde el ejercicio de poder constituyente en las provincias con anterioridad a la conformación del estado federal en la Constitución de 1853, empezando en 1819 con la primera constitución provincial adoptada por Santa Fe, seguida por Tucumán en 1820; Salta, Corrientes, Córdoba, en 1821, Entre Ríos en 1822; Catamarca en 1823; San Juan en 1825; Jujuy en 1835; pasando por la recepción en germen del constitucionalismo social que se vislumbra en las constituciones de Tucumán de 1907 y de Mendoza de 1910 y 1916, Santa Fe de 1921, San Juan de 1927, entre otras. Más cercanamente los avances en materia de autonomía municipal en las constituciones de Misiones y Neuquén de mediados del siglo XX, hasta el movimiento constituyente que se inicia en 1986, como se ha dicho, que da cabida a las incorporaciones de los derechos de tercera generación, los mecanismos de democracia semidirecta, el fortalecimiento de las autonomías municipales, del Tribunal de Cuentas, de la Fiscalía de Estado, del Consejo de la Magistratura, de los jurados de enjuiciamiento, y en particular, la institucionalización del Ministerio Público, entre otras importantes disposiciones⁷.

B. En relación a los ciclos constituyentes en las provincias se advierte que la recepción y regulación de las herramientas utilizadas para dar cuerpo al ejercicio del poder constituyente adquieren características propias en cada una. Se observa la adopción de disposiciones locales que responden a la idiosincrasia propia de cada provincia, a las especiales características culturales, sociales, económicas, institucionales de cada comunidad, en consonancia con la diversidad que caracteriza a toda federación, y que constituye un margen de apreciación provincial que va a marcar ciertas características comunes e importantes diferencias dándole un perfil propio a cada constitución provincial.

6. Bernard Schwartz; "El federalismo norteamericano actual", Ed. Civitas; Madrid; 1984; pág. 116.

7. Ver entre otros a María Gabriela Abalos; "El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente"; en "Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato"; www.federalismi.it; 10 de enero de 2007. También en el Suplemento de Derecho Público de ELDial. com Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.ar del 19 de noviembre de 2007. Actualizado en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; "Debates de Actualidad"; número aniversario en homenaje al Dr. Alberto Antonio Spota; año XXIII; no. 200; mayo - diciembre de 2008; págs.173 a 191.

En este marco, la tarea de definir los contornos del margen de apreciación local requiere la necesaria visión de un principio clave en todo federalismo como es el de subsidiariedad, importante pauta interpretativa en la distribución de la competencia entre las distintas esferas gubernamentales⁸.

Teniendo en cuenta el momento de sanción de cada texto constitucional provincial vigente pueden agruparse en cuatro categorías incluyendo a la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como sujeto del federalismo aunque sin asimilarla a una provincia⁹, ello en función de analizar los matices en la recepción del ministerio público, para delimitar esos márgenes de apreciación local.

El primer grupo está conformado por la única constitución vigente que data de principios del siglo XX, como es el caso de la de Mendoza de 1916 aunque con modificaciones menores. El segundo, por las dictadas a mediados del siglo XX y que no han sido reformadas a la fecha, quedando solamente la constitución de Misiones (1958/64). El tercer grupo, lo integran las constituciones que se reformaron a partir del año 1986 luego del advenimiento de la democracia con posteriores reformas parciales, como son las de San Juan (1986/2011), San Luis (1987/2007/2011), Córdoba (1987 con una reforma menor en 2001), Catamarca (1988), Río Negro (1988), y Tierra del Fuego (1991). El cuarto grupo, lo conforman las provincias que reformaron sus constituciones en el mismo año que la nacional como es el caso de Buenos Aires (1994), La Pampa (1994/1999), Chubut (1994), Chaco (1994), y las que volvieron a modificarla con posterioridad como Santa Cruz (1994/98), Santiago del Estero (1986/1997/02/05), Tucumán (1990/06), Neuquén (1957/94/06), Corrientes (1993/07), Entre Ríos (1933/08), Salta (1986/1998/21), Jujuy (1986/23) y La Rioja (1986/98/02/08/24). Por último, en 2025 se han sancionado dos reformas constitucionales y son las de las provincias de Santa Fe cuyo texto databa de 1962 y de Formosa con las modificaciones de 1991 y 2003. Finalmente, cabe mencionar a la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictada en 1996 con las aclaraciones ya efectuadas.

8. Pablo M. Garat; “El federalismo como expresión del principio de subsidiariedad”; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Tucumán, 2013. También en “El federalismo como nuestro programa de Estado en el Siglo XXI”; Fundación Cívica; 25 de junio de 2013.

9. La discusión doctrinaria y los casos jurisprudenciales en torno al status de esta Ciudad puede consultarse entre otros: Abalos, María Gabriela, “La Ciudad de Buenos Aires y el federalismo argentino: el desafío de las relaciones institucionales”, en ED. Derecho Constitucional, 18/07/2014, también “La ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿un nuevo sujeto del federalismo?”; en Bidart Campos, Germán (director), “Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; Ed. La Ley; Bs.As.; 2001, págs. 3/21. También las constituciones de la Ciudad comentadas de Alberto Dalla Vía, Andrés Gil Domínguez, Humberto Quiroga Lavié.

1. En el primer grupo, es decir, constituciones de principios del siglo XX, solamente se encuentra vigente la Constitución de Mendoza de 1916¹⁰. Una de sus notas más características en relación a la parte dogmática es adicionarle a los derechos clásicos o de primera generación, el reconocimiento incipiente de derechos sociales plasmados en los actuales arts. 44 y 45, que presenta como antecedente un texto menos definido, contenido en la Carta constitucional de 1910¹¹.

En torno al Ministerio Público el texto original de 1916 no lo menciona expresamente, en cambio refiere que la Suprema Corte de Justicia se compondrá de siete (7) miembros por los menos “... y habrá un procurador para ella” (art. 143), lo cual se completa con una regulación constitucional que equipara a los fiscales y defensores con los demás integrantes de la magistratura. Ello así es idéntico su tratamiento en lo referido a nombramiento, duración, funcionamiento y responsabilidad, conforme a las previsiones de los arts. 150 (forma de designación), 151 (garantías de inamovilidad e intangibilidad), 152, 153, 155 (requisitos), 163 y 164 (enjuiciamiento) de la Constitución.

La regulación legal vigente se estructura sobre la base de la ley orgánica del Ministerio Público no. 8008 sancionada a fines de 2008, con modificaciones posteriores que regula el Ministerio Público Fiscal y la ley 8928 de noviembre de 2016 que reglamenta lo referido al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar. De esta forma, se observa que el texto constitucional no distingue entre lo fiscal y la defensa, tampoco la legislación hasta la sanción de ésta última norma.

Conforme a lo referido, la ley 8008 en su texto de fines de 2008, el Ministerio Público estaba compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la

10. Sobre esta constitución puede verse a María Gabriela Abalos; “La Constitución de Mendoza. Comentarios históricos, normativos y jurisprudenciales”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; Ed. Abeledo Perrot; BsAs.; 2009; págs. 273 y ss. También la obra colectiva “Estudios sobre la reforma constitucional de Mendoza: una revisión necesaria”; Seminario abierto y continuo organizado por la Legislatura de Mendoza; Legislatura de Mendoza, agosto de 2018, además “Mendoza y el margen de apreciación local. Diseño constitucional en el contexto federal”; en “Constitución de la provincia de Mendoza. Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional”, Ed. Erreius; Bs.As.; junio de 2024; págs. IX a LI.

11. Así adelantándose al reconocimiento acaecido en las Constituciones de Querétalo de 1917 y de Weimar de 1919, en 1916 el texto mendocino introduce el descanso dominical o hebdomadario, como asimismo se prevé que la “... Legislatura dictará una ley de amparo y reglamentaria del trabajo de las mujeres y niños menores de dieciocho años, en las fábricas, talleres, casas de comercio, y demás establecimientos industriales, asegurando en general, para el obrero, las condiciones de salubridad en el trabajo y la habitación. También se dictará la reglamentación de la jornada de trabajo. Respecto de las obras o servicios públicos en establecimientos del Estado, queda fijada la jornada de ocho horas, con las excepciones que establezca la ley” (art. 45).

Defensa y Pupilar. Luego en 2016 el Poder Legislativo modifica dicha norma a través de la ley 8928, y separa por un lado el Ministerio Fiscal y por otro, el de Defensa o Pupilar.

Conforme a dichas modificaciones, la ley 8008 luego de la modificación de la ley 8928, solamente regula lo referido al Ministerio Público Fiscal como un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por misión promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria. Se reafirma el aspecto presupuestario al indicar que “administrará su propio presupuesto rindiendo cuentas en forma directa al Tribunal de Cuentas de la Provincia” y para ello, la ley habilita que eleve su proyección de gastos y recursos al Poder Ejecutivo a los efectos de incorporarlos en el Proyecto de Presupuesto General de la Provincia en un plazo máximo de treinta (30) días antes de la fecha establecida en nuestra Constitución para la presentación del Proyecto de Presupuesto General de la Provincia ante el Poder Legislativo. Especialmente se contempla un porcentaje afectado como recurso, el treinta por ciento (30%) de la recaudación en concepto de tasa de justicia y los fondos que se le asignen a través del Presupuesto General de la Provincia¹².

En cuanto al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, la ley 8928, dispone que se conforma por el/la Defensor/a General y los demás órganos contemplados en esta ley, con las funciones que en ella se establecen. Tiene como misión la defensa irrestricta del caso individual y la protección de los derechos humanos, de los derechos individuales y colectivos, dentro del ámbito de su específica competencia. A tal fin garantiza, a través de la asistencia técnico-jurídica, el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (art.1). Si bien desarrolla sus funciones dentro del Poder Judicial, la norma legal enfatiza que es un organismo con independencia y autonomía funcional, ejerciendo sus funciones sin sujeción a instrucciones o directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura. También señala que, al igual que el Ministerio Público Fiscal, administrará su propio presupuesto rindiendo cuentas conforme a lo dispuesto por los arts. 109 y 112 de la ley 8706, decreto reglamentario y disposiciones complementarias, conjuntamente con la Suprema Corte. Deberá elevar su proyección de gastos y recursos al Poder Ejecutivo a los efectos

12. Texto tercer párrafo según ley no. 8829 art. 33, B.O. 23/11/2016, y texto según ley no. 8911 art 1, B.O. 7/10/2016.

de incorporarlos en el Proyecto de Presupuesto General de la Provincia en un plazo máximo de treinta (30) días antes de la fecha establecida en nuestra Constitución para la presentación del Proyecto de Presupuesto General de la Provincia ante el Poder Legislativo. Para el cumplimiento de sus funciones el/la Defensor/a General dispondrá como recursos el cinco por ciento (5%) de la recaudación en concepto de tasa de justicia y los fondos que se le asignen anualmente a través del Presupuesto General de la Provincia.

Tanto del Procurador General como cabeza del Ministerio Público Fiscal como el/la Defensor/a como autoridad máxima del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Sin embargo, el primero dura en sus funciones mientras dure su buena conducta, el segundo permanece en sus funciones cinco (5) años, al cabo de los cuales podrá ser confirmado/da por el Gobernador, con acuerdo del Senado.

A modo de síntesis, en este texto constitucional de principios del siglo XX se observa un escueto tratamiento del Ministerio Público incorporado al Poder Judicial aunque sin nombrarlo expresamente, extendiéndoles a los fiscales y asesores las formas de designación y remoción y garantías de inamovilidad e intangibilidades de los jueces. Ahora bien, es la legislación infraconstitucional reciente la que efectúa las distinciones entre el Ministerio Fiscal y el de la Defensa, se refuerzan los principios de autonomía funcional y principalmente presupuestaria. Como nota distintiva para el Ministerio Público de la Defensa se limita la duración de las funciones de su cabeza en cinco años con renovación bajo la misma modalidad de designación.

B. El segundo grupo está integrado por las Constituciones vigentes de mediados del siglo XX y que no han sido reformadas a la fecha, quedando solamente la de Misiones (1958/64).

Como primera característica se observa en la Constitución de Misiones de 1958 con su última reforma en 1964, que en relación a los derechos contiene un reconocimiento expreso a los habitantes a gozar de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (art.7)¹³,

13. Martín Pancallo DAgostino; “Realidad actual de la Constitución de Misiones a cincuenta años de su sanción”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; pág. 319. También de María Gabriela Abalos; “Seis décadas de la Constitución de Misiones de 1958: balance y cuentas pendientes”, ED. Derecho Constitucional, 14 de junio de 2018.

debiendo interpretarse luego de la reforma nacional de 1994, en forma extensiva a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del art. 75 inc.22 CN.

En torno a la temática en análisis, se advierte una evolución respecto al texto constitucional de Mendoza en cuanto a que incorpora expresamente al Ministerio Público como un órgano del Poder Judicial (art. 142), siendo el Procurador General nombrado por el Gobernador con acuerdo de la Cámara de Representantes, (art. 116 inc.10), disponiéndose su inamovilidad mientras dure su buena conducta (art. 140). Conforme a la ley Orgánica del Poder Judicial IV – no. 15 (Antes Decreto Ley 1550/82), el título IV se refiere al Ministerio Público y dispone que depende exclusivamente del Poder Judicial, delimita las funciones del Procurador General por un lado y de los fiscales y defensores por otro. Se dispone que son inamovibles y conservan sus respectivos cargos mientras observan buena conducta y cumplen con sus obligaciones. Su retribución es establecida por ley y no puede ser disminuida mientras permanecen en sus funciones, salvo en caso que así se establezca en disposiciones legales sobre remuneraciones de carácter general o reglamentarias en carácter de sanción pecuniaria. (art. 18).

En este texto se advierte un avance en cuanto se menciona expresamente al Ministerio Público, manteniendo su ubicación dentro del Poder Judicial. Luego es la normativa legal la que distingue entre el Ministerio fiscal y el de la defensa haciendo extensivas las disposiciones sobre designación, remoción y garantías judiciales.

C. El tercer grupo lo conforman las constituciones que se reformaron a partir del año 1986 luego del advenimiento de la democracia, y posteriormente han sufrido reformas parciales como son las de San Juan (1986/2011), San Luis (1987 con enmiendas en 2006 y 2011), Córdoba (1987 con una reforma en 2001), Catamarca (1988), Río Negro (1988), y Tierra del Fuego (1991).

1. La Constitución de San Juan de 1986 con una enmienda en 2011¹⁴, tiene un capítulo especialmente dedicado a derechos, declaraciones y garantías y reconoce como premisas básicas en la organización política y social de la provincia el bienestar y la elevación de la dignidad de la persona, basados en la libertad, en el conocimiento y en la solidaridad económica y social (art.5). Como nota novedosa ubica a la Convención

¹⁴. Sobre el particular puede verse a Adriana Tettamanti, “Enmienda constitucional y reelección”; Revista La Ley Gran Cuyo. Año 16. No. 4, mayo 2011.

Americana de Derechos Humanos como anexo a su articulado y cita a la Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 12 referido a los derechos implícitos. Comenta Bazán que se impone en esta Constitución una interpretación conforme no sólo al texto constitucional nacional sino también al derecho internacional de los derechos humanos, asumiendo como realidad incuestionable la renovación del sistema de fuentes del derecho y la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad enriquecido por el de convencionalidad¹⁵.

Específicamente en lo referido al Ministerio Público, al igual que las constituciones vistas, lo contempla como órgano del Poder Judicial, integrado y desempeñado por el Fiscal General de la Corte de Justicia, por los Fiscales de Cámara, por los Agentes Fiscales y por los Asesores y Defensores oficiales (art. 202). En cuanto a la designación, el Fiscal General de la Corte, todos los magistrados judiciales y titulares del Ministerio Público, son nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura (art. 206 y art. 150 inc.27), conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y cumplan sus obligaciones legales conforme a las disposiciones de esta Constitución. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores, sus retribuciones serán establecidas por ley y no pueden ser disminuidas con descuentos que no sean los que aquélla dispusiera con fines de previsión o con carácter general, se dispone que la inamovilidad comprende el grado y la sede por lo que no pueden ser trasladados sin su consentimiento y sólo pueden ser removidos en la forma y por las causas previstas por esta Constitución (art. 206).

Conforme a la ley 633- E- modificada por la ley 1770, publicada el 3 de agosto de 2018, el Ministerio Público es órgano del Poder Judicial, goza de independencia orgánica funcional, tiene por misión actuar en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social y custodiar la normal prestación del Servicio de Justicia.

2. La Constitución de San Luis de 1987 con enmiendas en 2006 y 2011, contempla en el art. 11 a los derechos y garantías no enumerados que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia social, de principios de la democracia, de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de

15. Víctor Bazán; “La Constitución de la provincia de San Juan: aciertos, puntos conflictivos y perspectivas”; en Mario A.R. Midón (director); en “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas”; ob.cit.; págs. 394 y ss.

gobierno, y a renglón seguido en el mismo art. 11, desde el texto constitucional de 1987, se incorporan “la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados universales o regionales de derechos humanos ratificados por la Nación”. Una cláusula novedosa se incorpora con la reforma de 2011 y es el art. 11 bis, que bajo el título “nuevos derechos humanos fundamentales” dispone que “Esta Constitución reconoce todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, a los que considera un piso, por sobre el cual la Provincia de San Luis puede establecer mayores derechos y garantías...”¹⁶. Zarza Mensaque reflexiona que el texto sanluiseño configura una Constitución promesa, en mucho un compendio de ilusiones que participa de la filosofía del constitucionalismo social¹⁷.

En particular su art. 191 dispone que el Ministerio Público es órgano del Poder Judicial y es ejercido por el Procurador General, Fiscales de Cámara, Agentes Fiscales y Defensores, en el modo y la forma que la ley determine. En cuanto al nombramiento, el art. 196 establece que los miembros del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General, son elegidos por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado. Mientras que los magistrados de los tribunales inferiores y los funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y éste designa a uno de ellos con acuerdo de la Cámara de Senadores. Además, los magistrados y representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y observen fiel cumplimiento de sus funciones. La inamovilidad comprende el grado y la sede y no pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento. Solo pueden ser removidos en la forma y por las causales previstas en esta Constitución. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. (art. 201). En relación con la responsabilidad política, el art. 224 dispone que los magistrados judiciales y los integrantes del Ministerio Público, pueden ser acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento por mal desempeño de sus funciones, incapacidad física o mental sobreviniente, faltas graves o la comisión de delitos comunes.

16. Continúa el artículo “Todos los habitantes de la Provincia, gozan de los Derechos de Inclusión Social y de Inclusión Digital como Nuevos Derechos Humanos fundamentales. La Provincia de San Luis reconoce la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas, comprendiendo sus derechos consuetudinarios preexistentes conforme a los acordados por la Carta Magna Nacional, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre del año 2007”.

17. Alberto Zarza Mensaque; “Constitución de San Luis”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 466.

Conforme a la ley orgánica del Ministerio Público, no. IV-1052-2021, tiene autonomía funcional dentro del Poder Judicial y está compuesto por el Ministerio Fiscal y el Ministerio de la Defensa, representados por el Procurador General y un Defensor General, respectivamente, quienes actuarán ante el Superior Tribunal de Justicia. El Ministerio Público ejercerá sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica. Su actuación jurisdiccional será independiente y no tendrá sujeción a instrucción o directiva alguna proveniente de otras autoridades judiciales ni de otros poderes del Estado. Actúa en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velando por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, custodiando la buena marcha de la administración de justicia. Para ello cuenta con legitimación plena en defensa de los intereses individuales, colectivos o difusos de la sociedad, en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en los principios constitucionales.

3. La Constitución de Córdoba de 1987, con una reforma parcial en 2001, contempla en materia de derechos una sección especial dividida en capítulos con los derechos personales, sociales, políticos y asociaciones y sociedades intermedias¹⁸. El Preámbulo de esta Constitución expresa una síntesis del conjunto de principios, valores y creencias que conforman el núcleo no negociable de la cultura de la sociedad cordobesa¹⁹. Se destaca la fuerte antropología de este preámbulo al “exaltar la dignidad de la persona” y al declarar que los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal (art. 22). Notas novedosas son, por un lado, el art. 18 que consagra que “*Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen*”, que sirve de antecedente sin duda al fallo de la Corte Suprema “*Ekmekdjian contra Sofovich*” de 1992²⁰ y por supuesto a

18. Además contienen un título sobre las políticas especiales del Estado que abarcan los capítulos referidos a trabajo, seguridad social y bienestar, cultura y educación, ecología y economía y finanzas. Sobre esta Constitución puede consultarse a Pedro José Frías y otros; “La Constitución de Córdoba comentada”; Ed. La Ley; Bs.As.; 2000. También Antonio M. Hernández; “La Constitución de Córdoba y la reforma política”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 99 y ss.; María Gabriela Abalos; “Los treinta años de la Constitución de Córdoba de 1987 y su incidencia en el constitucionalismo nacional y provincial”; ED. Derecho Constitucional, 14 de julio de 2017.

19. Guillermo Barrera Buteler; “Constitución de la provincia de Córdoba”; Ed. Advocatus; Córdoba; 2007; pág. 33

20. CSJN. 7/07/1992, Fallos 315:1492. Ver entre otros, las consideraciones de Alfonso Santiago (h) en “La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Supremacía Constitucional y primacía normativa”; en Eugenio Luis Palazzo (director), “Estudios de Derecho Constitucional con

la reforma de 1994. Por otro lado, la inclusión como anexos de los textos de la Declaración Universal de Derecho del Hombre de la Organización de Naciones Unidas del año 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos suscripta en San José de Costa Rica en 1969.

En particular el art. 171 dentro del capítulo quinto de la sección tercera referida al Poder Judicial, dispone que el Ministerio Público está a cargo de un Fiscal General y de los fiscales que de él dependan según lo establece la ley orgánica respectiva. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio de la Provincia. El Fiscal General fija las políticas de persecución penal e instruye a los fiscales inferiores sobre el cumplimiento de sus funciones conforme al párrafo anterior, de acuerdo a las leyes.

Por su parte, el Fiscal General debe reunir las condiciones exigidas para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia y tiene iguales incompatibilidades e inmunidades. En cuanto a la duración, se dispone que sus funciones serán desempeñadas por cinco años y puede ser designado nuevamente, su remoción sería mediante juicio político (art. 112), mientras que los demás miembros del Ministerio Público, son inamovibles mientras dure su buen desempeño, gozan de todas las inmunidades y tienen iguales incompatibilidades que los jueces (art. 173). La designación está a cargo del Gobernador, previo acuerdo de la Legislatura, tanto de los miembros del Tribunal Superior de Justicia y demás tribunales inferiores, y como los miembros del Ministerio Público. (art. 144 inc.9).

Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público, la no. 7826 del año 1989, reafirma que forma parte del Poder Judicial, goza de independencia orgánica funcional, tiene por misión actuar en defensa del interés público y los derechos de las personas, procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social y custodiar la normal prestación del servicio de justicia. Luego modificada por la ley 10.677 en 2019

En 2023 se sanciona la ley 10.915 que regula el Ministerio Público de la Defensa, el que también forma parte del Poder Judicial y tiene por objeto favorecer el acceso a la justicia de los sectores vulnerables de la sociedad, mediante una asistencia

motivo del Bicentenario”; Ed. El Derecho; Bs.As.; 2012; págs. 53 y ss.

jurídica integral de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Goza además de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Su organización económico-financiera y de recursos humanos depende del Tribunal Superior de Justicia, el que puede realizar delegaciones a favor del Defensor General y está integrado por un Defensor General, dos Defensores Adjuntos y los Defensores Públicos de los diversos fueros (art. 6). Sus cargos se encuentran equiparados en sus remuneraciones a los del Fiscal General, sus Adjuntos y demás Fiscales del Ministerio.

4. La Constitución de Catamarca de 1988²¹, muestra un rico tratamiento de derechos individuales y sociales. En particular en relación al Ministerio Público, dentro del capítulo referido al Poder Judicial se lo incorpora indicándose que, presidido por el Procurador General de la Corte e integrados por los Agentes Fiscales y Defensores, constituirá un cuerpo autónomo, que formará parte del Poder Judicial y gozará de sus garantías de independencia. Serán nombrados por el gobernador, con acuerdo del Senado y previa audiencia del Colegio de Abogados y de la Corte de Justicia, del mismo modo que los demás miembros del Poder Judicial (art. 200).

Además, se dispone que sus integrantes son inamovibles mientras dure su buena conducta y observen una atención regular de su despacho, no incurran en negligencia grave o desconocimiento inexcusable de derecho y hasta cumplir la edad de sesenta y cinco años (art. 195). En materia de responsabilidad política se establece que los miembros del Poder Judicial, incluso los que integran el Ministerio Público, que no resolvieran o se expidieran dentro de los plazos procesales legalmente fijados, incurrirán automáticamente en una multa que la misma ley fijar, por cada día que transcurra desde que debieron pronunciarse (art. 217). Por último, la remoción los miembros del Ministerio Público por medio del Jurado de Enjuiciamiento, compuesto por el Presidente de la Corte de Justicia, un senador, dos diputados y dos abogados de la matrícula (art. 220).

Por su parte, el decreto ley no. 2337 de 1970 modificado por la ley 5473 de 2016 y por la ley 5654 de 2020, contiene la normativa orgánica del Poder Judicial que incluye al

21. Sobre esta constitución puede verse a Pablo L. Manili; "La Constitución de la provincia de Catamarca"; en Mario A.R. Midón (director); "Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas"; ob.cit.; págs. 19 y ss. También ver de Marcelo Bernal y Gonzalo Salerno, directores; "Derecho Público Provincial y Municipal de la provincia de Catamarca", Editorial Científica Universitaria de la Universidad Nacional de Catamarca; 2025; pág.251.

Ministerio Público, indicándose que son funcionarios del Poder Judicial, el Procurador General de la Corte de Justicia y demás miembros del Ministerio Público (art. 2 ap. 1). También refiere a la integración con el Procurador General de la Corte, fiscales de los tribunales inferiores, agentes fiscales, Defensores Penales, Defensores Generales, constituyen un cuerpo autónomo, que forma parte del Poder Judicial. (art. 44)

5. La Constitución de Río Negro de 1988, contiene tres partes bien definidas, la primera referida a las declaraciones generales, derechos, garantías y responsabilidades, la segunda, que contiene políticas especiales del Estado y la última, dedicada a la organización del Estado. Se dispone que los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en la Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación, que el Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre (art. 14).

Es una Constitución pionera en la incorporación de algunos derechos que no aparecen en otras cartas de la misma época, como el derecho a la autodeterminación informática que, aunque no está expresado con dicha denominación, afirma Bastera que surge del reconocimiento del habeas data, ello acompañado del derecho al acceso a la información pública contenido en el art. 26 par. 4. En torno a las políticas especiales se observa que responden a un modelo de democracia social que se funda en la fuerte presencia del Estado en los aspectos esenciales de la vida cotidiana de las personas²².

En particular, dentro de la Sección Quinta referida al Poder Judicial, contempla al Ministerio Público indicando que forma parte de él, con autonomía funcional, está integrado por un Procurador General y por los demás funcionarios que de él dependen de acuerdo a la ley. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio provincial. Agrega que el Procurador General fija las políticas de persecución penal y expide instrucciones generales conforme al párrafo anterior, y tiene a su cargo la superintendencia del ministerio público. (art. 215 Capítulo IV).

22. Marcela Bastera; "Análisis de la Constitución de la Provincia de Río Negro. Propuestas para una posible reforma"; en Mario A.R. Midón (director); "Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas"; ob.cit.; pags. 355 y ss.

El Procurador General es designado por el Consejo referido en el art. 204, que está integrado por el gobernador, tres representantes de los abogados por cada circunscripción judicial e igual número total de legisladores, con representación minoritaria, conforme lo determina la Legislatura. Los candidatos son propuestos tanto por el gobernador como por un veinticinco por ciento, por lo menos, del total de los miembros del Consejo. Se dispone además que el propio gobernador convoca al Consejo y lo preside, con doble voto en caso de empate. La decisión se adopta por simple mayoría y es cumplimentada por el Poder Ejecutivo. Además, el Procurador General es destituido por el procedimiento del juicio político, y los demás funcionarios del ministerio público son nombrados, sancionados y destituidos de acuerdo al art. 222 es decir con la intervención del Consejo de la Magistratura y por iguales causales (art. 217).

Según la ley K No 4199 texto consolidado por la ley 5569 de 2022, el Ministerio Público es un órgano que integra el Poder Judicial, con autonomía funcional conforme lo prescripto en los arts. 215 a 219 de la Constitución Provincial. Su organización es jerárquica y sus integrantes forman parte del Poder Judicial, gozan de los mismos derechos y garantías y se encuentran sujetos a las mismas obligaciones que los magistrados, gozan de inmunidad, inamovilidad e intangibilidad reconocida por la Constitución a los integrantes del Poder Judicial, con idénticos efectos en el orden patrimonial y previsional. En el ejercicio de sus funciones no pueden ser impedidos ni coartados por ninguna otra autoridad. Cada uno de sus funcionarios desempeña su cargo con responsabilidad, independencia y autonomía con sujeción a la normativa constitucional y a la presente. (art. 3). En cuanto a su organización se dispone que conforme las tareas que constitucional y legalmente se le asignan el Ministerio Público se divide en el Ministerio Público Fiscal y el de la Defensa. (art. 8).

6. Por último, la Constitución de Tierra del Fuego de 1991²³ dispone de un capítulo, el primero, referido a los derechos personales, respecto de lo cual afirma Garat que el reconocimiento de derechos individuales, sociales y posindustriales si bien puede parecer un catálogo de obviedades, constituyen una verdadera declaración cívica y un compromiso que obliga a todos sus habitantes no solo moralmente sino con la fuerza del derecho²⁴.

23. Sobre esta Constitución ver Silvia N. Cohn; “Constitución de la Provincia de Tierra de Fuego. Concordada. Anotada y comentada”; Ed. Abeledo – Perrot; Bs.As.; 1994. También ver de Ernesto A. Loffler, director y Francisco Cappellotti, coordinador; QConstitución de la Provincia de Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Concordada. Anotada y comentada”; Ed. De la Lenga; Tierra del Fuego, 2023.

24. Pablo M. Garat; “La Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”; en Mario A.R. Midón

En relación con el Ministerio Público, se encuentra ubicado dentro de la sección tercera referida al Poder Judicial y en torno a la designación, el texto constitucional señala que sus miembros y demás funcionarios serán designados por el Superior Tribunal con acuerdo del Consejo de la Magistratura²⁵ y los empleados, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 142).

También se los equipara a los integrantes del Poder Judicial en cuanto a que serán inamovibles mientras dure su buena conducta, no podrán ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento, y recibirán por sus servicios una retribución que fijará el Superior Tribunal de Justicia, la que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. (art. 144). En cuanto a la remoción, también como a los magistrados judicial se dispone que **serán** enjuiciados ante el Consejo de la Magistratura por mala conducta, morosidad o negligencia reiterada en el cumplimiento de sus funciones, desconocimiento notorio del derecho, delitos comunes, inhabilidad física o moral sobreviniente y por las enumeradas en el artículo 204. (art. 162).

Por su parte, la ley orgánica del Poder Judicial no. 110 con sus modificaciones posteriores, tiene incorporado al Ministerio Público indicando en el art. 61 que “El Ministerio Público Fiscal será desempeñado por el Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia. El Ministerio Público de la Defensa será desempeñado por el Defensor ante el Superior Tribunal de Justicia. En ambos Ministerios además actuarán los funcionarios que establezca la ley, en los distintos fueros e instancias”. (Sustituido por art. 4 ley P. 831).

7. Este grupo de constituciones mantiene la tendencia a referirse al Ministerio Público como integrante del Poder Judicial, ello implica en términos generales la asimilación a los magistrados en relación con las garantías, formas de designación y remoción. Se observa un tratamiento constitucional con más detalle que en las

(director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 532 y ss.

25. Conforme al art. 160 el Consejo de la Magistratura estará integrado por: 1 - Un miembro del Superior Tribunal de Justicia, designado por éste, que los presidirá. 2 - Un ministro del Poder Ejecutivo que será designado por el Gobernador de la Provincia. 3 - El Fiscal de Estado de la Provincia. 4 - Dos legisladores designados por la Legislatura de entre sus miembros y de distinta extracción política. 5 - Dos abogados de la matrícula residentes en la Provincia, que reúnan las condiciones para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia. Junto con dos suplentes, serán elegidos cada año por el voto directo de los abogados que, inscriptos en el padrón electoral, acrediten su condición de tales y una residencia mínima de dos años en la Provincia en la forma que indique la ley. Esta deberá prever además las causales y modo de remoción. El Presidente del Consejo de la Magistratura es quien lo convoca y tiene doble voto en caso de empate. Las resoluciones se aprueban por mayoría absoluta de votos emitidos. La asistencia es carga pública.

constituciones vigentes más antiguas, con la reafirmación de la independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. En cuanto a la duración, como nota distintiva la regulación de Córdoba dispone que el Fiscal General no tendrá inamovilidad ya que cumplirá sus funciones por cinco años y puede ser designado nuevamente.

También se observan innovaciones en la designación, en el caso de San Juan, el Fiscal General de la Corte y titulares del Ministerio Público son nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura. En Catamarca, si bien son nombrados por el gobernador, con acuerdo del Senado y se exige la previa audiencia del Colegio de Abogados y de la Corte de Justicia. En Río Negro, el Procurador General es designado por un Consejo integrado por el gobernador, tres representantes de los abogados por cada circunscripción judicial, e igual número total de legisladores, con representación minoritaria, además, los candidatos son propuestos tanto por el gobernador como por un veinticinco por ciento, por lo menos, del total de los miembros del Consejo. En Tierra del Fuego serán designados por el Superior Tribunal con acuerdo del Consejo de la Magistratura y los empleados, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mientras que en San Luis, el Procurador General es elegido por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, al igual que los funcionarios inferiores pero con la intervención del Consejo de la Magistratura.

D. El cuarto grupo lo conforman las provincias que reformaron sus constituciones en el mismo año que la nacional como es el caso de Buenos Aires (1994), La Pampa (1994/1999), Chubut (1994), Chaco (1994), y las que volvieron a modificar sus constituciones con posterioridad como Santa Cruz (1994/98), Santiago del Estero (1986/1997/02/05), Tucumán (1990/06), Neuquén (1957/94/06), Corrientes (1993/07), Entre Ríos (1933/2008) y desde el 2020 se han modificado las de Salta (1986/1998/21), Jujuy (1986/2023), La Rioja (1986/98/02/08/24) y en 2025, Santa Fe (1962) y Formosa (1991/2003).

1. En torno a la provincia de Buenos Aires y la reforma de su Constitución en 1994²⁶, cabe destacar que se sanciona un mes después de la nacional del mismo año y una

26. Sobre esta constitución puede verse a Alberto Dalla Vía; “La Constitución de la provincia de Buenos Aires”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 1 y ss.

de las principales notas que la caracterizan es la falta de recepción de la autonomía municipal, principalmente en el ámbito institucional, lo que merece un fuerte reproche por desconocimiento de la supremacía constitucional (arts.31, 123 CN). En relación con los derechos tanto los clásicos como los sociales se completan con la visión del constitucionalismo finisecular bajo el principio del art. 10 por el cual *“todos los habitantes de la provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad”*.

En particular mantiene al Ministerio Público dentro del capítulo referido al Poder Judicial señalando que tanto los jueces de la Suprema Corte de Justicia, como el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros. Mientras que los demás jueces e integrantes del ministerio público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública (art. 175). De la misma forma, se dispone que los jueces letrados, el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. (art. 176).

También establece el texto constitucional que el ministerio público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las cámaras de apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del ministerio público. (art. 189).

Por su parte, la ley 14.442, con sus modificaciones posteriores, dispone por un lado que el Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. (art. 1). Por otro lado, señala que se compone por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa como áreas funcionalmente autónomas. (art. 2).

Además, se ocupa de reafirmar que forma parte del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones. Su organización es jerárquica y está regida por los principios de unidad, flexibilidad y descentralización. (Art. 3).

Se dispone también que los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos e inmunidades que los jueces. Conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y solamente pueden ser suspendidos o removidos, conforme a los procedimientos de juicio político o enjuiciamiento previstos en los artículos 73, inciso 2) y 182 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. (art. 5)

2. La Constitución de La Pampa de 1960 con la reforma de 1994²⁷, con una reforma menor en 1999 cuyo objeto principal fue posibilitar la reelección del gobernador de turno²⁸.

En particular el Ministerio Público está previsto dentro del capítulo referido al Poder Judicial, indicándose que forman parte del mismo los titulares de los ministerios públicos (art 88) y además, será ejercicio ante al Superior Tribunal de Justicia por un Procurador General (art. 89). Se equipara a los magistrados y a los representantes del Ministerio Público refiriendo que son inamovibles y que conservarán sus cargos mientras observen buena conducta y cumplan con sus obligaciones, se agrega que gozan de las inmunidades de los diputados, también su remuneración no podrá ser disminuida mientras duren en sus funciones, aunque sujeta a los impuestos y contribuciones generales. Solo podrán ser removidos por las causas y en las formas previstas en la Constitución y no podrán ser trasladados sin su consentimiento. (art. 93).

Por su parte la ley orgánica del Poder Judicial 2574 contempla que el Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales y Defensores cuya jefatura es ejercida por el Procurador General, a quien le corresponde establecer la unidad de acción de los mismos. Tiene autonomía funcional y administrativa. Sus representantes no podrán ejercer funciones jurisdiccionales y actuarán con legitimación plena en la defensa de los intereses generales de la sociedad y en resguardo de la vigencia de las disposiciones constitu-

27. Ver a Andrés Gil Domínguez; "Constitución de la provincia de La Pampa"; en Mario A.R. Midón (director); "Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas"; ob.cit.; págs. 227 y ss.

28. Miguel Palazzani, "Evolución constitucional de La Pampa"; ED Derecho Constitucional 2006-651.

cionales y legales. La Procuración General de la Provincia de La Pampa es la sede de actuación del Procurador General como jefe de los Ministerios Públicos. (art. 86)

Además de la autonomía funcional y administrativa se dispone que el Presupuesto del Poder Judicial contendrá Unidades de Organización destinadas a atender todas las necesidades del Ministerio Público. A tales fines, el Procurador General remitirá anualmente el proyecto de presupuesto del Ministerio Público al Superior Tribunal de Justicia para su análisis, aprobación y posterior incorporación al proyecto de presupuesto general del Poder Judicial. Es interesante la creación en el ámbito de la Procuración General de una oficina especial para la administración, ejecución y rendición presupuestaria y financiera del presupuesto, la que estará conformada por funcionarios y empleados que se seleccionarán de la planta de personal de la Procuración General y del Superior Tribunal de Justicia. (art. 88)

3. La Constitución de la provincia de Chubut de 1994 que reemplazó a la fundante de 1957²⁹, ha merecido aplausos por la inclusión en el orden provincial del derecho internacional de los derechos humanos, a modo de bloque provincial de constitucionalidad³⁰, ello así mediante cláusulas como la que expresa que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina*” (art. 22).

Por su parte, dentro de la Sección Tercera referida al Poder Judicial contiene un capítulo sobre Ministerio Público indicándose que forma parte de dicho poder, aunque con autonomía funcional. Se agrega que está integrado por el Ministerio Fiscal y el Ministerio de Pobres, Ausentes, Menos e incapaces. Establece también los principios que reglan el funcionamiento como son el de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio provincial (art. 194). Además se agrega que el primero está integrado por un Procurador General y los demás fiscales y funcionarios que de él dependan de acuer-

29. José Bellorini, “50° aniversario de la Constitución de la Provincia del Chubut” en LLPatagonia 2008 (junio), 01/01/2008, 231. Cita Online: AR/DOC/1380/2008.

30. Así lo manifiesta José Raúl Heredia, en “La Constitución de Chubut”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 57 y ss. Además del mismo autor sobre esta constitución puede verse “La reforma de la provincia de Chubut”; Centro de Estudio e Investigaciones Patagónicas; Ed. El Copista; Córdoba; 1995.

do con la ley (art. 195), mientras que el segundo, por un Defensor General y por los defensores y demás funcionarios que de él dependen de acuerdo con la ley (art. 196).

Se reafirma su funcionamiento dentro del Poder Judicial al indicarse que dicho poder “... es ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, un Procurador General, un Defensor General Jueces Letrados, Jurados y demás funcionarios judiciales ...” (art. 162). En cuanto a la designación, tanto el Procurador General y el Defensor General son designados por el Poder Ejecutivo (art. 156 inc.9) con acuerdo de la Legislatura con el voto de los dos tercios del total de sus miembros (art. 166) y sujetos a juicio político (art. 198). Además cuentan con la inamovilidad mientras dure su aptitud y buena conducta. Sólo pueden ser removidos por mal desempeño, desconocimiento inexcusable del derecho, inhabilidad psíquica o física y la comisión de delitos dolosos (art. 165)

Por su parte, la ley V no. 94, antes ley 5057, orgánica del Ministerio Público Fiscal vuelve a reafirmar que forma parte del Poder Judicial con autonomía funcional. Agrega como misiones la investigación y persecución de las conductas delictivas, la defensa de la Constitución y de los intereses colectivos y difusos, cuando razones de oportunidad así lo indiquen, y la custodia de la eficiente prestación del servicio de justicia tendiente a la satisfacción del interés social. Mientras que la ley V no. 90, antes ley 4920 orgánica del Ministerio de la Defensa Pública reafirma que forma parte del Poder Judicial con autonomía funcional y agrega que tiene como misión la defensa y protección de los derechos humanos, dentro del ámbito de su específica competencia. A tal fin garantiza, a través de la asistencia técnico jurídica, el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. De igual forma asume la defensa de las personas imputadas en causas penal, contravencional o de naturaleza sancionatoria, y de las que estuviesen detenidas y/o condenadas. Se recalca la autonomía funcional indicando que en el ejercicio de sus funciones no puede ser impedido ni coartado por ninguna otra autoridad. Cada uno de sus funcionarios desempeña su cargo con independencia, autonomía y responsabilidad, con sujeción a las normas constitucionales y en el marco de la presente ley.

4. La Constitución de Chaco también de 1994, que viene a reemplazar a la de 1957 que fuera precursora en muchos sentidos, entre ellos por la incorporación del Ministerio Público, adelantándose en décadas a las innovaciones que luego reaparecería en el

derecho constitucional provincial posterior a la recuperación democrática de 1983³¹.

En el texto constitucional de 1994 se advierte la influencia de la reforma nacional del mismo año, principalmente en cuanto el art. 14 sienta la plena operatividad de los tratados sobre derechos humanos. Así dice que *“Los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, enumerados en la Constitución Nacional que esta Constitución incorpora a su texto dándolos por reproducidos, y los que ella misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que atañen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, la dignidad y la seguridad de la persona humana”* y continúa *“Los derechos y garantías establecidos, expresa o implícitamente en esta Constitución, tienen plena operatividad en sede administrativa o jurisdiccional, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”*.

En particular sobre el Ministerio Público, también esta constitución tiene previsto que será órgano del Poder Judicial, con autonomía funcional. Su titular será el procurador general quien lo ejercerá ante el Superior Tribunal de Justicia. Además tiene previsto que la ley orgánica del Ministerio Público creará la Procuración General Adjunta y preverá las condiciones que deberán reunir los integrantes de dicho ministerio, su jerarquía, sus funciones y el modo de actuar ante los tribunales, para el procurador general, el adjunto, los fiscales y defensores. Agrega que al procurador general compete instar la actuación de fiscales y defensores, emitir instrucciones generales que no afecten su independencia de criterio y ejercer la superintendencia del Ministerio Público con facultades disciplinarias limitadas a apercibimiento y multas (art. 156).

En cuanto a la designación, el Procurador General será nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura y los demás miembros de la administración de justicia serán designados por el Superior Tribunal de Justicia a propuesta del mismo Consejo (art. 158).

Se establece que los representantes del ministerio público, conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta, cumplan sus obligaciones legales, no incurran en

31. Ver a Sergio Díaz Ricci; “Constitución del Chaco”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 35 y ss. También ver Rodrigo Gutiérrez Viñuales; “La provincialización del Chaco. El histórico proceso de un anhelo (1884-1951)”; Fundación Cedodal; Bs.As.; 2001).

falta grave, mal desempeño o abandono de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, comisión de delito doloso o inhabilidad física o psíquica (art. 154). Además el Procurador general está sujeto a juicio político, por incapacidad física o mental sobreviniente, por mal desempeño o falta de cumplimiento a los deberes de su cargo, por delito en el ejercicio de sus funciones o por delitos comunes (art. 120).

Por su parte, la ley nro. 913-B, antes ley 4396, orgánica del Ministerio Público reafirma que forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánico-funcional. Actúa en defensa del interés público y los derechos de las personas, procura ante los tribunales la satisfacción del interés social, custodiando la normal prestación del servicio de justicia y velando por la correcta aplicación de la ley. Es interesante la consideración que contará con una cuenta especial del presupuesto del Poder Judicial para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Es en esta ley donde se define que se conformará con el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, el primero integrado por el Procurador General, el Procurador General Adjunto, la Oficina de Política Criminal, los Fiscales Penales de Cámara, el Fiscal de Cámara Contencioso Administrativo, los Fiscales Penales de Investigación, el Fiscal de Derechos Humanos, los Fiscales de Investigación Rural y Ambiental y los Agentes Fiscales en lo Civil, Comercial, Laboral. El segundo, por el Defensor General, Defensor General Adjunto, los Defensores Penales Defensores de Ejecución Penal, Defensores de Faltas, los Defensores de Pobres, Incapaces y Ausentes, los Asesores de Menores de Edad y los Defensores Barriales, en el número que determine la ley. (art. 5).

Sobre la designación, el Procurador General y el Defensor General, serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura, y removidos por juicio político y los demás representantes del Ministerio Público serán designados por el Superior Tribunal de Justicia a propuesta del mismo Consejo y removidos por el Jurado de Enjuiciamiento conforme las previsiones constitucionales vistas.

5. En el caso de la provincia de Santa Cruz, cabe destacar que se reforma su Constitución en 1994 y luego en el año 1998 vuelve a modificarse, en este caso, con la intención de introducir la reelección indefinida del Gobernador³². En torno a los

32. Ver de Daniel A. Sabsay y María del Carmen García; "Comentarios sobre la Constitución de Santa Cruz", en Mario A.R. Midón (director); "Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas"; ob.cit.; pág. 469 y ss.

derechos, a los de corte clásico se le agregan los sociales y los de tercera generación, y refiere a los derechos contenidos en la Constitución Nacional que se entienden como implícitos, y que no importarán denegación de los demás que deriven de la condición natural del hombre, de la forma democrática de gobierno y de la justicia social (art. 8).

En temas de Ministerio Público la Constitución es muy escueta, con mínimas referencias, así solamente cuando se refiere al Tribunal de Enjuiciamiento para magistrados inferiores incluye a los funcionarios de los ministerios públicos (art. 129). Tampoco tiene ley específicamente referida al ministerio público, pero en la ley no 1600 orgánica del Poder Judicial con sus modificaciones, incluye como funcionarios de dicho poder al Agente Fiscal y al Defensor de Pobres, Ausentes e Incapaces ante el Tribunal Superior de Justicia designados por el Poder Ejecutivo Provincial con acuerdo de la Honorable Cámara de Diputados (art. 70), y a fiscales y Defensores de Pobres, Ausentes e Incapaces de Cámaras de Apelaciones como asimismo a Agentes Fiscales y Defensores de Pobres, Ausentes e Incapaces de Primera Instancia (art. 2), que son designados por el Poder Ejecutivo (arts. 74 y 82, y 77 respectivamente).

6. La Constitución de Santiago del Estero reformada en 1986 y luego en los años 1997, 2002 y la última modificación en 2005³³, presenta desde el preámbulo la protección a todos los habitantes de la Provincia en el ejercicio de los derechos humanos, y en su art. 1 refiere a que se tienen por incorporados los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

En el capítulo referido al Poder Judicial se incluyen las previsiones sobre el Ministerio Público, desde nombrarlo en la integración de dicho poder (art. 178), y por ello se afirma que “... no podrán ser separados, suspendidos ni trasladados, sino en la forma y por alguna de las causales previstas en esta Constitución. Tendrán inmunidad de arresto y conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta, cumplan sus obligaciones legales y no incurran en falta grave, mal desempeño, abandono de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho, comisión de delito doloso o inhabilidad física o psíquica sobreviniente que les impida desempeñar sus funciones o

33. Ver a Diego Giuliano; “Derecho constitucional provincial santiagueño. Paradojas, convulsiones y reformas”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 505 y ss.

alcancen la edad máxima establecida por esta Constitución”, se agrega que cesarán en sus funciones una vez que cumplan la edad de setenta años. Un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura será necesario para mantenerse en el cargo, en tal caso cada designación será por cinco años. Su remuneración no podrá ser disminuida mientras permanezcan en funciones, salvo cuando por razones de emergencia esta modificación fuese dispuesta con carácter general. Y por último, se hace referencia a la capacitación permanente de los magistrados y funcionarios judiciales como una obligación inexcusable, conforme lo determine la ley o el reglamento, así como brindar sus conocimientos y aportes de experiencia en beneficio de otros miembros de la magistratura y de los empleados judiciales (art. 178).

Específicamente dispone que la ley Orgánica del Poder Judicial establecerá la constitución y funcionamiento de los tribunales, determinará el estatuto jurídico de los jueces, funcionarios y miembros del Ministerio Público y del personal al servicio de la administración de justicia (art. 181).

En particular, establece la Constitución que el Ministerio Público tiene autonomía funcional dentro del Poder Judicial y estará integrado por el Ministerio Fiscal y el Ministerio de la Defensa, representados por un fiscal general y un defensor general, respectivamente, quienes actuarán ante el Superior Tribunal de Justicia (art. 202).

Sobre la designación y la remoción se dispone que será la misma forma que los miembros del Superior Tribunal de Justicia, es decir, designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura en sesión pública, teniendo las mismas garantías e inmunidades que aquellos. Los restantes magistrados del Ministerio Público, serán designados de igual forma y con los mismos requisitos que se establecen para los jueces ante quienes actúen es decir, por el Poder Ejecutivo en base a una propuesta en terna del Consejo de la Magistratura y serán removidos por el Jurado de Enjuiciamiento por las causales previstas en esta Constitución. Los miembros inferiores del Ministerio Público gozarán de idénticas inmunidades, garantías y limitaciones que los jueces.

Por su parte, la ley 6924 orgánica del Ministerio Público, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados, dispone que tiene autonomía funcional dentro del Poder Judicial y estará integrado por el Ministerio Fiscal y el Ministerio de la Defensa, representados por un Fiscal General y un Defensor General, respectivamente, quienes actuarán ante el Superior Tribunal de

Justicia. El Ministerio Público ejercerá sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica. Su actuación jurisdiccional será independiente y no tendrá sujeción a instrucción o directiva alguna proveniente de otras autoridades judiciales ni de otros poderes del Estado. Actúa en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velando por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, custodiando la buena marcha de la administración de justicia. Para ello cuenta con legitimación plena en defensa de los intereses individuales, colectivos o difusos de la sociedad, en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. (art. 1).

Es importante la previsión presupuestaria indicándose que “... en el marco de los recursos previstos en el Presupuesto General del Poder Judicial, tanto el Ministerio Fiscal como el Ministerio de la Defensa tendrán asignada una partida especial para atender los gastos que demande el equipamiento de los órganos, capacitación de sus miembros, el sostenimiento de programas de asistencia y protección a las víctimas, testigos e incapaces, y el debido cumplimiento de sus funciones” (art. 4).

7. Por su parte, la Constitución de Tucumán reformada por última vez en 2006³⁴, reconoce en su art. 24 que “Los habitantes de la Provincia, como habitantes de la Nación Argentina, y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquélla establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo”. En particular refiere que “Los derechos y garantías consagrados por los Pactos y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados como Ley de la Nación, son de carácter operativo, salvo en los supuestos en que expresamente se ha dejado sujeta su aplicación al dictado de una ley”. Luego refiere como otras constituciones provinciales que “Toda ley, decreto u orden que, so pretexto de reglamentación, desvirtúe el ejercicio de las libertades y derechos reconocidos, o prive a los ciudadanos de las garantías aseguradas, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicadas por los jueces. La declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces tendrá efectos específicos para la causa en que entendieren”.

En torno al Ministerio Público se incorpora dentro del capítulo referido al Poder Judicial pero contiene pocas referencias. Así se dispone que los representantes del

34. Sobre esta constitución puede verse a Carlos Vargas Gómez; “Constitución de Tucumán”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 555 y ss.

ministerio fiscal y pupilar, permanecerán en sus cargos mientras dure su buena conducta (art. 112) y que serán nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura (art. 101 inc. 5).

Según la ley orgánica del Poder Judicial 6238, en su art. 2 son funcionarios integrantes del Poder Judicial por disposición de la Constitución, los miembros del Ministerio Público (Fiscales y Defensores Oficiales). Específicamente en el Libro segundo contiene en detalle su integración y principios de actuación. Así, el Ministerio Público Fiscal, conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia, con atribuciones orgánicas, independencia y autonomía funcional, administrativa y financiera (art. 91). Es importante la previsión que señala que tendrá facultad de proyectar y calcular los recursos, gastos e inversiones anuales, para ello y a los fines presupuestarios constituye una unidad de organización separada dentro del presupuesto del Poder Judicial. En este sentido se indica que se incorporarán al presupuesto de dicho Ministerio todos los ingresos que le correspondan en virtud de aportes y acuerdos o convenios que se celebren con organismos nacionales o provinciales, para la instrumentación de acciones específicas así como cualquier otro ingreso derivado de la administración de recursos asignados. (art. 91). Además se reglamenta la actuación y funciones del Ministro Fiscal.

También está previsto el Ministerio Pupilar y de la Defensa en el libro cuarto, con las especificaciones en torno al Ministro de la Defensa que nombrado conforme lo establece el art. 101 inc. 5 primer párrafo, es decir, por el gobernador con acuerdo de la Legislatura.

8. La provincia de Neuquén con su primera constitución de 1957 y luego reformada en 1994 y en 2006³⁵, hace referencia en el art. 19 a que *“los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social”*.

35. Ver sobre este texto constitucional a Armando Mario Marquez; “Comentarios sobre algunos aspectos de la constitución de la provincia del Neuquén”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 321 y ss.

Bajo el art. 229 se encuentra mencionado el Ministerio Público dentro del capítulo referido al Poder Judicial, en particular dicho artículo señala que serán inamovibles mientras dure su buena conducta y no podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento. Sólo podrán ser removidos previo enjuiciamiento en la forma establecida en esta Constitución, por mal desempeño o comisión de delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 251, inciso 3). Dicho artículo se refiere a las funciones del Consejo de la Magistratura y en ese inciso señala que le corresponde *“Periódicamente, evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme lo establezca la ley. En caso de resultar insatisfactorio, con el voto de cinco (5) de sus miembros, elevar sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos”*.

El art. 239 por su parte refiere a que los miembros del Tribunal Superior de Justicia, su fiscal y defensor serán designados por la Legislatura, con el voto de los dos tercios (2/3) de los miembros presentes, en sesión pública, a propuesta del Poder Ejecutivo, mientras que los demás jueces, fiscales y defensores son designados por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. Agrega como deber el de capacitarse y actualizarse en forma permanente bajo pena de incurrir en causal de mal desempeño. Señala finalmente que todos los jueces y funcionarios del Poder Judicial perciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en el cargo, correspondiendo el pago de los impuestos generales y los aportes previsionales en plena igualdad de condiciones con los demás contribuyentes.

Por su parte, las leyes 2892 y 2893 regulan la actuación del Ministerio Público de la Defensa y del Fiscal respectivamente. Sobre el primero, dispone que es un organismo con autonomía funcional, que ejerce sus funciones sin sujeciones a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura y actúa en coordinación con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales involucrados en la defensa de los derechos de las personas (art.2). Además, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público de la Defensa no puede ser impedido ni coartado por ninguna otra autoridad, cada uno de sus funcionarios desempeña su cargo con independencia, autonomía y responsabilidad, con sujeción a las normas constitucionales y en el marco de la presente Ley. Por su parte se garantiza que gozan, en cuanto a trato y respeto, de los mismos derechos que los jueces ante quienes actúan (art. 4).

En relación con el Ministerio Público Fiscal señala que es un órgano del sistema de administración de Justicia, forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional según el art. 1 de la ley 2893, y se establece que en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público Fiscal no puede ser impedido ni coartado por ninguna otra autoridad judicial o administrativa. (art. 3).

9. En la Constitución de Corrientes reformada en 1993 y luego en 2007³⁶, aparece la referencia a que los derechos, declaraciones y garantías consignados en esta Constitución, no serán interpretados como mengua o negación de otros no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal (Art. 31).

En particular sobre el Ministerio Público Fiscal y Pupilar, el art. 162 dispone que es el Gobernador quien nombra al Fiscal General y al Defensor General y el Asesor General con acuerdo del Senado (inc. 10). Mientras que los demás funcionarios del Ministerio Público son propuestos en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y designados por éste con acuerdo del Senado. Por su parte, se les garantiza que conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una compensación que debe determinar la ley, la que no puede ser disminuida en manera alguna mientras permanecieren en sus funciones y es abonada en épocas fijas (art. 184), no pudiendo ser trasladado o ascendido sin su consentimiento. (art. 186).

Tanto el Fiscal General como el Defensor General y el Asesor General son pasibles de juicio político mientras que los demás integrantes del Ministerio Público están sometidos a un jurado de enjuiciamiento (art. 197), cuando se les impute la comisión de delito o mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, la ley orgánica de la Administración de Justicia instrumentada mediante el decreto ley 26 del año 2000, dispone que el Poder Judicial de la Provincia será ejercido por el Superior Tribunal, las Cámaras, los Tribunales de Primera Instancia,

36. Respecto a la Constitución reformada en 1993 ver de Mario A.R. Midón; “Crónica de la Reforma Constitucional de Corrientes”; Ediciones del Centro; Corrientes; 1993. Sobre el texto de 2007 puede verse a Mario A.R. Midón; “La nueva Constitución de Corrientes”, Mario A. Viera Editor, Bs.As., 2008, y del mismo autor “Corrientes: actualización institucional a través de un nuevo texto de su ley mayor”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 131 y ss.

de Instrucción y Correccional, de Menores, Juzgados de Paz y el Ministerio Público (art. 1). En particular, la ley orgánica del Ministerio Público materializada en el decreto ley 21 del año 2000, reafirma que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánica y funcional. Es importante la previsión de recursos disponiendo que además de los previstos en el presupuesto general del Poder Judicial, para el mejor cumplimiento de sus funciones, contará con un programa propio y una cuenta especial para gastos de funcionamiento, que será administrada por el Fiscal General. (art. 1).

10. La Constitución de Entre Ríos cuya última reforma data de 2008³⁷, como nota diferenciadora de las demás constituciones provinciales, mantiene la ausencia de preámbulo, remontándose a la discusión vertida en la Carta de 1933 que invoca como un justificativo de tal omisión, la pluralidad de religiones. En materia de derechos, se destaca su impronta humanista, abonada con los criterios de progresividad y operatividad (art.35). El art. 7 con acierto manifiesta que *“los habitantes de la Provincia, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías declarados por la Constitución Nacional, con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio”*.

En particular sobre la temática en análisis, el art. 175 otorga como facultad del poder ejecutivo la de nombrar, con acuerdo del Senado a los titulares del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa y someter al acuerdo del Senado la propuesta para la designación de los restantes funcionarios de los Ministerios Públicos, escogidos de una terna vinculante que, previo concurso público, le remitirá el Consejo de la Magistratura (inc.16 y art. 193).

Además dispone que los representantes del ministerio fiscal y ministerio pupilar en todas las instancias, quedarán equiparados a los miembros del Poder Judicial y en cuanto a las garantías establecidas en su favor y a las obligaciones especiales que les impone la Constitución no pudiendo ser removidos sino por el jurado de enjuiciamiento (art. 201). De esta forma, se reconoce que los funcionarios letrados de la administración de justicia serán inamovibles mientras dure su buena conducta, y los no sujetos a juicio político, sólo podrán ser removidos por el jurado de enjuiciamiento, en la forma establecida en esta Constitución (art. 194) y además, percibirán por sus servicios, una compensación que determinará la ley la cual será

³⁷ Ver de Susana Cayuso y Verónica Ientile; “Algunas reflexiones sobre la Constitución de Entre Ríos”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 163 y ss.

pagada en época fija y no podrá ser disminuida mientras permaneciesen en sus funciones. (art. 195).

En este sentido, dentro de la sección VI referida al Poder Judicial, el capítulo III se ocupa especialmente del Ministerio Público y dispone que es un órgano autónomo en sus funciones, siendo parte integrante del Poder Judicial, que se compone de dos ramas independientes entre sí, Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa, presididas por el Procurador General y el Defensor General respectivamente, y se integra por los funcionarios y empleados que se establezcan, respecto a los cuales les compete el ejercicio de la superintendencia. En materia presupuestaria la Constitución dispone que el Ministerio Público propone y ejecuta su presupuesto (art. 207). Como nota particular, el texto constitucional crea la figura de un fiscal dentro del Ministerio Público que “... *tendrá a su cargo, la investigación y acusación de los hechos de corrupción y otros delitos contra la administración pública*”. (art. 208).

Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público, no. 10.407 señala que tendrá independencia orgánica, funcional, siendo su función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Refiere que ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la Provincia, pero sin sujeción e instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. (art. 1). Estará compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa (art. 2).

11. La Constitución de Salta de 1986 con una reforma posterior en 1998³⁸ y la última de 2021, muestra desde su preámbulo un compromiso con la vida, ya que ubica como el primer fin el de “exaltar y garantizar la vida” y luego seguirán “la libertad, la igualdad, la justicia y los demás derechos humanos”. En el art. 10 se reconoce que la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles, y su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos, lo que reafirma en el art. 17. Ya Frías refiriéndose a la Constitución de 1986 ponderaba el valor de esta cláusula, junto a la plena operatividad que indica tanto para los derechos expresamente consagrados como para los implícitos “... *sin que su ejercicio pueda ser menoscabado*”

38. Ver a Luis A. Martínez; “Comentario a la Constitución de la provincia de Salta”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 380 y ss.

por ausencia o insuficiencia de reglamentación” (art. 16)³⁹.

En relación con el Ministerio Público, este texto constitucional contempla dentro de la Sección Segunda, tercera parte al Poder Judicial y al Ministerio Público, y en particular, en el capítulo segundo se dedica a este último indicando que es ejercido por un Procurador General, un Defensor General y un Asesor General de Incapaces quienes tendrán a su cargo la superintendencia y las potestades administrativas y económicas del mismo en forma conjunta. El Presidente es elegido cada dos años entre sus miembros (art. 164).

Además, el Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, duran seis años en el cargo pudiendo ser designados nuevamente y son nombrados y removidos de la misma manera que los jueces de la Corte de Justicia, es decir por el Poder Ejecutivo, previo procedimiento participativo de la ciudadanía establecido por Ley, con acuerdo del Senado prestado en sesión pública (art. 165).

Mientras que los fiscales, defensores y asesores de incapaces, son designados, duran en el cargo y son removidos de la misma forma que los jueces inferiores, es decir por el Poder Ejecutivo, previo procedimiento participativo de la ciudadanía establecido por Ley, con acuerdo del Senado prestado en sesión pública previa selección de postulantes por el Consejo de la Magistratura y son inamovibles en sus cargos mientras dure su buena conducta y desempeño. Tienen las mismas inmunidades, incompatibilidades e intangibilidad de las remuneraciones que éstos, es decir las mismas inmunidades que los miembros del Poder Legislativo y su retribución no puede ser suspendida ni disminuida sino por leyes de carácter general, extensivas a todos los poderes del Estado (arts. 161 y art. 165). En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público (art. 167). Además el Ministerio Público tiene atribuciones para proponer y administrar su propio presupuesto, enviándolo al Poder Ejecutivo para su remisión al Poder Legislativo a efecto de su consideración (art. 166 inc. i).

Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público no. 7328 reitera que está integrado y es ejercido por el Procurador General, el Defensor General, el Asesor General de Incapaces y por los fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces de to-

39. Pedro José Frías; “La nueva Constitución de Salta”; en LL. 1986-D-843.

das las Instancias y fueros, los que son asistidos por los secretarios letrados (art. 2). Se afirma que en el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público y en consecuencia, no está sujeto a instrucciones formuladas por ninguno de ellos. (art. 4). Es interesante la implementación de un Colegio de Gobierno desempeñado en forma conjunta por el Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, quienes ejercerán las facultades de superintendencia y todas las potestades administrativas, económicas y reglamentarias para el funcionamiento de ese órgano del Estado. Fijarán las políticas del Ministerio Público en la Provincia y sus integrantes tendrán la facultad de avocarse en los trámites judiciales que se encuentren radicados en la Corte de Justicia de la Provincia. El Colegio de Gobierno designará de entre sus miembros un Presidente que durará dos años en sus funciones y podrá ser reelecto para sucesivos períodos. El Colegio de Gobierno motivadamente tomará todas sus decisiones por mayoría simple de votos, teniendo el Presidente doble voto en caso de empate. Queda exceptuada de esta disposición la facultad de avocamiento, que resultará concretada por la sola voluntad del superior. El quórum será de dos integrantes. El Presidente del Colegio de Gobierno será el representante del Ministerio Público a los fines institucionales y protocolares (art. 7).

Además, este Colegio de Gobierno del Ministerio Público pone en práctica la atribución constitucional de dicho Ministerio de proponer y administrar su propio presupuesto, enviándolo al Poder Ejecutivo para su remisión al Poder Legislativo a efecto de su consideración. Así, dispone la ley que propondrá anualmente el presupuesto del Ministerio Público y lo remitirá al Poder Ejecutivo hasta el 30 de junio de cada año, y además, por razones fundadas podrá proponer presupuestos plurianuales (art. 9).

12. La Constitución de Jujuy de 1986⁴⁰ con la reforma de 2023, contempla en su art. 16 el principio que *“1. Todos los habitantes de la Provincia gozan, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de los derechos y garantías declarados por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales ratificados por el Gobierno Federal y*

40. Respecto a la Constitución de 1986 Garzón advertía el enorme mérito de esta Constitución que, siendo de comienzos del ciclo reformista provincial, quiso dar a esta provincia un texto garantista y profundo para perfeccionar la estructura del Estado en función de los derechos humanos y de la protección de sus habitantes. Sin embargo incurrió en cierto exceso reglamentarista cayendo en el vicio denominado “declaracionismo” con numerosas normas abstractas que no pueden ser cumplidas por más que figuren en la letra del texto constitucional (Benito C. Garzón; “Constitución de la provincia de Jujuy”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; pág. 208).

por esta Constitución”. Ello en concordancia con el art. 15 que se ocupa del orden de prelación normativo indicando que “Los integrantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y los demás funcionarios públicos aplicarán la Constitución Nacional, los Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los demás Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, las leyes nacionales, esta Constitución y leyes provinciales dictadas en su consecuencia, así como los decretos o resoluciones dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades, siempre que no afectaren los poderes no delegados por la Provincia al Gobierno Federal” (ap. 1).

Por su parte, este texto constitucional a partir de la reforma de 2023, tiene la particularidad de ubicar al Ministerio como un órgano independiente de todo otro poder, con autonomía funcional y autarquía financiera en la Sección Novena, con un capítulo único especialmente dedicado. Dispone que sus miembros tienen la misma inamovilidad, inmunidades e impedimentos que los integrantes del Poder Judicial y sus retribuciones no podrá ser disminuida, excepto por los aportes de la seguridad social, será justa y se incrementará adicionalmente conforme a la antigüedad en el ejercicio de su actividad profesional o de funciones judiciales.

Se compone por el Ministerio Público de la Acusación y el Ministerio Público de la Defensa, independientes entre sí, los cuales son dirigidos, respectivamente, por un Procurador General y un Defensor General y los Adjuntos y cada Ministerio tendrá una ley orgánica que determinará su organización, funciones, responsabilidades, orden jerárquico, competencias, atribuciones, obligaciones y número (art. 193).

En torno a la designación, el Procurador General, el Defensor General y los Adjuntos serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública, mientras que los agentes fiscales, fiscales y defensores serán designados por el Poder Ejecutivo, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública. Y la designación de funcionarios y empleados estará a cargo del Procurador General o Defensor General en la misma forma que determina esta Constitución para el Poder Judicial, según corresponda (art. 195). Sobre la remoción el Procurador General, el Defensor General y los Adjuntos será mediante juicio político, mientras que los agentes fiscales, fiscales y defensores podrán ser removidos por delitos, incumplimiento de los deberes a su cargo o por incapacidad para el desempeño de sus funciones, en la forma establecida por esta Constitución. Los funcionarios y empleados podrán ser removidos por

el Procurador General y el Defensor General, respectivamente, previa sustanciación de sumario según la forma que establezca la ley orgánica. (art. 196).

Por su parte, la ley 6363 orgánica del Ministerio Público de la Acusación lo define como el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público en las causas y asuntos que establezca la ley (art.1). Además lo contempla como independiente de todo otro poder y ejerce sus funciones con autonomía funcional y administrativa, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Se dará su propia organización interna y se vinculará con otros poderes a los fines del mejor cumplimiento de sus funciones mediante relaciones de coordinación institucional. El Ministerio Público de la Acusación deberá ser consultado en oportunidad de analizarse y debatirse proyectos de ley o reglamentación de su incumbencia. (art. 2). Además se le garantiza su autonomía funcional, contará con presupuesto propio de recursos y gastos para ser ejecutado (Art. 12), elaborará anualmente observando los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el presupuesto general de recursos y gastos del Ministerio Público de la Acusación para el año siguiente, y el proyecto de presupuesto del organismo será remitido por el Procurador General al Poder Ejecutivo Provincial hasta el primer día hábil del mes de julio de cada año para la fijación de las partidas pertinentes dentro del presupuesto general de la administración estatal del año siguiente. (art. 13). También la ejecución del presupuesto se hará de conformidad a las normas que resultaren aplicables, por medio de los órganos del Ministerio Público de la Acusación y sujeto a los controles y fiscalización que correspondan. (art. 14).

Cabe destacar que la ley 6365 orgánica del Ministerio Público de la Defensa, señala que tiene como función la defensa y protección de derechos humanos, garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley, promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad (art. 1). Además, es un órgano independiente con autonomía funcional, por lo que no recibe instrucciones y no depende de ninguna otra autoridad. Sus miembros tienen la misma inamovilidad, inmunidades e impedimentos que los integrantes del Poder Judicial y sus retribuciones se rigen por lo dispuesto en el art. 191 de la Constitución, según su desempeño funcional (art. 2). Cuenta con autarquía financiera de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Provincial y según las

bases establecidas en la presente Ley. En orden a ello, tendrá crédito presupuestario propio conforme las partidas fijadas en el presupuesto general y contará con recursos propios provenientes de otras fuentes. (art. 3).

13. En el caso de la Constitución de La Rioja modificada en 1986 con reformas posteriores en 1998, 2002, 2008⁴¹ y la última reforma de 2024, expresamente refiere a los Ministerios Públicos en la Sección Cuarta dentro del Capítulo VIII denominado “Función judicial”, y dispone que la misma es desempeñada además de los tribunales judicial que enumera, también por los miembros de los Ministerios Públicos (art. 155). De ahí que gozan de las mismas inmunidades que los diputados, reciben por sus servicios una compensación mensual determinada por ley, la que no podrá ser disminuida con descuentos que no sean los que se dispusieren con fines previsionales o con carácter general siendo intangibles por cualquier medio directo o indirecto. (art. 156), son inamovibles en sus funciones durante el período de designación respecto al grado y la sede, no pudiendo ser trasladados sin su consentimiento ni reducido el plazo de su designación por mecanismo alguno. Conservarán su cargo mientras dure su idoneidad y buen desempeño; y en todo caso, hasta el día en que cumplan setenta (70) años de edad en que cesan en sus funciones de pleno derecho. (Art. 157).

Ahora bien, como nota novedosa dispone que cuando sus designaciones se realicen conforme al procedimiento previsto en el art. 181, es decir, con la intervención del Consejo de la Magistratura durarán en sus funciones diez años. Un año antes que concluya el período de designación, el Consejo de la Magistratura convocará al miembro del Ministerio Público a un proceso de validación en el cargo por igual período, elevando a la Cámara de Diputados el pliego para su designación. En caso de no validar, cesará de pleno derecho al cumplirse el período y se procederá a un nuevo concurso, y podrán concursar de manera sucesiva hasta el límite de edad impuesto en esta Constitución. (Art. 158).

Específicamente dispone que el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa son órganos que integran la Función Judicial; tienen autonomía funcional y autarquía financiera, y ejercen sus funciones por medio de órganos propios, están integrados y dirigidos por el Fiscal General, Fiscal General Adjunto, el Defensor Ge-

41. Sobre esta constitución puede verse a Enrique A. Stoller; “La Rioja, su derecho constitucional provincial y la reforma constitucional de 2008”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 241 y ss.

neral y el Defensor General Adjunto, respectivamente, y compuestos por los demás integrantes que establezca la ley (art. 170). Además, tanto el Fiscal General como el Defensor General y sus respectivos adjuntos son designados por la Cámara de Diputados a propuesta del Gobernador o Gobernadora (art. 171). Sobre el período de designación el texto constitucionale dispone que será igual al previsto para los integrantes del Tribunal Superior de Justicia, es decir, por un período de diez años sin posibilidad de una nueva propuesta de manera consecutiva (art. 161). La o el Fiscal General y su adjunta o adjunto, como el Defensor General y su respectiva adjunta o adjunto se remueven por las causales y el procedimiento del juicio político.

Por su parte, la ley 5825 orgánica del Ministerio Público reafirma que es parte integrante de la Función Judicial de Estado, representa los intereses generales de la sociedad y asume la defensa de orden jurídico y la cosa pública en todas las causas que tales intereses lo requieran (Art. 1). En cuanto a su conformación, lo integran el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Popular y Defensoría de Pobres y Ausentes, más el Procurador General, los Fiscales de Cámara, los Agentes Fiscales, los Asesores de Menores e Incapaces y los Defensores Oficiales de Pobres y ausentes con funcionarios que lo componen (art. 2). Además el Ministerio Público ejerce imparcialmente la defensa del interés que representa. Actúa con plena independencia de los demás órganos del Estado y forma una unidad funcional. Sus integrantes, únicamente serán juzgados y removidos por forma y causa establecidas en la Constitución de la Provincia (art. 4).

14. La Constitución de Formosa reformada en 1991 y luego en el 2003⁴², contenía en el art. 5 el reconocimiento que *“Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno ...”* y agregaba expresamente *“que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad y seguridad política, económica y social, siendo los mismos operativos”*.

42. Sobre esta constitución puede verse a Calógero Pizzolo; “Notas sobre la Constitución de la provincia de Formosa”; en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 189 y ss.

En el nuevo texto constitucional que se sanciona el 5 de septiembre de 2025, se reitera lo citado, ahora en el art. 7 y se refuerzan derechos sociales y de tercera generación, con la inclusión de la ciudadanía y participación digital mediante acciones positivas que promuevan el uso de tecnologías de la información de modo ético, seguro y transparente. Además el estado se compromete a garantizar el respeto a la dignidad humana y los derechos de la persona en los entornos digitales (art. 73).

En torno al Ministerio Público el nuevo texto constitucional lo contempla como órgano integrante de la función judicial, con autonomía funcional que ejerce sus funciones a través de un Procurador General y un Defensor General, cuyas funciones serán reglamentadas por ley (art. 177). Además, para ser designado Procurador General o Defensor General, se requieren las mismas exigencias y procedimientos que para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, es decir ser designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo (art.174), teniendo iguales incompatibilidades, prohibiciones, prerrogativas, inmunidades e inamovilidad. Los mismos podrán ser enjuiciados y removidos en la misma forma y en los mismos casos que los miembros del Superior Tribunal de Justicia (art. 178). Por su parte se dispone que tanto los jueces letrados, fiscales, asesores y defensores, son inamovibles mientras dure su idoneidad y buen desempeño; y en todo caso, hasta que cumplan setenta y cinco años de edad, fecha en que cesan en sus funciones de pleno derecho. Gozan de idénticas prerrogativas e inmunidades que los legisladores y están sujetos a remoción por jurado de enjuiciamiento (art 179). Por su parte, la cláusula transitoria 2ª dispone que hasta tanto la Legislatura sancione la ley que reglamente la organización del Ministerio Público, las autoridades actuales continuarán desempeñando sus funciones de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial no.521 y sus modificatorias.

En dicha ley se dispone que el Poder Judicial será ejercido por los magistrados que menciona y por los ministerios públicos (art. 2) y a partir del art. 63, se regula su actuación ante las distintas instancias judiciales como asimismo se detalla a su integración.

15. Por último, la Constitución de Santa Fe de 1962⁴³ en materia de derechos, también remitía a los que gozan los habitantes conforme a la Constitución Nacional y

43. Sobre esta Constitución ver la completa obra de Diego Giuliano; "Derecho Constitucional provincial"; Ed. Ediar; Bs.As.; 2009.

a la provincial, que incluye los no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran (art. 6)⁴⁴. En igual sentido que la Constitución de Mendoza, el art. 84 disponía que la Corte Suprema de Justicia se compone de cinco ministros como mínimo y de un procurador general. Luego agregaba que los magistrados y funcionarios del Ministerio Público son inamovibles mientras conserven su idoneidad física, intelectual y moral y el buen desempeño de sus funciones, que además cesan su inamovilidad a los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria. No pueden ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento previo. Perciben por sus servicios una retribución que no puede ser suspendida ni disminuida sino por leyes de carácter general y transitorio, extensivas a todos los Poderes del Estado. (art. 88). En cuanto a la designación, igual que los integrantes del Poder Judicial, corresponde al Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa. (art. 86).

En el año 2009 se sancionan las leyes 13.013 y 13.014 que, respectivamente, regulan el Ministerio Público de la Acusación y el de la Defensa Pública Provincial con actuación en cuestiones de índole penal. Se ha advertido que de esta forma existen tres cabezas del Ministerio Público: el Procurador General -según la Constitución Provincial- que es cabeza del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Oficial, otra de la Fiscalía del nuevo sistema de acusación y una tercera, del nuevo servicio de la Defensa Pública⁴⁵.

De esta forma, el Ministerio Público de la Acusación es un órgano del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe que se ocupa de investigar los delitos penales que se cometen en todo el territorio santafesino. Fue creado por la [ley provincial 13.013](#) y comenzó a funcionar el 10 de febrero de 2014 en el marco de un nuevo sistema de enjuiciamiento oral y público que se caracteriza por la oralidad, la publicidad y la transparencia. Este Ministerio tiene independencia para definir sus objetivos institucionales y para actuar en consecuencia (autonomía funcional y administrativa). También dispone del manejo de sus recursos económicos (autarquía financiera). Ejerce sus funciones en coordinación con otras dependencias públicas y privadas,

44. Horacio Rosatti; “Régimen constitucional de la provincia de Santa Fe”; en Mario A.R. Midón (director); en “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires comentadas”; ob.cit.; pág. 487.

45. Guillermo Camporini; “Una eventual reforma de la Constitución Provincial y el Ministerio Público”, en Dossier | ESTRUCTURAS Dimensión Constitucional del Poder Judicial Santafesino (https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2020/05/Revista2012-Una_eventual_reforma_de_la_Constitución_Provincial_y_el_Ministerio_Público-pag.318-323.pdf) (consultado el 12 de agosto de 2025).

pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura⁴⁶.

Por su parte, conforme a la ley 13.014, el Servicio Público Provincial de Defensa Penal es un órgano con autonomía funcional y administrativa y con autarquía financiera, dentro del Poder Judicial. Ejercerá sus funciones sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura y actuará en coordinación con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales involucrados en la defensa de los derechos individuales de las personas. (art. 9).

Como nota sobresaliente, en ambas normas legales se dispone la duración limitada de seis años para el mandato de las máximas autoridades de ambos Ministerios, es decir, el Fiscal General y el Defensor Provincial, que además no tendrán la posibilidad de reelección. Se advierte que ello no resulta conveniente, por cuanto deja abierta la posibilidad de una mayor intromisión del poder político en esas designaciones. Si bien se podría alegar, a favor de ese sistema, que los cargos son concursados, ello -sabido es y la realidad muchas veces así lo demuestra- no es garantía de nada⁴⁷.

Cabe agregar que la ley de necesidad de reforma constitucional sancionada en diciembre de 2024 bajo el no. 14.384, habilita expresamente la discusión en el sentido de reconocer constitucionalmente al Ministerio Público de la Acusación y al Servicio Público de la Defensa, consagrando la autonomía funcional y la autarquía financiera de ambos órganos.

El nuevo texto constitucional publicado el 11 de septiembre de 2025, contiene un título especialmente dedicado al Ministerio Público, es el cuarto con un capítulo único y cinco artículos. Contempla al Ministerio Público como un órgano independiente de los poderes del Estado con autonomía funcional y administrativa y autarquía financiera, compuesto por el Ministerio Público de la Acusación y del Ministerio Público de la Defensa, independientes entre sí, dirigidos por un fiscal general y un defensor general respectivamente. (art. 134). Ambos funcionarios son designados por el Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa y duran cinco años en el cargo si conservan su idoneidad física, intelectual y ética y el buen desempeño de sus funciones, pueden ser nuevamente designados por un solo periodo consecutivo

46. <https://mpa.santafe.gov.ar/institucional/content/3>

47. Guillermo Camporini; "Una eventual reforma de la Constitución Provincial y el Ministerio Público", ob.cit.

y cesan de pleno derecho en sus cargos al cumplir setenta y cinco años de edad (art. 135). Son removidos por la Asamblea Legislativa con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, por las causales de mal desempeño de sus funciones o comisión de delito doloso, mediante procedimiento acusatorio y público y garantiza el derecho de defensa (art. 136). Además, los fiscales y defensores gozan de inamovilidad mientras conserven su idoneidad física, intelectual y ética y el buen desempeño de sus funciones y perciben por sus servicios una retribución equiparable a la de los miembros del Poder Judicial, que no puede ser suspendida ni disminuida sino por leyes de carácter general y transitorio, extensivas a todos los poderes del Estado (art. 137). Los demás integrantes del Ministerio Público se designan por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa pero con la intervención previa del Consejo de Selección del Poder Judicial y del Ministerio Público, cuya función es organizar un procedimiento de selección transparente, público y con participación ciudadana, orientado a garantizar la idoneidad técnica, ética y funcional y la acreditación de los conocimientos, las competencias para el desempeño del cargo y el compromiso democrático de sus postulantes (art. 138). Dicho Consejo de Selección es un órgano técnico en el ámbito del Poder Ejecutivo (art. 139).

E. Párrafo aparte merece la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en 1996⁴⁸ que contiene una sección especial referida a derechos, garantías y políticas especiales (Libro Segundo), y dispone a modo de principio general que *“rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”*, agrega la interpretación de buena fe de estos instrumentos jurídicos, y que *“los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”* (art.10).

En particular en el título quinto referido al Poder Judicial en el art. 107 dispone que dicho Poder lo integra: el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público. En este sentido, los jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos mientras

⁴⁸. Ver sobre esta Constitución a María Angélica Gelli; “La Constitución estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en Mario A.R. Midón (director); “Constituciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires Comentadas”; ob.cit.; págs. 75 y ss. Ver también de Alberto R. Dalla Vía; “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Ed. de Belgrano, Bs.As.; 1996; Andrés Gil Domínguez; “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un recorrido crítico”, Ed. Eudeba, Bs.As.; 1997. Marcela Basterra directora, y otros; “La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Edición Comentada, Editorial Jusbaire - Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura, 2016.

ture su buena conducta y reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Pagan los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan (art. 110). Por su parte, el capítulo sexto se refiere especialmente al Ministerio Público diciendo que tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial. Está a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor o Defensora General y un Asesor o Asesora General de Incapaces, quienes ejercen sus funciones ante el Tribunal Superior de Justicia, y por los demás funcionarios que de ellos dependen (art. 124). Además se dispone que son designados y removidos en la misma forma y con los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Superior de Justicia, es decir, por el Jefe de Gobierno con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública especialmente convocada al efecto y sólo son removidos por juicio político (art. 111). Cabe destacar como nota distintiva que duran en su función siete años, pudiendo ser reelegidos con intervalo de un período completo (art. 125).

Los restantes funcionarios del Ministerio Público que actúen ante otros tribunales son designados de la misma forma que los jueces, es decir, son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuesta del Consejo de la Magistratura (art. 118), gozan de idénticas inmunidades, tienen iguales limitaciones y son removidos por el Jurado de Enjuiciamiento (art. 126).

Por su parte, la ley P- 1903, orgánica del Ministerio Público reitera que integra el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dotado de autonomía funcional y autarquía, cuya función esencial consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (art.1). Reafirma que ejerce sus funciones específicas de modo objetivo con estricta observancia de la legalidad general, en coordinación con las demás autoridades del Poder Judicial y con los restantes poderes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque sin sujeción a directivas, instrucciones ni condiciones que se impartan o establezcan por sujetos ajenos a su estructura (art. 2). Además, el Ministerio Público debe ejercer la defensa del interés social, de modo imparcial, observando los principios de legalidad y unidad de actuación, con plena independencia funcional respecto de los poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El gobierno y administración del Ministerio Público estarán a cargo de sus titulares y de los magistrados que se determinan en la presente ley, con los alcances

y conforme las competencias (art.3).

Es importante la previsión en cuanto a que a los efectos de asegurar su autarquía el Ministerio Público cuenta con crédito presupuestario propio, el que es atendido con cargo a rentas generales y con los recursos específicos que resulten de la Ley de Presupuesto que anualmente dicte la Legislatura. (art. 23).

F. Este grupo de constituciones muestra un avance considerable en regulaciones de gran innovación. Si bien la mayoría continúa concibiendo al Ministerio Público dentro del Poder Judicial, son los textos constitucionales recientes de Santa Fe y Formosa, como el de Jujuy los únicos que hasta el momento contemplan al Ministerio como un órgano independiente de todo otro poder.

En todos los casos se reafirma su independencia y autonomía funcional, además en algunas constituciones se contemplan provisiones presupuestarias propias. Así en La Pampa, se habilita la remisión del proyecto de presupuesto del Ministerio Público para su posterior incorporación al proyecto de presupuesto general del Poder Judicial como asimismo la creación en el ámbito de la Procuración General de una oficina especial para la administración, ejecución y rendición presupuestaria y financiera del presupuesto. En la de Chaco contará con una cuenta especial del presupuesto del Poder Judicial para el mejor cumplimiento de sus funciones. En la de Santiago del Estero, tendrán asignada una partida especial del presupuesto del Poder Judicial para atender los gastos que demande el equipamiento de los órganos, capacitación de sus miembros, el sostenimiento de programas de asistencia y protección a las víctimas, testigos e incapaces, y el debido cumplimiento de sus funciones. También en la de Tucumán tendrá la facultad de proyectar y calcular los recursos, gastos e inversiones anuales, para ello y a los fines presupuestarios constituye una unidad de organización separada dentro del presupuesto del Poder Judicial. Por su parte, en la de Corrientes dispone de recursos dentro del presupuesto general del Poder Judicial, para el mejor cumplimiento de sus funciones, y además contará con un programa propio y una cuenta especial para gastos de funcionamiento, que será administrada por el Fiscal General. En similar sentido, en la de Entre Ríos, el Ministerio Público propone y ejecuta su presupuesto y lo materializa. En la de Salta también tiene atribuciones para proponer y administrar su propio presupuesto, enviándolo al Poder Ejecutivo para su remisión al Poder Legislativo a efecto de su consideración pero es a través del Colegio de Gobierno del Ministerio Público que pone en práctica dicha atribución constitucional. El texto constitucional de Jujuy garantiza

su autonomía funcional, dispone que contará con presupuesto propio de recursos y gasto. Por último, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires señala que a los efectos de asegurar su autarquía el Ministerio Público cuenta con crédito presupuestario propio, el que es atendido con cargo a rentas generales y con los recursos específicos que resulten de la Ley de Presupuesto que anualmente dicte la Legislatura.

Aparecen notas particulares en lo referido a la designación de sus integrantes, así en la constitución del Chaco se dispone que el Procurador General será nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura y los demás miembros de la administración de justicia serán designados por el Superior Tribunal de Justicia a propuesta del mismo Consejo. Por su parte, el texto de Neuquén refiere el fiscal y el defensor ante el Tribunal Superior de Justicia serán designados por la Legislatura, con el voto de los dos tercios (2/3) de los miembros presentes, en sesión pública, a propuesta del Poder Ejecutivo, mientras que los demás fiscales y defensores son designados por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. En el caso del texto de La Rioja, tanto el Fiscal General como el Defensor General y sus respectivos adjuntos son designados por la Cámara de Diputados a propuesta del Gobernador o Gobernadora. Por su parte, la nueva Constitución de Formosa dispone que el Procurador General o Defensor General serán designados por la Legislatura a propuesta del Poder Ejecutivo

Es interesante la exigencia de la Constitución de Neuquén que agrega el deber para quienes integran el Ministerio Público de capacitarse y actualizarse en forma permanente bajo pena de incurrir en causal de mal desempeño. Novedosa es también la cláusula de Jujuy que dispone la consulta a dicho Ministerio en oportunidad de analizarse y debatirse proyectos de ley o reglamentación de su incumbencia. En línea con las innovaciones, en Entre Ríos se crea la figura del fiscal dentro del Ministerio Público que “... *tendrá a su cargo, la investigación y acusación de los hechos de corrupción y otros delitos contra la administración pública*”. En Salta por su parte, es interesante la implementación de un Colegio de Gobierno desempeñado en forma conjunta por el Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, quienes ejercerán las facultades de superintendencia y todas las potestades administrativas, económicas y reglamentarias para el funcionamiento de ese órgano del Estado.

En relación con la duración en el desempeño de la función, en el caso de Salta se dispone que el Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, duran seis años en el cargo pudiendo ser designados nuevamente y son nombrados por el Poder Ejecutivo, previo procedimiento participativo de la ciudadanía establecido por Ley, con acuerdo del Senado prestado en sesión pública. Por su parte, en la Constitución de La Rioja, el Fiscal General como el Defensor General son designados por un período de diez años sin posibilidad de una nueva propuesta de manera consecutiva, ahora bien, para los demás integrantes, cuando sus designaciones fuesen con la intervención del Consejo de la Magistratura también durarán en sus funciones diez años, y un año antes que concluya el período de designación, el Consejo de la Magistratura convocará al miembro del Ministerio Público a un proceso de validación en el cargo por igual período, elevando a la Cámara de Diputados el pliego para su designación. También Santa Fe ha incorporado una cláusula que dispone que el fiscal general y un defensor general son designados por el Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa y duran cinco años en el cargo si conservan su idoneidad física, intelectual y ética y el buen desempeño de sus funciones, pueden ser nuevamente designados por un solo período consecutivo y cesan de pleno derecho en sus cargos al cumplir setenta y cinco años de edad. Por último, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Fiscal General, el Defensor o Defensora General y el Asesor o Asesora General de Incapaces duran siete años, pudiendo ser reelegidos con intervalo de un período completo.

3. APORTES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL

Se ha dicho que el margen de apreciación local es la potestad inherente a la autonomía de los estados locales ejercida en concordancia con los principios de derecho público nacional, para evaluar si una norma o decisión nacional dictada en ejercicio de una competencia i) derivada del orden nacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el local, iii) insuficientemente regulada o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución local⁴⁹.

49. Así lo define Horacio Rosatti, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local. Teoría y praxis judicial”, en “Revista de Derecho Público, Derechos Humanos y nuevas tecnologías”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018/2, pág.664 y sigs.

Supone una herramienta clave para el fortalecimiento del federalismo argentino porque reafirma las diversidades locales, amplía los márgenes para dar cabida a una perspectiva local, geográfica y cultural, sumando multiplicidad de voces diferentes. Ello en los límites que desde el texto constitucional nacional se marcan⁵⁰.

En el caso de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el ejercicio del poder constituyente en cada esfera configura un margen de apreciación local con la adopción por parte de los gobiernos subnacionales de disposiciones locales que responden a la idiosincrasia propia, a las especiales características culturales, sociales, económicas, institucionales de cada comunidad, reafirmando la diversidad que caracteriza a toda federación. Dicho margen de apreciación local en cada constitución provincial va a mostrar ciertas características comunes e importantes diferencias dándole un perfil propio a cada una. Supone el ejercicio particular y único del poder constituyente en los límites impuestos por la federación.

Bien se afirma que la disparidad hace a la esencia del federalismo, que está “... destinada a contemplar disimilitudes geográficas, culturales, de recursos, de tradiciones, de posibilidades e idiosincrasias y de voluntad normativa de los pueblos, que varían de una a otra entidad federativa. No comprender esta perspectiva es, simplemente, un rechazo encubierto al federalismo por medio de un unitarismo subrepticio. Es negar un básico derecho local a ejercitar el margen de apreciación provincial que cualquiera de los estados locales posee para vivir, precisamente, en federalismo y no en unidad de régimen”⁵¹.

En relación con la temática analizada, el relevamiento efectuado de los veintitrés textos constitucionales provinciales vigentes más la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires nos muestran un bagaje muy rico de formulaciones novedosas e innovadoras que van desde modalidades de designación, mandatos limitados hasta formulación de autonomía respecto a los demás órganos del poder y fortalecimiento presupuestario para preservar el cumplimiento independiente de sus funciones.

50. María Gabriela Abalos; El federalismo argentino y la consolidación del margen de apreciación local”, en Gerardo Vega y Pablo Petraglia, coordinadores, “A 30 años de la reforma de la Constitución Nacional”, Ediciones D y D, Universidad Nacional del Noroeste, Buenos Aires; 2024; también “Aproximaciones al margen de apreciación local en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho, abril de 2024, no. 4, Cita Digital: ED-V-DXXVII-539. ISSN 1666-8987.

51. Néstor P. Sagüés, “La tutoría normativa del estado federal sobre las provincias argentinas. Su desborde conceptual, reencuadre y el margen de apreciación provincial”, en El Derecho, tomo 289, 15 de septiembre 2020.

Esta fructífera producción local hace honor a las enseñanzas de Joaquín V. González para quien, las constituciones provinciales debían ser en lo esencial del gobierno, semejantes a la nacional, que confirmen y sancionen sus principios, declaraciones y garantías “... pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquella. Porque la constitución de una provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos”⁵².

52. Joaquín V. González; “Manual de la Constitución Nacional”, Angel Estada y Cía. Editores; Bs.As.; 1897; pág. 707.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

Los dictámenes jurídicos como aplicación de la Constitución: su contribución al derecho y la importancia de la protección de los derechos humanos

Juan Santiago Ylarri

Los dictámenes jurídicos como aplicación de la Constitución: su contribución al derecho y la importancia de la protección de los derechos humanos

por Juan Santiago Ylarri¹

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la contribución de los dictámenes del Ministerio Público en la defensa de la Constitución y la protección de los derechos humanos.

En un primer momento, me referiré al concepto de supremacía constitucional y a la fuerza normativa de la Constitución. Seguidamente, haré alusión a la gran innovación introducida en la reforma respecto de la jerarquía normativa y la incorporación de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

A continuación, analizaré de forma particular una función trascendental que cumple el Ministerio Público a través de sus dictámenes. En efecto, el Ministerio Público opera como un órgano de control que vela por la supremacía constitucional, los derechos humanos y el debido proceso. Haré mención de la regulación de este órgano en el art. 120 de la Constitución nacional y en las leyes 24.946 y 27.148. Seguidamente, me detendré en las nociones de “defensa de la legalidad” y de los “los intereses generales de la sociedad” y me referiré especialmente a la actuación del Ministerio

1. Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid, España). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor de Derecho Constitucional (UBA y UCES). Profesor de posgrado en diversas universidades públicas y privadas. Es investigador y ha publicado dos libros, es co-autor de otro, y autor de más de 70 artículos y capítulos de libros en Argentina y en el exterior. Fue Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Es funcionario en la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Público Fiscal en el proceso contencioso

Finalmente, haré mención al caso de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, y como las normas constitucionales y los tratados de derechos humanos han influido en su función de asesoramiento.

2. CONSTITUCIÓN, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA FUERZA NORMATIVA

La Constitución representa una intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los valores que más desea. Respecto a esta situación, puede encontrarse una buena analogía con la historia de Ulises y las Sirenas que se describe en la Odisea, comparación que originariamente fuera propuesta por Jon Elster². Se ha descrito que Ulises, temiendo el canto de las sirenas que seducían a los marinos llevándolos a la muerte, ordenó que lo ataran al mástil de su barco para protegerse de la tentación. Sus marinos ataron sus oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas, mientras Ulises, atado al mástil escuchó el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, siguiendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus maridos fueron salvadas porque él reconoció su debilidad y se protegió de la misma. En este contexto, refiriéndose a la analogía antes apuntada, Chemerinsky señala que una Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su capacidad de caer presa de debilidades que puedan dañar o socavar valores preciados. La experiencia histórica señala que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Destaca que las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse de sí misma. Ella enumera los valores básicos, como son elecciones regulares, separación de poderes, derechos individuales, igual-

2. ELSTER, Jon, *Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge, Mas., 1984

En esta línea, Alexander Hamilton señala que “la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces”. Por lo tanto, aduce que no es legítimo que los representantes del pueblo violaran “las previsiones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones” ya que “[m]ientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente” (HAMILTON, Alexander – MADISON, James – JAY, John, *El Federalista*, varias ediciones, 1787, N° 78. En el mismo orden de ideas, Tribe señala que la función de una Constitución es restringir las mayorías de hoy (TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3° ed, Foundation Press, New York, 2000, vol. I, págs. 18-24).

dad y hace que el cambio o la fractura de ellos sea muy difícil³.

La primera Constitución escrita fue la de Estados Unidos de 1787. Así, Thomas Jefferson en una carta dirigida a Edward Rutledge el 18 de julio de 1788, firmante también de la Declaración de la Independencia, afirmaba que “[p]odemos ciertamente jactarnos de haberle dado al mundo un hermoso ejemplo de reforma de un gobierno por la sola razón, sin derramamiento de sangre”⁴. Este “hermoso ejemplo” llegó años después a Europa. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo 16 se establecía que “[t]oda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Sin embargo, cabe señalar que las constituciones europeas –la primera fue la francesa de 1791– aparecieron como meros documentos políticos –a diferencia de lo que ocurría en Estados Unidos– y no como genuinas normas jurídicas, es decir, que no eran impuestas jurisdiccionalmente, ya que sus principios y reglas carecían de esa garantía judicial indispensable para posibilitar su efectividad⁵.

En este marco, cabe recordar que la Constitución es jurídica, es normativa, de la que se desprende la llamada “fuerza normativa”. Como señala Bidart Campos, “la Constitución posee en sí misma fuerza o vigor normativos, lo que significa que es exigible, obligatoria, aplicable y vinculante. Y lo es para todos, para los gobernantes y para los particulares”⁶. En esta línea, el autor citado destaca que la Constitución como orden jurídico de base se establece para ser cumplida, tanto en lo que prohíbe, como en lo que manda hacer y en lo que permite y habilita. Todo ello en modo comprensivo y abarcativo de sus principios, sus declaraciones y sus valores. De esta forma, en relación con la supremacía constitucional, señala que ésta no sólo implica que la Constitución se sitúa en la cúspide de la pirámide jurídica, por lo que los planos que son inferiores están subordinados a ella, sino que ese “estar en el vértice” apareja necesariamente que la norma fundamental esté dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y la obligación, para los

3. CHERMERINSKY, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, 5º ed, Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2015, págs. 32-33.

4. JEFFERSON, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 474, citado por BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La construcción de la libertad*, Alianza, Madrid, 2010, pág. 89.

5. En Francia existía una soberanía de hecho del órgano legislativo, quien a través del mecanismo del “référé législatif” tenía la facultad para interpretar en última instancia el texto oscuro de la ley (Blanco Valdés, Roberto L., *La construcción... cit.*, págs. 101-104). En esta línea, cabe recordar que, respecto al derecho inglés William Blackstone señalaba que “the power of parliament is absolute and without control” (*Commentaries on the Laws of England*, varias ediciones, 1765-1769, Libro I, capítulo 2).

6. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I, pág. 276.

gobernantes y los particulares en sus relaciones privadas, de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia y no violarla, sea por acción u omisión⁷.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional de 1994 ha clarificado la cuestión de la jerarquía normativa y, en particular, ha establecido grandes cambios con relación a la ubicación de los tratados de derechos humanos en la “pirámide normativa”.

Las únicas normas constitucionales que regulaban la cuestión, con carácter previo a la reforma de 1994, eran los arts. 31 y 27 de la Constitución y también el art. 28.

Así, el art. 31 establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales (...)”. Es decir, que de la lectura literal del texto, no se distingue una primacía entre unas y otras.

Sin embargo, del art. 28 de la Constitución –que establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, se desprende claramente que una ley emanada del Congreso de la Nación no puede alterar el contenido del texto constitucional.

A su turno, el art. 27 de la Constitución estipula que el Gobierno federal “está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, de lo cual se desprende la primacía de la Constitución por sobre los tratados.

En un primer momento, la Corte Suprema entendió que el art. 31 de la Constitución no permitía hacer prevalecer un tratado sobre una ley o viceversa⁸.

7. BIDART CAMPOS, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 88-92.

8. CSJN, “Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración Gral. de Puertos”, 6/11/1963, Fallos: 257:99.

Mucho tiempo después, en un caso donde se debatía la operatividad del derecho a réplica consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, abandonando un precedente anterior⁹, en el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”¹⁰, de 1992, la Corte Suprema argentina entendió que el mencionado derecho era operativo, y recordó que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, se encontraba en vigor para la Argentina desde el año 1980, y resaltó que esa prioridad de rango integraba el ordenamiento jurídico argentino.

Sin embargo, un año después, en el precedente “Fibraca”¹¹, en el cual se había planteado la posibilidad de revisión por parte del máximo tribunal de lo decidido por un tribunal arbitral, o bien, si aquel tenía inmunidad de jurisdicción, la Corte Suprema, resolviendo a favor de la segunda, luego de citar el art. 27 de la Convención de Viena, indicó que “la necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”. Es decir, que la Corte Suprema supeditó la primacía de los tratados, a la previa evaluación de que no se afecten los principios de derecho público, conforme lo establece el art. 27 de la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 introdujo una modificación sustancial en el tema. Es de particular importancia el art. 75, inc. 22. En lo que aquí importa, por un lado, dejó zanjada la cuestión relativa a la jerarquía normativa de los tratados y las leyes. Así, dispuso expresamente que “[l]os tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

A continuación, enumeró una serie de tratados de derechos humanos y estableció que “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”.

Además, estableció un procedimiento para que, en el futuro, se pueda otorgar jerar-

9. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo”, 1/12/1988, Fallos: 311:2497.

10. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 7/7/1992, Fallos: 315:1492.

11. CSJN, “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, 7/7/1993, Fallos: 316:1669.

quía constitucional a otros instrumentos de derechos humanos: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”¹².

Con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema, en el caso “Cafés La Virginia”¹³, reafirmó la doctrina del precedente “Fibraca”, antes citado.

Por otro lado, los alcances del art. 75, inc. 22 de la Constitución fueron aclarados por la Corte Suprema en pronunciamientos posteriores.

Así, en relación con la expresión “en las condiciones de su vigencia”, en el caso “Giroldi”¹⁴ de 1995 –en el cual se debatía el derecho a la doble instancia en materia penal– el Máximo Tribunal aclaró que significa “tal como la Convención citada [la Convención Americana de Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. En este contexto, adujo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía “servir de guía” para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia del tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana¹⁵.

El significado de la expresión “en las condiciones de su vigencia”, fue reafirmado en el caso “Bramajo”¹⁶, de 1996, en el cual se debatía la extensión en el tiempo de una prisión preventiva. Además, en este caso, la Corte Suprema no solo se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino que también indicó que “la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la

12. En efecto, con posterioridad se le otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ver leyes 24.556 –B.O. 18/10/1995– y 24.820 –29/5/1997–), a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ver leyes 24.584 –B.O. 29/11/1995– y 25.778 –3/9/2003–), a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ver leyes 26.378 –B.O. 9/6/2008– y 27.044 –B.O. 22/12/2014–) y a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ver leyes 27.360 –31/5/2017– y 27.700 –B.O. 30/11/2022).

13. CSJN, “Cafés La Virginia S. A.”, 13/10/1994, Fallos: 317:1282.

14. CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, 7/4/1995, Fallos: 318:514.

15. Considerando 13.

16. CSJN, “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación causa n° 44891”, 12/9/1996, Fallos: 319:1840.

interpretación de los preceptos convencionales”¹⁷.

Con posterioridad, la Corte Suprema se ha expedido sobre la cuestión en numerosos precedentes¹⁸.

4. LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSA DE LA LEGALIDAD Y DE LOS INTERESES GENERALES DE LA SOCIEDAD

En este contexto, cabe referirse a la trascendental función que tiene el Ministerio Público a través de sus dictámenes de velar por la defensa de la Constitución y de los derechos humanos.

En un primer momento, quiero destacar especialmente la regulación constitucional y legal sobre la cuestión. Seguidamente, me detendré en las nociones de “defensa de la legalidad” y de los “los intereses generales de la sociedad”. Finalmente, haré mención especialmente a la actuación del Ministerio Público Fiscal en el proceso contencioso.

a. El art. 120 de la Constitución nacional

En este sentido, cabe recordar que el Ministerio Público se encuentra regulado en el art. 120 de la Constitución nacional, el cual establece que “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”¹⁹.

La reforma constitucional supuso un cambio muy trascendente respecto del rol del Ministerio Público en tanto quedaron perfectamente separados los roles de la defensa jurídica y fiscal de Estado, la defensa del interés público y social y el aseso-

17. Considerando 8.

18. Sobre la cuestión, ver el trabajo de mi autoría “Hacia un diálogo razonado y prudente entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema argentina. Comentarios al caso ‘Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto’ de la CSJN”, en CARRANZA, Gonzalo (coord.), El retorno del pensamiento constitucional. La nueva doctrina de la Corte Suprema de Argentina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, págs. 43-88.

19. En cuanto a las características del órgano según la norma constitucional, ver GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 5° ed. Ampliada y actualizada, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2018, t. II, págs. 691-708.

ramiento jurídico del Poder Ejecutivo²⁰. En efecto, el Ministerio Público, que estuvo destinado en épocas pretéritas a sostener los intereses del Poder Ejecutivo, hoy está pensado para tutelar valores comunitarios y sociales distintos a los específicos del jefe de Estado o jefe de Gobierno, como los principios de legalidad, orden público y supremacía constitucional²¹.

La manda constitucional de promoción de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad permite inferir que la intervención del ministerio público en el proceso aparece justificada en aquellos supuestos en los que la naturaleza de la relación ventilada en juicio versa sobre derechos indisponibles para las partes, por encontrarse involucrado el interés público²².

Así, el Ministerio Público es un órgano de control por excelencia, en tanto vela por la supremacía constitucional, los derechos humanos y el debido proceso²³.

b. Ley 24.946 —Ley Orgánica del Ministerio Público—

A su vez, cabe destacar las previsiones de la ley 24.946²⁴ —Ley Orgánica del Ministerio Público— y de la ley 27.148²⁵ —Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal—.

La ley 24.946 determina que 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 y de los intereses generales de la sociedad”²⁶.

20. VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Hay que comprender qué es y para qué vale el ‘Ministerio Público’”, *La Ley*, t. 2016-F, págs. 1174-1182.

21. SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pág. 192.

Sobre la historia del Ministerio Público, ver CORVA, María A., “La evolución histórica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires”, CONTE-GRAND, Julio M. – RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Dirs.), *Perspectivas constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio Público. En el derecho argentino y comparado*, Abaco, Buenos Aires, 2023, págs. 65-81.

22. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público contencioso-administrativo federal”, *CIJur* (Centro de Información Jurídica), Doctrina, 22/11/2019 (disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14873>. Consulta el 4/7/2025).

23. SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, págs. 431-432 y 448.

24. B.O. 23/3/1998.

25. B.O. 18/6/2015.

26. Art. 1, primer párrafo, de la ley 24.946.

A su vez, en lo que aquí interesa, la norma precisa que corresponde al Ministerio Público promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; y velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República²⁷.

En cuanto al carácter de los dictámenes, la ley estipula que los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público “deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso”. Sin perjuicio de la obligación de los jueces de considerar los dictámenes —como precisaremos más adelante— cabe indicar que los mismos no son vinculantes y tampoco pueden ser impugnados por las partes.

Por otro lado, en lo que compete al derecho administrativo, los fiscales ante la justicia de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo tienen, entre otros deberes y atribuciones, la de intervenir “en las cuestiones de competencia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público” y hacerse parte “en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación”²⁸.

Del mismo modo, los fiscales generales de segunda instancia desempeñan en el ámbito de su competencia las funciones que esta ley confiere a los fiscales ante la primera instancia²⁹.

Por su parte, el Procurador General de la Nación, que es el Jefe máximo del Ministerio Público Fiscal³⁰, dictamina en las causas que tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y se expide en todo lo concerniente a los intereses que el Ministerio Público tutela³¹.

27. Art. 25, incs. a), b) y g), respectivamente, de la ley 24.946.

28. Art. 41, incs. c) y a), respectivamente, de la ley 24.946.

29. Art. 37, inc. b) de la ley 24.946.

30. Art. 33 de la ley 24.946.

31. Art. 33, inc. a), apartado 5 de la ley 24.946.

c. Ley 27.148 –Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal–.

En otro orden de ideas, cabe referirse específicamente a las previsiones de la ley 27.148 –Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal–. Se ha dicho que con la sanción de esta ley se produce un verdadero quiebre en relación a la función del Ministerio Público en materia no penal, la que adquiere una nueva dimensión con especificidad propia, delineada, trascendente³².

En lo que respecta a su misión general, la ley determina que el Ministerio Público Fiscal “es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y 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 procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”³³.

Así las cosas, en un artículo específico, la norma detalla las funciones del Ministerio Público Fiscal en lo que respecta a la defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad. Establece que para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, el Ministerio Público Fiscal de la Nación deberá dictaminar “en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será determinado por el Procurador General de la Nación a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa”³⁴.

A su vez, cabe destacar que uno de los principios funcionales del Ministerio Público Fiscal es el “respeto por los derechos humanos”. La ley precisa que el órgano

32. SAPPA, José R., “Límites del control judicial de la administración. Rol del Ministerio Público”, en CONTE-GRAND, Julio M. – RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Dirs.), *Perspectivas constitucionales...*, cit., pág. 139-140.

33. Art. 1 de la ley 27.148.

Con acierto, Canda apunta que la redacción es reiteración casi textual de la previsión constitucional, pero la diferencia radica en la inclusión de la conjunción “y”, que no aparece en el art. 120 de la Constitución nacional. Sostiene que el texto legal contribuye a clarificar que la función del fiscal no se agota en la defensa de la legalidad en el proceso, sino que también le asiste legitimación para la defensa de los intereses generales de la sociedad, allí donde éstos se encuentren comprometidos y la ley autorice dicha actuación (CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.).

34. Art. 2, inc. a) de la ley 27.148.

desarrollará su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia³⁵.

En cuanto a la actuación en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en particular, en lo Contencioso Administrativo Federal, los fiscales generales con competencia en estos asuntos tienen como función velar por el debido proceso legal; por la observancia de la Constitución nacional; e intervenir en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público³⁶.

d. Las funciones del Ministerio Público: la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad

Habiendo efectuado una breve reseña del marco normativo, constitucional y legal del ministerio público, cabe poner de relieve que la cuestión del interés general es una cuestión crucial del Derecho Administrativo que afecta, como pocas, a las actuaciones profesionales de los miembros del ministerio público en cualquier Estado social y democrático de Derecho³⁷. Así las cosas, cabe señalar que la doctrina ha destacado que, en todos los asesoramientos, el rol del Ministerio Público tiende a la protección de los derechos de las personas y el interés público, esto es, la defensa de los intereses de la sociedad y la búsqueda de un eficaz equilibrio en la prestación de la justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales³⁸.

Ahora bien, cabe precisar los conceptos de “defensa de la legalidad” y de “intereses generales de la sociedad”.

35. Art. 9, inc. c) de la ley 27.148.

Los otros principios funcionales detallados en la norma son los siguientes: unidad de actuación, organización dinámica, objetividad, gestión de los conflictos, orientación a la víctima, accesibilidad y gratuidad, eficiencia y desformalización, transparencia y responsabilidad.

36. Art. 31 incs. a), b) y e), respectivamente, de la ley 27.148.

37. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “La defensa del interés general en las actuaciones del ministerio público”, en CONTE-GRAND, Julio M. – RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Dirs.), *Perspectivas constitucionales...*, cit., págs. 109-132.

38. CONTE-GRAND, Julio, “El bien común como causa-fin del Estado en la filosofía aristotélico-tomista. Las competencias del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires como instrumento al servicio del Bien Común y del Interés Público”, en CONTE-GRAND, Julio M. – RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Dirs.), *Perspectivas constitucionales...*, cit., págs. 31-63.

Las atribuciones propias en defensa de la legalidad que tiene el Ministerio Público, según el diseño del art. 120 de la Constitución, implica que ejerce esta defensa en todo tipo de proceso judicial, que incluye la actuación en casos en que se cuestiona la constitucionalidad de leyes y decretos³⁹.

A su vez, como ha señalado la doctrina la “defensa de la legalidad” implica que el fiscal debe velar tanto por la “faz sustantiva”, es decir, la observancia del “bloque de juridicidad” (Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos) como por la “faz adjetiva” de aquel principio, esto es, por el respeto al debido proceso legal, el cual se desprende de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En efecto, la “legalidad” junto con la “razonabilidad” son componentes de un principio que incardina la actividad estatal toda: el principio de legitimidad. Ese velar por la legalidad implica, en primer lugar, el afianzamiento de la legalidad constitucional o supremacía de la Constitución. De este modo, el interés público por el que debe velar el fiscal en el proceso se integra tanto con el aseguramiento de la juridicidad como con la garantía del debido proceso⁴⁰.

En cuanto a la tutela de los “intereses generales de la sociedad”, esta noción es un concepto jurídico indeterminado⁴¹ relacionado con otros, como “interés público”, “bien común” u “orden público”. Así, el concepto de interés público o general ha sido entendido como equivalente al de “bien común”⁴², habida cuenta que el interés público al cual normalmente hace alusión la doctrina no puede ser sino el “bienestar general” mencionado en el Preámbulo de la Constitución nacional⁴³.

e. La intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo

Finalmente, quiero hacer referencia de modo particular a la intervención en el proceso contencioso administrativo.

39. GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina..., cit., t. II, pág. 694.

40. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit. A su vez, el autor precisa que al interés público comprometido en la concreta realización del debido proceso, que como desprendimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio y con alcance general a todo tipo de proceso (y no sólo al penal), dimana del art. 18 de la Constitución nacional.

41. En cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Curso de derecho administrativo, 16ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pág. 497 y ss.

42. Respecto de este concepto, ver el trabajo de Santiago, Alfonso, Bien común y derecho constitucional. El personismo solidario como techo ideológico del sistema político, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2002.

43. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

La intervención fiscal se da a través de un dictamen. Como explica Canda, así como el acto administrativo constituye el producto típico resultante del ejercicio de la función administrativa, la ley de la función legislativa y la sentencia de la función judicial, el dictamen lo es en relación con la función del fiscal en el proceso⁴⁴.

Los dictámenes emitidos en el marco del proceso contencioso administrativo no resultan de seguimiento obligatorio para el juez, ni producen efectos jurídicos directos sobre las partes en el proceso, ya que se trata de una opinión del Ministerio Público Fiscal sobre un determinado asunto. De este modo, por un lado, cabe precisar que no son vinculantes⁴⁵. Es por ello que no constituyen actos procesales pasibles de ser atacados por medio impugnatorio alguno, pues, más allá de la conformidad o no de las partes respecto del dictamen fiscal, éste no es idóneo para incidir –en el proceso contencioso– en la esfera de derechos e intereses de aquéllos⁴⁶.

Ahora bien, el Ministerio Público Fiscal se vale del proceso judicial administrativo para conferirle un significado a los valores públicos contenidos en nuestra norma fundamental. Así, a lo largo del proceso contencioso tendrá lugar la intervención del fiscal de primera instancia, sin perjuicio de la intervención que, en su oportunidad, competa al Fiscal General en la segunda instancia o al Procurador General (o Procurador Fiscal) ante la Corte⁴⁷.

Por ello, las intervenciones del Ministerio Público en el proceso se justifican por el interés público comprometido en la relación jurídica de fondo y/o por la faz pública del proceso en sí. Este proceso, en determinados aspectos, excluye de la disponibilidad de las partes cuestiones tales como la determinación del juez que deberá entender en razón de la materia, tiempo, territorio y grado; su aptitud jurisdiccional para intervenir (vgr. control de la habilitación de la instancia); etc.⁴⁸

44. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

45. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit., con cita en el siguiente precedente: CNCAF, Sala III, “Stutz”, causa 5104/2004, del 18/4/2005.

De este modo, en caso de que un tribunal se expida en la misma línea que lo propuesto por el fiscal se suele indicar que se falla “de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General”. Por el contrario, en caso de adoptar una postura distinta, se suele consignar en la sentencia “oído el Fiscal General”.

46. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

47. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

48. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

Pero una función trascendente está dada por la intervención fiscal respecto de la invalidez constitucional de normas o actos de la Administración. Del mandato constitucional de “defender la legalidad” se deriva el mandato legal de “velar por la observancia de la Constitución Nacional”⁴⁹. Esto se concreta en la intervención del Ministerio Público Fiscal ante planteos de inconstitucionalidad de las normas o actos estatales. El tribunal debe dar vista al fiscal, quien emitirá opinión respecto de la alegada violación al orden constitucional. Se ha puntualizado que, al dictaminar sobre el planteo de inconstitucionalidad, el fiscal debe verificar también si dicho planteo fue sustanciado, pues de no haberse dado traslado a la contraparte se vería vulnerado su derecho de defensa⁵⁰. Se ha señalado también que aún de oficio, es decir, sin que lo hayan planteado las partes, el fiscal debe observar toda vulneración al ordenamiento jurídico que en el plano procesal o sustantivo se advierta, sea en la tramitación del proceso, sea en la valoración de los actos y normas que resulte necesario evaluar para resolver la cuestión de fondo⁵¹.

5. EL CASO DE LOS DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, cabe destacar que el resguardo del interés público o interés social, no es privativo del Ministerio Público Fiscal. En efecto, estos deben ser objeto de la función administrativa y por lo tanto la finalidad de todo el accionar del Estado⁵².

En este contexto, creo oportuno mencionar el supuesto de los dictámenes de la PTN para mostrar cómo ha ponderado especialmente el texto de la norma fundamental y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional al asesorar al Presidente y a toda la Administración Pública⁵³.

49. Cfr. art. 31 inc. b) de la ley 27.148.

50. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

51. CANDA, Fabián, “El Ministerio Público...”, cit.

52. Ver al respecto SAPPÁ, José R., “Límites del control judicial...”, cit., pág. 140.

53. Esta última cuestión la he desarrollado también en “Los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación y la aplicación de la Constitución y de los tratados de derechos humanos”, Rubinzal Culzoni, Doctrina, 2024, RC D 623/2024.

El Procurador del Tesoro depende directamente del Presidente de la Nación y, en su carácter de director general del Cuerpo de Abogados del Estado, tiene a su cargo –entre otras funciones– el asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración⁵⁴. Así las cosas, la PTN ha sostenido que una de sus funciones es asesorar respecto de la legalidad y constitucionalidad de las normas en los casos concretos de aplicación⁵⁵.

En este marco, cabe recordar que la responsabilidad primaria de la Dirección Nacional de Dictámenes de la PTN es “asistir al Procurador del Tesoro de la Nación en el asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo Nacional y demás organismos y entidades que integran el Sector Público Nacional y en la política de determinación de los criterios del órgano Rector en materia de interpretación y aplicación normativa, obligatorios para todos los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, proveyendo a la aplicación efectiva y uniforme del ordenamiento jurídico”⁵⁶.

En este contexto, creo que ha sido un acierto de la ley de “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” 27.742⁵⁷ la modificación introducida en la ley 19.549⁵⁸, y reconocer a la juridicidad como principio fundamental del procedimiento administrativo. De este modo, la PTN en sus dictámenes debe velar por que la Administración cumpla con el ordenamiento jurídico, en primer lugar, la Constitución, así como los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema, en el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional⁵⁹.

54. PTN, Dictámenes 242:250.

55. PTN, Dictámenes 214:397; 229:1. Con cita de los arts. 1º y 5º, inc. c) de la ley 12.954; art. 1º, inc. a) del decreto 34.952/47 y del decreto 2358/93.

56. Cfr. Decreto 1486/11 (B.O. 27/9/2011).

57. B.O. 8/7/2024.

58. B.O. 27/4/1972.

59. CSJN, “Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios”, 18/11/2021, Fallos: 344:3476, voto de los doctores Rosatti y Maqueda, considerando 7; “Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 20/9/2022, Fallos: 345:951, voto del doctor Rosatti, considerando 10; y “Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad”, 2/7/2024, Fallos: 347:653, voto del doctor Rosatti, considerando 6. Los precedentes citan los artículos 1, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

Del mismo modo, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha señalado que el principio de legalidad —o juridicidad— impone que el obrar de la Administración Pública se encuentre incondicionalmente sujeto al ordenamiento jurídico, no sólo comprensivo de la ley en sentido estricto, sino de todo el sistema jurídico⁶⁰.

Así las cosas, teniendo en cuenta la existencia, a partir de la reforma, de una “Constitución convencionalizada”, al decir de Sagüés⁶¹, la PTN ha señalado que el Poder Ejecutivo está también obligado respecto de la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho⁶². Con ello ha querido significar que el ordenamiento jurídico no es, en el procedimiento administrativo, un valor disponible o renunciable por la Administración⁶³. En la misma línea, la PTN ha sostenido que “el Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan”⁶⁴.

Asimismo, la PTN ha recordado que el principio de juridicidad mencionado, que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, exige asimismo el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad⁶⁵.

De este modo, la PTN en numerosas ocasiones ha dictaminado valorando especialmente la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por ejemplo, en ocasión de expedirse respecto del Estatuto del Personal del Banco Central de la República Argentina, consideró que aquel era inconstitucional toda

60. CNContAdmFed, Sala III, “Dugo, Mónica Viviana c/ Universidad de Buenos Aires s/ Empleo Público”, causa CNT 12.021/2021, del 6/8/2024; “Sindtec SA (TF 30396-A) c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo”, causa 30.434/2023, del 20/8/2024.

61. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 24, 2015, págs. 133-142.

62. PTN, Dictámenes 128:526; 231:323.

63. PTN, Dictámenes 231:323.

64. PTN, Dictámenes 253:513; 247:311; y 121:350 (este último, con cita en Dictámenes 79:77; 83:180; 84:92; 85:135 y 106:264).

65. PTN, Dictámenes 248:546; 245:508. Los dictámenes citan el trabajo de COMADIRA, Julio Rodolfo, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, *El Derecho*, t. 186, pág. 601.

vez que –expresa el propio dictamen– posibilitaba “una suerte de ingreso al cargo público por ‘herencia’, mecanismo propio de las monarquías y que, en el feudalismo, resultaba una práctica corriente para ciertos nombramientos”. Por lo tanto, consideró que aquella previsión integraba “el género de categoría sospechosa por contravenir, sin interés estatal urgente, la garantía de igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre Derechos Humanos incorporadas a nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22)”⁶⁶.

A su vez, en otro caso consideró que debía otorgarse un beneficio de pensión. Al respecto, teniendo en cuenta el mandato constitucional que garantiza la protección integral de la familia (art. 14 bis), y sobre la base de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, afirmó que las disposiciones de las leyes previsionales debían interpretarse conforme a la finalidad esencial que con ellas se persigue, la cual es la de cubrir riesgos de subsistencia⁶⁷. En otro supuesto, se expidió sobre el modo en que debía distribuirse una pensión. Así, en relación con los incisos 19 y 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional –que le impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso con justicia social promoviendo medidas de acción positiva–, enfatizó –con cita de la Corte Suprema– que se debe garantizar el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular a los ancianos, por lo que se descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos⁶⁸.

Asimismo, se expidió en un caso donde un integrante del Ejército Argentino había sufrido un accidente en el Batallón de la Fuerza de Protección de Naciones Unidas, en Croacia. La PTN consideró que debía admitirse el reclamo de daños y perjuicios. En el caso, ponderó que la cuestión debía resolverse dando prioridad a las normas internacionales implicadas, las que revestían el carácter de supralegales, de conformidad con el art. 75, incs. 22 y 24 de la Constitución. A su vez, indicó que la directiva constitucional de promover medidas positivas en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 23, CN), a las que asignaba no sólo un sentido compensatorio sino proactivo y

66. PTN, Dictámenes 305:12. Con posterioridad, en Dictámenes 320:807, se consideró que la exclusión del beneficio mencionado del Estatuto del Personal, no podía resultar jurídicamente idónea para privar de sus efectos al art. 59 del Convenio Colectivo de Trabajo 18/75, que contemplaba dicho beneficio. Finalmente, mediante el decreto 959/24 (B.O. 28/10/2024) se dispuso que “[n]o se admitirá para acceder a un empleo en el ámbito del Sector Público Nacional en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156 ningún privilegio, ventaja o beneficio sustentado en vínculos hereditarios, cualquiera sea la modalidad de contratación” (art. 1°).

67. PTN, Dictámenes 274:136.

68. PTN, Dictámenes 267:131.

amplio, y predicable respecto de todos los órganos que titularizan las funciones del poder, se erigía en una pauta útil de interpretación de toda disposición normativa⁶⁹.

En otro caso, sostuvo que debía reincorporarse al servicio efectivo a una agente de la Policía Federal Argentina. Para opinar de ese modo, tuvo en cuenta que la regla básica de toda interpretación que involucre derechos subjetivos es la consagrada en el art. 33 de la Constitución, en cuanto afirma que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. Al mismo tiempo, para decidir tuvo en cuenta lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁰.

También, en otros supuestos se ha referido a la interpretación dinámica de la Constitución, conforme a la cual el intérprete debe efectuar toda exégesis normativa privilegiando la adaptación continua del texto constitucional a la evolución y cambios que experimenta la vida social⁷¹.

En otras oportunidades, tuvo en cuenta que en el campo de los Derechos Humanos rige el denominado principio *pro homine* o *pro persona* en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Preciso que este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre⁷².

69. PTN, Dictámenes 247:311.

70. PTN, Dictámenes 294:36.

71. PTN, Dictámenes 294:36; 295:96.

72. PTN, Dictámenes 309:253; 319:264; 326:228. Los dictámenes citan a PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín (comp.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, vol. I, págs. 163-172. Ver, también Dictámenes 321:122.

Finalmente, cabe destacar un dictamen más reciente⁷³, en el cual la PTN se expidió en relación con la aplicación del artículo 82 de la ley 19.101⁷⁴ que establece los requisitos para el derecho a pensión de los familiares del personal militar. En ese contexto, puso de relieve la existencia de un trato desigualitario entre varones y mujeres en el otorgamiento de una pensión. De este modo, el Procurador del Tesoro, con cita de un dictamen de Marienhoff, del 25 enero de 1963⁷⁵, afirmó que “el Poder Ejecutivo Nacional, y con él toda la organización que se le subordina, debe abstenerse de aplicar la norma que considere inconstitucional (Dictámenes 84:102), siempre que sea posible una solución al caso con la aplicación de otra normativa, en forma directa o analógica”⁷⁶. Para decidir de ese modo, tuvo en cuenta, en el plano normativo, la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. A su vez, en el plano hermenéutico, tuvo en consideración la jurisprudencia de la Corte Suprema, el principio *pro homine*, las pautas aplicables en materia previsional, el principio de juridicidad y, por último, la consideración del Estado Nacional como persona ética por excelencia.

6. CONCLUSIONES

En el presente trabajo me he propuesto analizar la contribución de los dictámenes del Ministerio Público en la defensa de la Constitución y la protección de los derechos humanos.

En efecto, la reforma constitucional, por un lado, ha efectuado un gran cambio en lo que respecta a la jerarquía normativa y ha otorgado jerarquía constitucional a numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. A su vez, ha dado reconocimiento constitucional al Ministerio Público.

73. PTN, Dictámenes 331:110.

74. B.O. 19/7/1971.

75. PTN, Dictámenes 84:102. En aquel dictamen, Marienhoff sostuvo que “corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, si puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no le hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art.31 de la Constitución Nacional”.

76. Sobre la cuestión, ver ALDERETE, Manuel, “El control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de la Administración pública para el reconocimiento de derechos de la persona”, Revista Jurídica Austral, N° 5 (1), 2024, págs. 411-442.

En este marco, luego de analizar el marco constitucional y legal del Ministerio Público, he profundizado en la labor de este órgano constitucional en el control de legalidad a través de sus dictámenes. En efecto, en virtud del mandato constitucional, el Ministerio Público se erige como defensor de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. La reforma constitucional de 1994 supuso un cambio trascendente en el rol del Ministerio Público, el cual se posiciona como un órgano de control en defensa de la legalidad, la cual abarca tanto la faz sustantiva como adjetiva. Y si bien los dictámenes no son vinculantes para los jueces, éstos tienen la obligación de considerarlos en sus decisiones. En este sentido, una de las intervenciones fundamentales del Ministerio Público es en los planteos de inconstitucionalidad de normas o actos de la Administración, derivado de su mandato de “velar por la observancia de la Constitución Nacional”.

A su vez, he analizado que la PTN, a través de sus dictámenes, asesora respecto de la legalidad y constitucionalidad de las normas en los casos concretos de aplicación. Así, pudo verse como en numerosos dictámenes la PTN ha velado para que el Poder Ejecutivo y toda la Administración Pública cumplan con la juridicidad. Este principio fundamental no se encuentra ceñido a la simple legalidad, sino que también engloba a la Constitución y a los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En síntesis, el Ministerio Público desempeña un papel trascendental al velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, garantizando la legalidad y el debido proceso en los pleitos que tramitan en el Poder Judicial.





TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional de las Políticas públicas y las funciones del Ministerio Público

Alfonso Santiago

El Derecho Constitucional de las Políticas públicas y las funciones del Ministerio Público

Por Alfonso Santiago¹

PRESENTACIÓN

El concepto de políticas públicas ha irrumpido en el escenario académico de nuestros días y hoy ocupa un lugar destacado en la ciencia política, la administración pública, la economía, la sociología y la comunicación. Sin embargo, parecería que la ciencia jurídica, en particular el derecho público, no le ha prestado aún la debida atención que merece.

El objetivo de estas líneas es hacer unas reflexiones acerca de cómo este concepto, este término y su respectiva realidad pueden ser recibidos en el ámbito del derecho constitucional² y analizar cómo se relacionan con las funciones que el art. 120 de la CN encomienda al Ministerio Público, en particular en lo que se refiere a la “defensa de los intereses de la sociedad”.

1. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Desde su irrupción en el escenario académico en la década de 1960³ el concepto de políticas públicas ha pasado a ocupar un lugar destacado en la ciencia política, la ad-

1. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, de la que ha sido Vicedecano (1991-1999). Ha sido Vicerrector de Asuntos Académicos de la Universidad Austral (2011-2014). Actualmente es Director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral. Es miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Es miembro de la Mesa Directiva de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas.

2. Para un análisis más amplio de este tema, remitimos a nuestro libro *Derecho Constitucional y Políticas Públicas*, Astrea, Bs. As., 2023, escrito conjuntamente con Ignacio Boulin.

3. Pueden verse, entre muchos otros, los siguientes trabajos: Joan Subirats, Peter Knoepfel Corinne Larrue y Frédéric Varone, *Análisis y gestión de políticas públicas* (Barcelona: Ariel, 2008); Eugenio Lahera, *Introducción a las Políticas Públicas* (Santiago de Chile: FCE, 2008); Eugenio Lahera, “Política y políticas públicas”, *CEPAL Serie Políticas Sociales* 95 (Agosto 2004); Eugenio Lahera, “Del dicho al hecho: ¿Cómo implementar las políticas?”, *Fundación Chile* 21 Colección Ideas 7, no. 65 (2004). También, Potůček, M - Leloup, L. - Jenei, G. - Váradi, L. *Public Policy in Central and Eastern Europe: Theories, Methods, Practices*. In: *Public Policy in Central and Eastern Europe: Theories, Methods, Practices*. 1st ed. Bratislava: NISPAcee, 2003, 80-89013-13-9.

ministración pública, la economía, la sociología y la comunicación⁴. Mientras tanto, parecería que la ciencia jurídica, en particular el derecho público, no le ha prestado aún la debida atención. Sin embargo, como afirma el destacado constitucionalista alemán Peter Haberle, “el tema de las tareas del Estado no puede ser olvidado ni por la teoría de la Constitución ni por los creadores de textos constitucionales. Es tan importante que asume el rango de derecho constitucional material y, por tanto, una configuración normativa variable en el texto constitucional (con nuevos temas como salud, medio ambiente, política de medios de comunicación, protección del consumidor, etc.)”⁵. Ello hace necesario conceptualizar desde el punto de vista constitucional las políticas públicas.

Señala Peter J. May que “las políticas públicas establecen los cursos de acción para abordar los problemas o para proporcionar los bienes y servicios a los segmentos de la sociedad. Las políticas hacen más que simplemente anunciar un curso de acción. Típicamente suelen contener un conjunto de intenciones y de objetivos, una mezcla de instrumentos o medios para la consecución de las intenciones, una designación de entidades gubernamentales o no gubernamentales encargadas de llevar a cabo las intenciones, y una asignación de recursos para las tareas requeridas. La intención es luego caracterizada por el nombre de la política, en el lenguaje utilizado para comunicar los objetivos de la política y de la particular combinación de instrumentos de la política”⁶.

Las políticas públicas constituyen una respuesta o propuesta de solución a determinadas situaciones problemáticas o insatisfactorias que han sido identificadas como problemas relevantes en ciertos ámbitos circunscritos de realidad en un determinado momento histórico, las cuales expresan el mandato o voluntad de la autoridad de gobierno. En otras palabras, “las políticas públicas corresponden a soluciones

4. En relación a las distintas aproximaciones al concepto de políticas públicas desde las diversas perspectivas científicas, señala Osvaldo Henríquez que “para la economía, el énfasis está dado en los factores económicos que influyen en las políticas públicas, tales como el crecimiento económico, la productividad y el empleo. Las herramientas de la economía son utilizadas ya sea para promover cierto tipo de políticas o bien para explicar su éxito o fracaso. Para la sociología, en cambio, el énfasis gira en torno al conjunto de demandas que pueden ejercer la comunidad y los grupos en el proceso de construcción de las políticas públicas. La ciencia política, por otra parte, enfatiza el papel que juega el proceso político en la generación e implementación de las políticas públicas. En el caso de la administración pública, se enfatiza la gerencia de los programas públicos como una parte importante del proceso de desarrollo de las políticas públicas”. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, Guía Metodológica para la Formulación de Políticas Públicas Regionales, Ministerio del Interior, Gobierno de Chile (Septiembre 2009),12.

5. Peter Häberle, El Estado Constitucional (México D.F.: UNAM, 2003), 252

6. Peter J. May, “Policy design and implementation,” en Handbook of Public Administration, ed. B. Guy Peters y Jon Pierre, Londres, Sage, 2003, 223-233.

específicas de cómo manejar los asuntos públicos”⁷, formuladas principalmente a partir de las demandas sociales concretas.

Cabría añadir que las políticas públicas no sólo constituyen respuestas de los órganos de gobierno a los problemas que les plantea la realidad, sino que también, de modo proactivo, representan las decisiones que los órganos de gobierno adoptan e implementan de cara a los desafíos y posibilidades de un determinado momento histórico. Las políticas públicas a veces son coyunturales, como respuestas a situaciones y problemas concretos de determinados momentos o escenarios históricos, y otras veces tienen un carácter permanente porque se ocupan cuestiones esenciales, que deben atenderse en todo momento.

Por nuestra parte, hemos definido a las políticas públicas como la acción coordinada del gobierno, la administración pública, la sociedad civil y las empresas para la producción de bienes públicos de calidad accesibles a todos y cada uno de sus ciudadanos. Esta nos parece una visión holística y dinámica de las políticas públicas, que comprende la acción coordinada de todos los elementos de un sistema político. En el logro de la educación pública, la salud pública, la seguridad pública no sólo están implicados los órganos de gobierno o los organismos administrativos, sino también la sociedad civil, el sector privado y hasta cada uno de los habitantes de un país.

La política pública se presenta como una categoría general con la que se pretende abordar el análisis de la acción estatal de gobierno, por la que articula las acciones del sector público con las del sector de la sociedad civil y del propio mercado. Por lo tanto, no explica ni alude única o necesariamente al accionar de los órganos de gobierno o de la administración pública, sino que expresa lo que la comunidad política en su conjunto realiza para alcanzar el logro de determinados objetivos y bienes públicos. Este carácter amplio e integral (holístico), de las políticas públicas no debe obscurecer el rol central que en ellas tienen tanto los órganos de gobierno como la administración pública, que son quienes las dirigen y articulan, y son los responsables finales de las acciones tendientes al logro de los bienes comunes que mediante ellas se persiguen.

7. Cfr. Luis Lira, “Revalorización de la planificación del desarrollo,” CEPAL Serie Políticas Sociales 59, Agosto, 2006.

Por “bien público” entendemos todo aquello que satisface adecuadamente las necesidades que experimentan las personas, las familias y los demás grupos sociales en la vida en común, y del cual los individuos no pueden ser excluidos—por ejemplo, la seguridad pública o la estabilidad económica⁸. Los bienes públicos son indispensables para vivir dignamente en una sociedad. Esos bienes son generados con la contribución de diversos actores sociales bajo la conducción de la autoridad política y deben ser accesibles y disfrutados por todos. Son comunes porque todos contribuimos de diverso modo a generarlos y todos estamos llamados a gozar de ellos. El conjunto de bienes públicos conforma el bien común político que podemos definir como aquellas condiciones que facilitan el normal y pleno desarrollo de las personas y grupos sociales que conforman una determinada sociedad⁹.

Las políticas públicas no representan otra cosa que el Estado de nuestros días en acción ordenada y coordinada, buscando alcanzar los fines que la constitución y la propia realidad social le demandan¹⁰. Pero su viabilidad, consistencia, eficacia y perduración en el tiempo depende de dos factores fundamentales:

- a) que sea el fruto del mayor acuerdo y amplio consenso de los actores involucrados luego de un proceso abierto, participativo y deliberativo; y
- b) su consistencia científica y técnica: que se base en evidencias objetivas y no en caprichos, prejuicios o clichés ideológicos.

8. Ver, por ejemplo, el concepto de bienes colectivos, según The Oxford Dictionary of Philosophy, Oxford University Press, 2 ed., Versión online 2016: “Goods that benefit every individual belonging to some group, and where it is hard to exclude any individual from that benefit. For example, the benefit of having a defence force, or law and order. Since an individual cannot be excluded from these benefits, there is a motive for agents to free ride on the supply of these goods by others”. Disponible en <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095624700> , última visita el 3 de marzo de 2022.

9. Para ampliar el análisis de este concepto, remitimos a nuestro trabajo: Santiago, Alfonso, Bien Común y Derecho Constitucional, Abaco, Bs. As., 1999.

10. “Si bien muchas de las decisiones públicas se caracterizan por la contingencia y por los requerimientos de dar solución a situaciones percibidas como problemáticas por la ciudadanía, esto no siempre es así. Los gobiernos tienen proyectos de país, anhelos de una sociedad que conjugue mejor los ideales democráticos de libertad e igualdad. Hay un componente normativo importante (un deber ser) que está presente en las políticas públicas, aunque el día a día no nos permita ver muchas veces las cuestiones más sustantivas, valóricas, de justicia si se quiere, del país que queremos, aquel que construimos y que seguiremos construyendo. Eso es la política, eso son las políticas públicas. Existe, sin lugar a dudas, una dimensión normativa a tener presente en la discusión acerca de las políticas públicas, pero es muy importante no perder de vista que las políticas públicas deben encarnar los valores que corresponden al ordenamiento público y no las preferencias particulares de personas o grupos. A su vez, se debe cautelar el debido equilibrio entre lo normativo (deseable) y lo que realmente es posible hacer (restricciones)”, Guía Metodológica para la Formulación de Políticas Públicas Regionales, cit., 32.

Estos dos elementos son claves para la calidad, solvencia y eficacia de una política pública. Es que el concepto de política pública demanda la mayor racionalización y programación que sea razonable y posible para el logro del fin buscado. Por eso se vincula estrechamente con nociones tales como “objetivos”, “proceso”, “participación”, “comunicación”, “resultados”, “destinatarios”, “evidencia”, “indicadores”, “eficacia”, “eficiencia”, “rendición de cuentas”, “igualdad”, “razonabilidad” y “legitimidad”.

El estudio y la práctica de una política pública requiere inevitablemente de un abordaje interdisciplinario, donde las distintas ciencias brinden los conceptos e instrumentos que son necesarios para llevar a cabo una política pública de modo asertivo. El derecho, la economía, la sociología, la comunicación, la medicina, la educación, la ingeniería y demás ciencias técnicas proveen de ese instrumental a los actores de la política pública, pero la ciencia madre de ellas es la política entendida como la capacidad de liderar y conducir un proceso participativo que articule e integre los diversos intereses en juego y logre una mejora efectiva, concreta y posible en una determinada realidad social.

La dimensión de una política pública puede ser variable. Puede referirse a la política general y completa definida para un determinado ámbito, como la política monetaria, industrial, educativa, ambiental, etc. que se quiera desarrollar, o tener un alcance específico: un plan, un programa, un proyecto determinado. Varía la dimensión, pero no los elementos fundamentales que la componen.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS, BIENES PÚBLICOS, BIEN COMÚN POLÍTICO Y DERECHOS HUMANOS: SUS RELACIONES

Existe una diferenciación y a la vez una estrecha relación entre los derechos humanos y el bien común político. Los bienes públicos, que a través de las políticas públicas se pretenden alcanzar, entran a tallar en el ámbito conceptual, pues son el ámbito en el que se insertan, se protegen y se ejercen los derechos humanos. Y a través de las políticas públicas se pueden conseguir los bienes públicos.

Por ello,

- a) el derecho a la vida y a la libertad personal guardan estrecha relación con la política de seguridad pública que está llamada a protegerlos, al igual que con

una adecuada infraestructura vial que evite accidentes;

b) el derecho a la educación se inserta en el marco de la política educativa que proporciona un sistema educativo de calidad accesible a todos los miembros de una comunidad;

c) el derecho de propiedad está vinculado con las políticas públicas que generen las condiciones económicas de estabilidad y desarrollo que lo hacen posible, lo protegen y permitan su despliegue y la creación de riqueza a través de la iniciativa privada;

d) el derecho al medio ambiente de poco sirve sin una política ambiental que garantice su efectivo disfrute;

e) el derecho a la vivienda no será en gran parte accesible sin las políticas públicas razonables y efectivas que permitan su efectivo y progresivo goce por parte de todos los habitantes de una ciudad.

Los ejemplos se pueden multiplicar al infinito. Por ello es necesario y conveniente reflexionar no sólo sobre el contenido de los derechos humanos, sino acerca del diseño, ejecución y control de las políticas públicas que los harán efectivos.

Se hace imperioso redescubrir y dar toda su relevancia y trascendencia al concepto de bien común político y de políticas públicas, de modo tal de lograr un equilibrio razonable e integrador entre bienes personales y bienes comunitarios, entre derechos humanos y políticas públicas que los tornen operativos y efectivos, entre lo que podemos llamar el micro-derecho constitucional y el macro-derecho constitucional. En este contexto los derechos humanos encuentran su debido reconocimiento, su justo alcance y su efectiva vigencia.

Lo anterior lleva también al equilibrio institucional entre las funciones de los poderes legislativo y ejecutivo, diseñadores y gestores de las políticas públicas, y el poder judicial, encargado de su control en lo que hace a su legitimidad de origen y el respeto al contenido esencial de los derechos humanos¹¹.

11. Cfr. Alfonso Santiago, "El alcance del control de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada", Fundación Konrad Adenauer - Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2014): 289-314.

3. EL CICLO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU IMPACTO EN EL DERECHO

Un enfoque analítico sobre las políticas públicas permite distinguir en ellas una dinámica que abarca distintas fases o momentos claramente diferenciados, pero fuertemente vinculados entre sí. Ellos constituyen el denominado “ciclo de las políticas públicas”. Tradicionalmente se distinguen cuatro momentos distintos en el ciclo de una política pública:

- a) su incorporación a la agenda pública o de gobierno, en base a las demandas sociales y/o la decisión gubernamental de encarar un determinado problema o desafío;
- b) el diseño de política pública como respuesta a esa demanda, con la deliberación de los actores involucrados acerca de las diversas alternativas existentes, la elección de la alternativa que se considera más adecuada y posible y la definición de los objetivos, medios, actores y acciones que se pretenden poner en marcha de modo coordinado para resolver el problema o desafío planteado;
- c) su ejecución o implementación efectiva, mediante la adopción de la decisión gubernamental formal sobre el curso que se pretende llevar a cabo y su efectiva concreción mediante la acción coordinada de los distintos actores involucrados;
- d) la evaluación de su legitimidad constitucional y del impacto real y efectivo que se ha logrado, en comparación a lo que se pretendía alcanzar.

Esta evaluación puede dar lugar a una decisión de continuar con la misma política pública, mejorarla o suspenderla conforme a los resultados que se hayan alcanzado.

La buena marcha del ciclo de las políticas públicas reclama, por tanto, al menos los siguientes elementos:

Los procesos judiciales se han manifestado insuficientes e ineficaces para la ejecución de políticas que deben ser decididas mediante el proceso legislativo ordinario. Este principio puede iluminar el arduo problema del activismo judicial y de la implementación efectiva de los llamados “remedios estructurales”, facilitando un diálogo interorgánico racional y maduro.

- a) Una actitud proactiva de los distintos actores públicos: gobierno, administración pública, sociedad civil y mercado.
- b) Una decisión política razonable y fundada adoptada por los órganos de gobierno legítimos y competentes.
- c) Una formulación y definición de objetivos claros y mensurables que se procurarán alcanzar mediante la política pública.
- b) Una instrumentación técnica a través de la puesta en marcha de medios que sean idóneos para el logro del objetivo propuesto y que sean coherentes entre sí.
- e) Cierta énfasis, impulso y acento mantenidos a lo largo del tiempo que orientan la acción de gobierno, administrativa y, en su caso, del sector privado para alcanzar los objetivos propuestos.

El derecho, en particular el derecho público, está presente en los distintos momentos del ciclo de las políticas públicas ya que:

- a) El derecho brinda el marco institucional, normativo y jurídico como base, orientación y fundamentación de las políticas públicas (diseño de políticas Públicas);

Toda política pública se instrumenta jurídicamente y pretende fundar su legitimidad y obligatoriedad en el derecho. El derecho exige determinados procedimientos o requisitos para la adopción de la política pública. Particularmente, puede exigir cierta fundamentación, comprobación de impactos, o participación ciudadana (ejecución de las políticas públicas);

- b) Toda política pública puede ser sometida al control judicial para examinar su constitucionalidad formal y sustancial y también al control de otros órganos encargados de su supervisión: Congreso de la Nación, Ministerio Público, Auditoría General de la Nación, Sindicatura General de la Nación (evaluación de las políticas públicas)

4. LOS ACTORES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

De acuerdo con el concepto de política pública que hemos formulado anteriormente ella es necesariamente una construcción social y política colectiva que involucra la acción de varios actores: los órganos de gobierno de los distintos niveles (nacional, provincial y municipal), los diversos organismos de la administración pública cuya competencia se relaciona con el objeto de la política pública, las organizaciones de la sociedad civil interesadas en una determinada temática y las empresas e instituciones privadas que puedan estar vinculadas con la satisfacción de un determinado bien público.

Todos estos actores están llamados a participar, desde sus respectivos lugares, en cada una de las distintas fases del ciclo de las políticas públicas: proponiendo la puesta en marcha de una determinada iniciativa, aportando a su diseño, manifestando sus intereses y reclamos, participando en su ejecución o implementación, o evaluando su impacto y el logro de los objetivos propuestos.

Corresponde a los órganos de gobierno conducir este proceso y adoptar formalmente las decisiones sobre las políticas públicas; a los organismos administrativos proporcionar la información y los criterios técnicos que han de ser tenidos en cuenta de modo previo a la adopción de la decisión y ejecutar la decisión gubernamental; a las entidades de la sociedad civil hacer oír su voz, contribuir en la implementación de lo decidido si están de acuerdo con ello, y controlar y evaluar los resultados de la política pública; finalmente, el sector privado puede proponer y reclamar la puesta en marcha de una determinada política pública, y participar con sus actividades específicas en su consecución.

Gran valor cobra aquí el modelo del Gobierno Abierto como nuevo paradigma de gestión pública. Este incluye entre sus elementos la cocreación de valor, la innovación abierta, la fusión de ecosistemas y el involucramiento de muy diversos actores en cada proyecto¹². En este modelo de gobierno la gestión pública se sostiene sobre tres principios:

12. Cfr., en general, Bernd W. Wirtz y Steven Birkmeyer, "Open Government: Origin, Development, and Conceptual Perspectives", *International Journal of Public Administration*, Vol. 38, 2015, issue 5, p. 381-396. También, Oscar Oslak, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, Septiembre de 2013, disponible en <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/pub/coleccion5rg.pdf>, última visita el 7 de marzo de 2022.

- a) La tecnología disponible permite una fluida comunicación e interacción de doble vía entre gobierno y ciudadanía¹³.
- b) El gobierno debe abrir esos canales de diálogo e interacción con los ciudadanos, para aprovechar su potencial contribución en el proceso decisorio sobre opciones de políticas, en la coproducción de bienes y servicios públicos y en el monitoreo, control y evaluación de su gestión¹⁴.
- c) La ciudadanía debe aprovechar la apertura de esos nuevos canales participativos, involucrándose activamente en el desempeño de esos diferentes roles (como decisor político, productor y contralor)¹⁵.

Estos tres principios están dando lugar a nuevas reglas de juego en la relación gobernantes-gobernados, incluyendo en esta dinámica al sector privado y a las organizaciones de la sociedad civil. La colaboración genuina se torna posible al generar espacios institucionales para ese diálogo intersectorial: consejos económico-sociales, audiencias públicas, participación de las universidades, de las entidades académicas y científicas y de los medios de comunicación en esta materia, negociación entre empresa y sindicatos, obtención de las llamadas licencias sociales en el tema de energía, entre otras enormes posibilidades.

4.1 Actores formales y estructura de poder real

El análisis conceptual de las políticas públicas exige un grado de realismo político que no se quede en la consideración meramente formal de la estructura de gobierno de una sociedad, sino que tenga en cuenta lo que Fernando de Lasalle denominó como factores reales y efectivos de poder¹⁶. Estos aparecen junto al diseño formal de poder de una sociedad como una estructura real de poder con la que ella convive e interactúa.

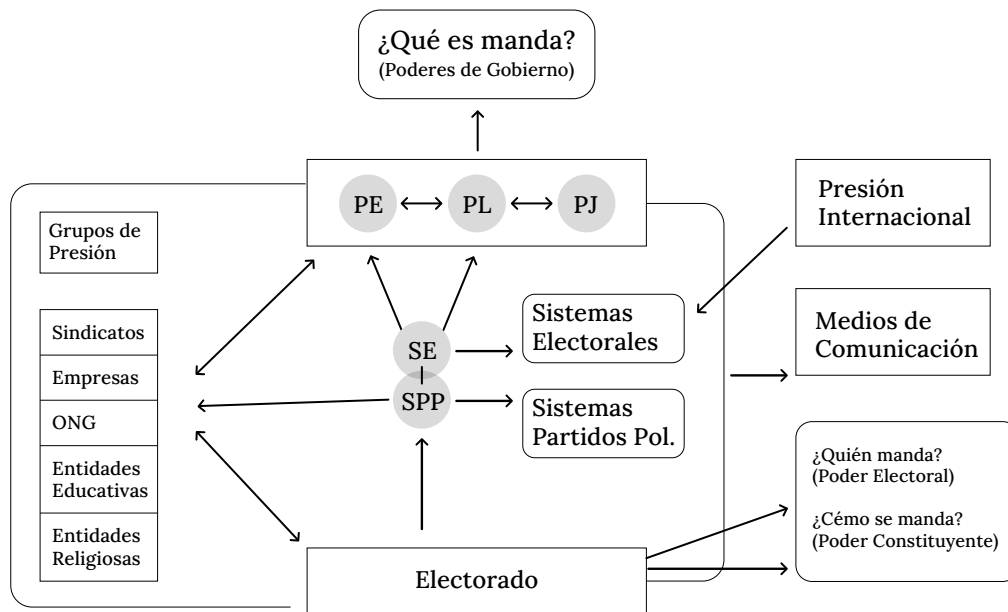
13. Oscar Oslak, Gobierno abierto..., cit., p. 4.

14. Cfr., ídem, p. 6.

15. Cfr., ídem, p. 6.

16. Cfr. Lasalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Temis, Bs. As., 2005

Distinguir a los actores de las políticas públicas requiere, por ello, conocer el “mapa del poder” de una sociedad, conociendo a los distintos jugadores que allí se hacen presentes y cómo se relacionan entre sí. El siguiente cuadro esquematiza ese posible escenario en una democracia constitucional.



En una democracia constitucional el depositario final del poder es el electorado, titular del poder constituyente y del electoral. Por medio del primero, dicta la constitución jurídica suprema y define cómo se ejerce el poder en la sociedad. Por medio del poder electoral y a través de los sistemas de partidos políticos y electoral designa a quienes ocupan los poderes constituidos, es decir, elige a quiénes mandan.

Los poderes constituidos tienen entre sí diversas relaciones de colaboración y control recíproco, que luego desarrollaremos al exponer sobre el sistema institucional. Son los poderes constituidos que integran el gobierno los que toman las decisiones en nombre del Estado y definen, por tanto, qué se manda: qué políticas públicas se pretende llevar a cabo.

Junto a esta estructura formal del poder, hay una estructura informal o real de poder, constituida por los distintos grupos que interactúan con el electorado, los partidos políticos y los órganos de gobierno, y que son capaces de generar presión.

Los medios de comunicación, en sus diversas formas, se ocupan de interconectar el sistema, además de constituir ellos mismos un grupo de presión y un elemento clave en el funcionamiento del sistema político.

Además de estos actores nacionales, están los internacionales con un peso creciente: terceros Estados, organismos regionales y globales, empresas y organizaciones civiles transnacionales.

Todos estos actores formales e informales están presentes en las arenas de las políticas públicas. El derecho constitucional de las políticas públicas los ha de identificar, darles legitimidad y visibilidad, establecer cauces de participación y asegurar la decisión final a cargo de los órganos formales de gobierno.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS, FUNCIÓN GUBERNAMENTAL Y FUNCIÓN DE CONTROL

La problemática de las políticas públicas, con su ciclo y actores, se encuadra en la dinámica del gobierno moderno que excede la tradicional concepción de la división de poderes. Si bien el principio de separación de poderes tiene hoy vigencia en lo que hace a la organización estática del gobierno, no explica adecuadamente el funcionamiento real de un gobierno, ya se trate de un régimen parlamentario o presidencialista. La necesaria relación y colaboración que debe existir entre el Poder ejecutivo y el legislativo, pone en crisis la doctrina de Montesquieu para explicar acabadamente la acción de los órganos de gobierno en la actualidad¹⁷. Junto a la “anatomía constitucional” (descripción de la organización y atribuciones de los órganos de gobierno), hay que considerar la “fisiología constitucional” (análisis de su funcionamiento e interacciones recíprocas).

Así, describiendo el pensamiento de Karl Loewenstein, comenta Barrancos y Vedia: “es sabido que la doctrina de la separación de poderes se encuentra en la base del

17. Puede verse, Loewenstein, K, ob. cit. pág. 54 y ss.

constitucionalismo clásico (...). Pero también es sabido que en el siglo XX ha sido objeto de críticas variadas que, en última instancia, en cuanto ellas han demostrado tener algún fundamento, han llevado a su reformulación. Así Loewenstein expuso una nueva división: la decisión política conformadora y fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión de la decisión (policy execution) y el control político (policy control)¹⁸.

Se han intentado diversas clasificaciones de las funciones de gobierno que se dan en todo sistema político democrático¹⁹. Nos inclinamos por distinguir dos funciones básicas que asumen los órganos del poder en una democracia constitucional: la función gubernamental y la función de control. Seguiremos en esto el sencillo pero valioso esquema que entre nosotros desarrolló Julio Oyhanarte²⁰. Según este autor, la función gubernamental, que está a cargo del Poder Ejecutivo y, ordinariamente, la mayoría legislativa, “consiste primordialmente en el trazado de la política global y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a realizarla”²¹. La función de control pretende asegurar la limitación del poder “en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal” y está confiada a los jueces y la minoría legislativa²².

La función de control encomendada al Poder Judicial representa un contrapoder frente a la función gubernamental. Ella es la encargada de establecer los límites a la obediencia a los actos de gobierno mediante la protección de los derechos de los ciudadanos y grupos sociales, en base a los principios establecidos en una Constitución jurídica. Todo cuestionamiento de la constitucionalidad de un acto estatal supone, en definitiva, una indagación sobre su legitimidad política, es decir, si ha sido o no legítimo el ejercicio del poder por parte de la autoridad pública.

18. Barrancos y Vedia, F., “La separación de los poderes y el veto legislativo en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, ED, diario del 22-X-85.

19. Cfr., p. ej., Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1970.

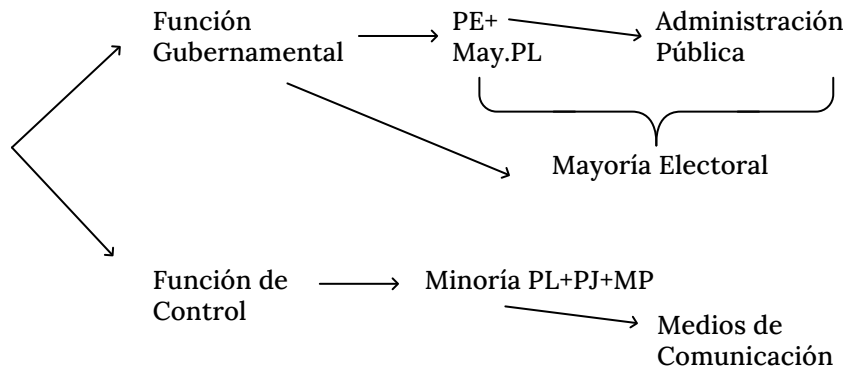
20. Julio Oyhanarte, Poder Político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo (Buenos Aires: Ed. Paidós, 1969), 58 y ss.

21. Ídem.

22. El derecho constitucional pretende un ejercicio eficaz y controlado del poder político. La función gubernamental se relaciona más directamente con el principio de eficacia en el logro de los objetivos estatales, mientras que la función de control pretende asegurar el respeto a las previsiones constitucionales y legales de modo de evitar el uso arbitrario o despótico del poder público.

Lo hasta aquí dicho puede quedar expresado en el siguiente gráfico:

Funciones de Gobierno



5.1 La función gubernamental

La función gubernamental tiene a su cargo la definición de la dirección política que se imprimirá y la adopción de las medidas destinadas a realizar esa decisión fundamental. En un sistema presidencialista, la función gubernamental corresponde, principalmente, al Poder Ejecutivo y a la mayoría legislativa que lo acompaña ordinariamente en el Congreso. Son el Presidente y la mayoría legislativa del partido gobernante ²³ quienes asumen la iniciativa política a fin de desarrollar el programa de gobierno. Estos órganos han de tener a su alcance los medios legítimos que les permitan cumplir aquello para lo que han sido elegidos. Como bien señala Oyhanarte, “los elegidos han de poder gobernar”.

La vitalidad y capacidad transformadora de la función gubernamental en un sistema presidencialista depende de cuatro factores fundamentales:

- a) La lucidez y capacidad de liderazgo presidencial.
- b) El logro de una mayoría legislativa propia o acordada que acompañe al Presidente.

²³. “La acción concertada del Ejecutivo y de la mayoría legislativa, base de la función gubernamental, es un hecho ineludible dentro del Estado de partidos”. Oyhanarte, Poder Político y cambio estructural..., cit. p. 69.

- c) La capacidad operativa de los organismos administrativos.
- d) El respaldo electoral y de la opinión pública a lo largo de la gestión presidencial.

También ejercen y realizan la función gubernamental el electorado y, en ciertas ocasiones, el Poder Judicial. El electorado la ejerce a través de su expresión en las urnas, cuando decide la composición del Congreso, designa al Presidente y expresa su apoyo y aprobación a un programa de gobierno determinado. En los regímenes democráticos, reside en el electorado la fuerza última de la decisión política y la energía necesaria para su ejecución. A su vez, las formas de democracia semidirecta (iniciativa popular, consulta vinculante y no vinculante)²⁴, aumentan la participación del electorado en esta función gubernamental.

Por su parte, el Poder Judicial participa en la función gubernamental al ejercer su actividad jurisdiccional de acuerdo con la legislación que instrumenta la decisión política mayoritaria, en un determinado momento histórico. Sin una convalidación tácita de los tribunales, en especial de la Corte Suprema, es extremadamente difícil que un programa político sea llevado eficazmente a la práctica. No obstante, la principal misión institucional del Poder Judicial no estará el ejercicio de este rol dentro de la función gubernamental sino en el desempeño de la función de control que constitucionalmente tiene asignada.

5.2 La función de control

La función de control tiende a asegurar el carácter limitado del poder estatal y a remediar sus posibles arbitrariedades. El accionar gubernamental se ha de desarrollar dentro de los amplios, pero no ilimitados marcos constitucionales y legales. Así, quien controla busca asegurar que el poder eficaz, imprescindible para todo accionar estatal, no devenga en poder arbitrario, absoluto ni omnicomprensivo. De acuerdo con este sentido, no se pretende frenar o trabar el ejercicio de la función gubernamental, sino corregir posibles abusos o desviaciones que puedan darse. Como bien lo advierte Loewenstein, un exceso de control bloquearía y paralizaría el

24. En Argentina fueron incorporadas en la reforma constitucional de 1994 (arts. 39 y 40).

proceso del poder político²⁵.

Nuestro sistema constitucional asigna esta función de control a la minoría legislativa y al Poder Judicial. Más allá de la estructura de gobierno, también la realizan el electorado y la opinión pública.

La minoría legislativa ejerce esta función a través de su participación en la labor parlamentaria que le asigna la Constitución. Numerosas disposiciones constitucionales hacen referencia tácita o explícita a la minoría: mayorías especiales para el quorum, la votación de leyes sobre determinados temas o para el nombramiento de ciertos funcionarios, etc. En Argentina, la reforma constitucional de 1994, mediante la incorporación del tercer senador de cada provincia, la creación de la Auditoría General de la Nación presidida por un funcionario propuesto por la primera minoría, la ampliación de los temas en los cuales se requiere mayoría absoluta o aún más agravada, los periódicos informes del Jefe de Gabinete a cada una de las Cámaras, la supervisión de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo (reglamentos delegados, de necesidad urgencia, voto y promulgación parcial) a través de la Comisión Bicameral Permanente, buscó reforzar la función de control encomendada al Congreso y a la minoría legislativa –aunque es dudoso que en la práctica lo haya conseguido²⁶.

Por su parte, el Poder Judicial realiza esta función a través del control de constitucionalidad y de legalidad de la actuación estatal, al resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Como acertadamente señala Oteiza: “El Poder Judicial posee una posición clave en el sistema de equilibrio dinámico que impone la constitución (...). La atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los otros poderes determina que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, participe en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema institucional”²⁷.

Afirma Oyhanarte que “a diferencia de lo que acontece en otros países, entre nosotros, la Corte Suprema tiene sobre sí graves responsabilidades de carácter extra o

25. Cfr. Karl Loewenstein, ob. Cit., pág. 276.

26. Cfr. Alfonso Santiago, Enrique Veramendi, Santiago M. Castro Videla, El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo: decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 7 y ss.

27. Oteiza, Eduardo, La Corte Suprema, Editora Platense, 1994, pág. 1.

suprajudicial. Una de ellas, tal vez la de mayor relevancia es el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de las sentencias... Está claro, por tanto, que la Corte Suprema coparticipa en el ejercicio del poder estatal y tiene a su cargo funciones políticas, en el más elevado sentido del vocablo”²⁸.

Un control judicial operativo y solícito es compatible con el diseño de las funciones de gobierno que venimos desarrollando. Los tribunales están llamados a poner de manifiesto y dar visibilidad a omisiones o insuficiencias constitucionales en la actuación de los otros poderes. No está llamado a reemplazarlos, pero sí a despertar su accionar ante situaciones que sin duda lo reclaman.

Ese control dinámico por parte de los jueces, y sobre todo de la Corte Suprema, ha de ser respetuoso de las competencias y facultades de los otros órganos de gobierno, así como de las decisiones del electorado. De lo contrario, el principio de soberanía popular se vería seriamente dañado por una función de control mal entendida. Hay un equilibrio que requiere la prudencia de los actores del sistema. Bien lo expuso el presidente Lincoln, luego de la sentencia del caso Dred Scott²⁹ de la Corte Suprema norteamericana en el que se declaró la inconstitucionalidad del Compromiso de Missouri sobre el régimen de esclavitud:

No olvido la posición asumida por algunos de que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por el Tribunal Supremo, ni niego que tales decisiones deban ser vinculantes en cualquier caso para las partes de un pleito en cuanto al objeto del mismo, mientras que también tienen derecho a un respeto y consideración muy elevados en todos los casos paralelos por parte de todos los demás departamentos del Gobierno. Y si bien es obviamente posible que tal decisión sea errónea en un caso determinado, el efecto negativo que sigue, al estar limitado a ese caso en particular, con la posibilidad de que sea anulado y nunca se convierta en un precedente para otros casos, puede ser mejor soportado que los males de una práctica diferente. Al mismo tiempo, el ciudadano cándido debe confesar que, si la política del Gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo

28. Julio Oyhanarte, “Historia del Poder Judicial,” Revista Todo es Historia 61 (Mayo 1972): 90. Por eso, sostenía este autor en este trabajo, en una afirmación que no ha dejado de suscitar polémicas, que “los ministros de la Corte Suprema, aparte de su capacidad estrictamente profesional, deben tener sensibilidad política, mentalidad de estadistas y pensamiento afín con el de los que gobiernan. Afín, no sumiso”.

29. USSC, 60 U.S. 393 (1856).

debe ser fijada irrevocablemente por las decisiones de la Corte Suprema, en el momento en que se toman en los litigios ordinarios entre las partes en las acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habiendo en esa medida prácticamente renunciado a su Gobierno en manos de ese eminente tribunal. Tampoco hay en este punto de vista ninguna agresión al tribunal o a los jueces. Es un deber del que no pueden sustraerse para decidir los casos que se les presentan adecuadamente, y no es culpa suya si otros tratan de convertir sus decisiones en fines políticos³⁰.

Las funciones gubernamentales y de control han de considerarse complementarias y no antagónicas entre sí. El armónico funcionamiento de ambas es imprescindible para el logro el fin de todo Estado democrático de derecho: la existencia de un poder eficaz pero limitado, que evite tanto los males de la anarquía y la frustración colectiva, como la arbitrariedad o el totalitarismo.

6. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

6.1 Marco constitucional y legal

Entre las reformas importantes introducidas por la reforma constitucional de 1994 figura la configuración del Ministerio Público como órgano extrapoder en el nuevo art. 120 de la CN, al cual se le encomiendan importantes funciones institucionales.

Señala el citado artículo:

“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.

³⁰. Abraham Lincoln, “First Inaugural Speech,” Washington D.C., discurso del 4 de marzo de 1861. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/mss/mal/077/0773800/0773800.pdf> , última visita el 7 de marzo de 2022.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

Por su parte, el art. 1 de la ley 24.946 sobre el Ministerio Público, con una redacción mejor y más clara que la empleada por el Constituyente de 1994, al enumerar las funciones del Ministerio Público, distingue adecuadamente entre la defensa de la “legalidad” y “de los intereses generales de la sociedad”. Señala el mencionado artículo:

“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 y de los intereses generales de la sociedad”.

El art. 25 de la mencionada ley, enumera y desarrolla más específicamente las funciones a cargo del Ministerio Público:

“Corresponde al Ministerio Público:

- a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.
- b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.
- c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales.
- d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley. e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.
- f) En los que se alegue privación de justicia.
- g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.
- h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.

i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.

k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquéllos fueren pobres o estuvieren ausentes.

l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación.

ll) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina

A su vez, la ley 27.148 de Ministerio Público Fiscal, en sus dos primeros artículos, especifica aún más estas funciones de esta rama del Ministerio Público:

ARTÍCULO 1º — *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 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 procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes.

ARTÍCULO 2º — *Funciones en defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad.* Para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, el Ministerio Público Fiscal de la Nación deberá:

a) Dictaminar en las causas que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siempre que exista controversia sobre la interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte; ello será determinado por el Procurador General de la Nación a partir del análisis de disposiciones normativas o de las circunstancias y particularidades de la causa.

b) Dictaminar en cualquier otro asunto en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación requiera su dictamen fundado en razones de gravedad institucional o por la importancia de las normas legales cuestionadas.

Asimismo el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de:

c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos.

d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente.

e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales.

g) Casos en que una norma especial lo determine.”

6.2. Ministerio Público, políticas públicas e intereses generales de la sociedad

En relación al derecho constitucional de las políticas públicas, tiene especial relevancia la misión institucional que la Constitución Nacional y las leyes 24.946 y 27.148 atribuyen al Ministerio Público de “defender los intereses generales de la sociedad”.

Como puede apreciarse, hay un claro vínculo entre las funciones del Ministerio Público, en especial de su rama Fiscal, y las políticas públicas tal como se desprende especialmente en los incs. c) y d) del art. 2 de la ley 27.148.

De los textos constitucionales y legales que hemos mencionado queda claro que la intervención fundamental del Ministerio Público en el ámbito de las políticas públicas se encuadra en su participación en la función de control político (cfr. Apartado 5.2 de este trabajo), instando para ello la intervención del Poder Judicial de la Nación y participando en todos los procesos judiciales donde esté comprometido el orden público y los intereses generales de la sociedad.

El Ministerio Público está habilitado para intervenir y dictaminar en aquellas causas en las que se debata en un caso concreto la validez constitucional de una determinada política pública que por acción, omisión o insuficiencia lesione un determinado derecho individual o colectivo o afecte los “intereses generales de la sociedad”.

Esta función de la defensa de los intereses generales de la sociedad es, por su objeto, aún más amplia que la encomendada al Defensor del Pueblo, ya que la actuación de este último está orientada a la defensa de los derechos humanos y de incidencia colectiva frente a la actuación de la Administración Pública (cfr. arts. 43.2 y 86 CN), para lo que se le reconoce la necesaria “legitimación procesal”. Por su parte, el Ministerio Público está legitimado para promover la actuación de los órganos del Poder Judicial para la defensa y promoción de los “intereses generales de la sociedad”, es decir, el bien común político y los distintos bienes que lo configuran.

La CSJN, al resolver en 1937 el caso Quinteros ⁽³¹⁾, en el que se convalidó la ley que disponía la indemnización por despido laboral y que había sido impugnada por ser contraria a la libertad de contratación y al derecho de propiedad, señaló que el bienestar general al que hace referencia el preámbulo es “el bien común de la filosofía clásica”. Aún con más razón, podemos afirmar ahora que, cuando el art. 120 de la CN y las correspondientes disposiciones legales encomiendan al Ministerio Público la defensa de los intereses generales de la sociedad, lo que le están asignando como misión es la defensa y promoción del bien común político en los procesos que tramitan en las instancias judiciales³².

Pareciera que la intervención del Ministerio Público en defensa de los intereses generales de la sociedad cobra especial relieve en algunos temas, como pueden ser la

31. Fallos, 179:113 (1937).

32. Para un análisis más amplio de este tema, remitimos a nuestro libro Bien Común y Derecho Constitucional, Abaco, Bs. As. 1999.

protección del ambiente (art. 41 CN) y la lucha contra la corrupción pública (art. 36 in fine CN).

6.3 Jurisprudencia de la CSJN en relación a la actuación del Ministerio Público en defensa de los intereses generales de la sociedad

Podemos examinar algunos pronunciamientos de la CSJN referidos a esta misión de la defensa de los intereses generales de la sociedad en las causas judiciales.

Al referirse a la función de dictaminar del Procurador General de la Nación en los casos en que ello es requerido, ha dicho la Corte Suprema:

“El legislador ha querido que en ciertos y determinados asuntos atinentes al interés general, aparte del decisorio propiamente dicho, se escuche la voz de funcionarios que, no componiendo el órgano jurisdiccional del que emana el fallo, están habilitados para expresar opiniones que puedan contribuir a alcanzar los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico”³³

Más recientemente, en el año 2020, al resolver el caso *HSBC Bank Argentina S.A. c/ Fajardo*,³⁴ nuestro máximo tribunal, al exigir la necesaria intervención del Ministerio Público, señaló que:

“[...] la intervención del Ministerio Público en casos en los que se encuentran afectados derechos del consumidor,³⁵ está prevista a los fines de garantizar que se asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica asimétrica, caracterizada por la desigualdad entre sus partes (doctrina de Fallos: 338:1344) [...] al omitir la intervención previa del Ministerio Público Fiscal, la sentencia ha prescindido de aplicar las normas legales pertinentes, sin dar razón plausible para ello. Tal deficiencia, provoca que la decisión apelada resulte descalificable como acto judicial”.

También en el caso *Ministerio de Educación de la Nación c/ Universidad Nacional de*

33. Cfr. Acordada 69/90.

34. Fallos 343-1233 (2020).

35. En el caso se trataba de un secuestro prendario.

Mar del Plata,³⁶ nuestro máximo tribunal dejó sin efecto la sentencia apelada por la omisión indebida de la intervención del Ministerio Público. La demandada había cuestionado la constitucionalidad del artículo 15 del Decreto 499/95, en tanto excluye a los decanos y autoridades docentes equivalentes del cómputo que se realiza a los efectos de determinar el porcentaje previsto por arto 53, inc. a), de la ley 24.521. La Cámara Federal de Mar del Plata había hecho lugar a este planteo y, al resolver el recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio de Educación, la Corte –por unanimidad–³⁷ se remitió al dictamen del Procurador General que en su dictamen había afirmado:

*“[a]l haber resuelto de aquel modo [la Cámara Federal de Mar del Plata] sin mediar traslado al Ministerio de Educación con respecto a tales cuestionamientos constitucionales y sin la intervención que corresponde al Ministerio Público a los efectos de ejercer las funciones atribuidas por las leyes 24.946 y 27.148, se pone de manifiesto que el procedimiento se ha desarrollado con desconocimiento de aspectos que atañen al orden público y en violación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) [...] En tales condiciones, el incorrecto desarrollo del proceso –que ha prescindido de la participación del Ministerio de Educación y del Ministerio Público con la consiguiente vulneración de garantías protegidas por la Constitución Nacional– lleva a considerar que el pronunciamiento dictado no resulta válido e impide el tratamiento de los restantes agravios planteados por el recurrente”.*³⁸

En cambio, en el caso Universidad Nacional de La Matanza c/ Estado Nacional-Ministerio de Cultura y Educación,³⁹ nuestro máximo tribunal acotó en parte esta amplia legitimación procesal del Ministerio Público, al señalar que:

“[...] la reforma constitucional de 1994 no le otorgó legitimación procesal al Ministerio Público para instar una suerte de acción popular o en defensa de la mera legalidad, por fuera de los recaudos fijados por el artículo 116 de la Constitución. Nada indica que se encuentre habilitado a perseguir pretensiones abstractas sobre la validez o invalidez constitucional de las normas o actos de otros poderes u orientadas a la depuración

36. Fallos 343-119 (2020).

37. Firman la sentencia los jueces Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz.

38. Punto IV, párrafos quinto y final.

39. Fallos 346:970 (2023).

*objetiva del ordenamiento jurídico, lo que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República [citás omitidas] Dicha reforma tampoco ha dotado al Ministerio Público Fiscal de una legitimación extraordinaria que le permita litigar en defensa de intereses ajenos, como sí ha sucedido con el Defensor del Pueblo de la Nación, con las asociaciones que propenden a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y con el propio afectado cuando ejerce una representación colectiva (artículos 43 y 86 de la Constitución Nacional”.*⁴⁰

También la CSJN rechazó por extemporáneo la pretensión del Procurador General de intervenir en el célebre caso Mendoza, señalando que:

*“El Ministerio Público Fiscal cuenta con ingentes atribuciones en causas concernientes a la prevención y remediación de daños al medio ambiente, al punto que se le autoriza para hacerse parte en dichos procesos (art. 41, inc. a, ley 24.946), atribución de la que no hizo uso la Procuración General en oportunidad de dictaminar acerca de la competencia ni solicitó ejercer ulteriormente, a pesar de haber sido notificado del trámite conferido al asunto y de la excepcional difusión pública con que contó el proceso”*⁴¹.

Una situación bastante curiosa respecto de la actuación del Ministerio Público en defensa de los intereses generales de la sociedad se dio en el caso Andrades c/ Estado Nacional-Ministerio Público⁴², del año 2008. Los actores, funcionarios todos del Ministerio Público, demandaron al Estado Nacional/Ministerio Público reclamando una recomposición salarial con fundamento en los artículos 110 y 120 de la Constitución. De la demanda se dio traslado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien ejerció la representación del Estado Nacional. Ya en instancia del recurso extraordinario la Corte corrió vista a la Procuración General y ésta se presentó en el expediente alegando que la litis estaba erróneamente integrada pues el Ministerio Público no había tenido participación alguna en el proceso. La decisión reconoció el derecho del Ministerio Público a intervenir como parte y lo hizo en estos términos:

“las especiales características de la pretensión, y el consiguiente razonable interés de

40. Considerando 13º, tercer párrafo. En similar sentido véase también P., A. y otro s/ autorización, Fallos 347:1001 (2024).

41. Fallos 331:1676 (2008)

42. Fallos 331-1583 (2008).

la Procuración General de la Nación en tomar conocimiento de la existencia de la presente causa, aconsejan reconocerle la calidad de autoridad administrativa interesada y requerir su intervención en la causa, más allá de la estricta defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad que le encomienda la ley 24.946. Las circunstancias señaladas justifican que esta Corte haga uso de las facultades de excepción que empleó en casos similares en procura de la debida salvaguarda de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso (Fallos: 310:57; 310:1797; 312:1580 y sus citas; 315:2581, entre otros), anule las actuaciones llevadas a cabo a partir del requerimiento del informe previsto en el art. 8, de la ley 16.986 (fs. 40), en tanto tuvieron la presunción de que la integración de la litis se había efectuado de manera apropiada como presupuesto esencial, y ordene que se otorgue al Ministerio Público Fiscal ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales (Fallos: 319:1600; 323:2653, entre otros).⁴³

En sentido análogo, la Corte Suprema consideró:

*“descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional, sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones”.*⁴⁴

Este criterio fue reiterado en el caso Carballo de Pochat c/ Administración Nacional de la Seguridad Social,⁴⁵ un caso de responsabilidad del Estado en el cual la viuda de la víctima actuaba en representación de sus tres hijos menores.

Años antes, al resolver el caso Armando Gostanian⁴⁶, la Corte Suprema se pronunció acerca de la compatibilidad de la legitimación de la Oficina Anticorrupción, organismo dependiente del Poder Ejecutivo, para ser querellante, con la exclusiva

⁴³. Ver considerando 7°.

⁴⁴. Entre otros: Bittlestone c/Goñalons de Bittlestone, Fallos 305-1945 (1983); Quintana c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, Fallos 320-1291 (1997); van Praet c/Saint, Fallos 325-1347 (2002); Pastrana c/Municipalidad de Coronel Pringles, Fallos 330-4498 (2007).

⁴⁵. Fallos 332-1115 (2009).

⁴⁶. Fallos 329-1984 (2006).

titularidad de la acción penal pública en cabeza del Ministerio Público:

“con base en el principio de la separación de los poderes, no hay ningún riesgo de que se confundan el ente ejecutivo y aquél que tiene la titularidad, la potestad exclusiva –y aun la facultad dispositiva– de la acción penal pública. Tampoco se demuestra que haya habido una doble persecución penal; por el contrario, las actuaciones de la Oficina Anticorrupción están agregadas a los autos principales y, por otro lado, el principio de congruencia evita cualquier desviación o ampliación de la imputación inicial, por lo que el objeto procesal deberá permanecer idéntico para facilitar la defensa del imputado. El bien jurídico protegido es, en este caso, la administración pública, por lo que parece legítimo que el Estado incoe contra el supuesto autor acciones penales y civiles, y, por lo tanto –lejos de actuar como órgano jurisdiccional– se constituya parte del proceso. Separar en estas causas al ente oficial que actúa como querellante, sería poner en mejor condición al funcionario que, abusando de tal calidad, cometió supuestos delitos contra la administración pública, que a los particulares que soportan la intervención conjunta de dos acusadores. ... La única posibilidad dudosa desde el punto de vista constitucional, sería ... que la Oficina Anticorrupción, excediendo su rol de parte querellante ... demandare para sí la titularidad directa y exclusiva de la acción penal pública reservada a los fiscales investidos por la Constitución y las leyes ... [en este caso] habría, sí, una intromisión de ese Poder [Ejecutivo] en la misión propia y específica del Ministerio Público de la Nación. Mas esta situación no se da en autos ...”.

Una situación análoga, se había plantado en su momento en el caso Felicetti⁴⁷, en relación a la legitimación del Procurador del Tesoro de la Nación para intervenir en los procesos penales. En el año 1989, la Cámara Federal de San Martín condenó a una serie de personas, entre las que se encontraba Felicetti, con motivo del ataque al Regimiento de la Tablada. Aproximadamente diez años más tarde, los condenados interpusieron un recurso de revisión contra dicha sentencia, que ya había pasado en autoridad de cosa juzgada, alegando que la sentencia de Cámara había devenido sustancialmente injusta por violar la garantía de la doble instancia consagrada en el art. 8.2.h de la CADH, la que, al momento de ser interpuesto este recurso, ya contaba con jerarquía constitucional. Afirmaban los recurrentes que debía excepcionarse el principio de cosa juzgada y reabrirse la jurisdicción por razones superiores de

47. Caso “Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, Fallos, 323:4130 (2000).

justicia. La Cámara de Casación rechaza el recurso de revisión en el año 2000, afirmando que no se presentaba en el caso ninguna de las excepcionales e inextensibles circunstancias que autorizan la apertura de esa vía.

Contra este pronunciamiento de la Cámara de Casación interpuso recurso extraordinario, por expreso mandato presidencial, el Procurador del Tesoro de la Nación, quien, ante el rechazo de esa presentación, dedujo recurso de queja. Se presenta aquí un interesante problema de legitimación. El Procurador del Tesoro sostiene la legitimación del Estado nacional para recurrir, en razón de su interés institucional en el cumplimiento de la CADH y en la satisfacción de las recomendaciones provenientes de la Comisión Interamericana, evitando por todos los medios a su alcance la responsabilidad internacional que pudiera derivarse para el Estado de un eventual incumplimiento. Por otra parte, el Presidente estaría facultado para ordenar la representación del Estado en el caso, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales como jefe de Estado, en cuanto encargado de asegurar el mantenimiento de las buenas relaciones internacionales [art. 99, inc. 11), CN]. En suma, el recurso extraordinario habría sido presentado por el Estado, no en representación de alguna de las partes de la causa, sino en interés propio.

La Corte Suprema, en una votación muy dividida ⁴⁸, adhiere al criterio expuesto por el Procurador General, que niega la legitimación invocada por el Procurador del Tesoro por no ser este parte en la causa criminal en cuestión. Se afirma que, de admitirse su legitimación, se vería resentida la plena independencia conferida constitucionalmente al Ministerio Público Fiscal para la promoción y ejercicio de la acción pública, provocándose un desborde dentro del delicado equilibrio que se debe mantener en la relación entre los poderes de la Nación. Con todo, cuatro de los jueces del Tribunal (los Dres. Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert) receptan los argumentos esgrimidos por el Estado Nacional, sosteniendo que la relevancia institucional de la causa no permite valerse de una interpretación restringida a la hora de juzgar la legitimación procesal del recurrente.

Cabe destacar que, no obstante haber rechazado la legitimación del recurrente, el voto mayoritario entra de todos modos en el análisis del fondo de la cuestión, para reafirmar que la actuación de los jueces en esta causa no debiera hacer incurrir al

48. Integran la mayoría los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez.

Estado en responsabilidad internacional alguna. Afirma la mayoría, por un lado, que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no puede constituirse en un motivo de revisión de resoluciones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada (“el aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación” ⁴⁹) y, por el otro, que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no tienen fuerza vinculante para el Poder Judicial. Por último, entiende la mayoría que la norma de la Convención invocada no impone realmente una “garantía de doble instancia”, sino que busca asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica, sino de la instancia más alta, por lo que el juzgamiento directo por esta no afectaría las garantías de los procesados.

En sentido contrario, los cuatro votos disidentes, con diversos matices en la fundamentación, se inclinaron por la revocación de la sentencia apelada, a la que encontraron violatoria del derecho al recurso ante un tribunal superior en materia penal, contenido en un instrumento internacional de jerarquía constitucional. Recuerdan los votos en disidencia que, según doctrina de la propia Corte, la ausencia de normas reglamentarias no es obstáculo para considerar operativa la garantía, por lo que debió haberse acogido el recurso de revisión *sui generis* planteado en el caso.

7. CONCLUSIONES

Después de desarrollar algunas líneas de los temas centrales del derecho constitucional de las políticas y la participación que allí le corresponde al Ministerio Público de acuerdo a los textos constitucionales y legales y los criterios jurisprudenciales de la CSJN, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) Se advierte la conveniencia de desarrollar el derecho constitucional de las políticas públicas, de modo complementario a los avances realizados en las últimas décadas sobre el régimen constitucional de los derechos individuales y de incidencia colectiva;
- b) El Ministerio Público, parte de cuya misión es la defensa de los intereses generales de la sociedad en los procesos judiciales, está llamado a realizar muy

49. Fallos, 323:4130, Consid. 14.

valiosos e interesantes aportes, trascendiendo la visión más limitada que se formula desde una óptica exclusiva de los derechos individuales y de incidencia colectiva, para iluminar las decisiones judiciales desde una perspectiva aún más amplia de bien común político.





TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 2: Aspectos del Derecho Constitucional

Interés General y Estado Social y Democrático de Derecho

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

INTERES GENERAL Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz¹

1. INTRODUCCIÓN

El pasado día 31 de enero² nuestro amigo y colega Carlos Delpiazzo comunicaba a los miembros del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo el fallecimiento del profesor Mariano Brito. La noticia, al menos para mí, no por esperada, ha causado un gran impacto en los colegas que le hemos tratado y conocido en estos años. Mariano, miembro fundador y primer presidente del FIDA, fue, por encima de todo, un hombre de bien, coherente y congruente con su pensamiento y sus convicciones hasta el final de su vida, un verdadero maestro, no sólo del Derecho, que lo era en sentido cabal, sino, todavía más importante, un maestro de vida, una persona siempre dispuesta a ayudar, a buscar la solución a los problemas, una persona que vivía para los demás.

Tengo, como muchos colegas, muchos recuerdos de Mariano, pero hay uno que, sobre todos, lo define muy bien. Una de las veces que me invitó a la Universidad de Montevideo en la época que era rector, me llamó la atención, porque por otros lares no se estila, que para un coloquio sobre un determinado tema, invitó a distintos representantes de los partidos políticos para que se expusieran, conmigo, sus puntos de vista. Es decir, quería que se escucharan todas las perspectivas y puntos de vista sobre la determinada cuestión. Era, en efecto, un hombre amante de la libertad y del

1. Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Consejo Académico de la Spin Off Ius Publicum Innovatio (IPI). Director de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Galicia. Presidente del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios e Investigación. Miembro del Consejo Nacional de la Actividad Investigadora (CENAI). Miembro del Directorio de la Red Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina), de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

En la primera oración que dice el pasado día 31 de enero (agregar nota al pie que diga: El presente trabajo fue escrito en 2014, en homenaje al jurista uruguayo, y publicado en la revista RAP.

2. El presente trabajo fue escrito en 2014, en homenaje al jurista uruguayo, y publicado en la revista RAP.

pluralismo y siempre lo demostró. Además, su buen humor, su palabra de ánimo y estímulo nunca faltaba y eso, qué duda cabe, facilita mucho la convivencia.

A las pocas horas de la misiva de Carlos Delpiazzo, tras enviar una nota apresurada a los colegas que integramos el FIDA, recibí muchas contestaciones subrayando la pena por el tránsito de Mariano a la Casa del Padre y manifestando el apoyo y dedicación con que Mariano siempre les había tratado.

En fin, atendiendo a la invitación del querido amigo Eduardo Mertehikian, que ha puesto la rap a disposición de los colegas para escribir en homenaje a Mariano Brito, quiero dedicarle este trabajo sobre el interés general por una razón. Porque entendió perfectamente, y lo encarnó en su vida personal académica y política, que el interés general es un concepto que para los juristas comprometidos con el Estado de Derecho solo tiene sentido y existencia en la medida en que se presenta en la realidad cotidiana en forma concreta y, además, racionalizado.

Una de las notas que diferencian al Derecho Público del Derecho privado es, ciertamente, la presencia, de una forma patente, del interés general. En el Derecho Público, de manera obvia y omnicomprensiva, el interés general está en su misma historia, en su esencia y en su desarrollo. Por otra parte, también, aunque de otra forma, el interés general forma parte del Derecho privado puesto que la libertad no es absoluta, como tampoco lo es el mismo interés general. Para el Derecho Público es de tal relevancia esta noción, que si entendemos que esta rama del Derecho Público que es el Derecho Administrativo no es más, ni menos, que la ordenación racional y jurídica de los intereses generales, entonces comprenderemos hasta qué punto el interés general, en el marco de los postulados del Estado social y democrático de Derecho, es a día de hoy, según me parece, el centro y raíz del nuevo Derecho Administrativo del siglo XXI. Un Derechos Administrativo que regula el poder público para las libertades solidarias de las personas.

El interés general dispone de una dimensión abstracta enmarcada en los principios y directrices del Estado social y democrático de Derecho. Además, y de forma inseparablemente unida a ella, tiene igualmente una dimensión concreta porque para el Derecho Administrativo el interés general sólo tiene sentido en el plano de la cotidianidad.

El modelo de Estado que se asocia a la versión más sociológica y económica de Es-

tado de Bienestar, se encuentra en este momento en profunda crisis por haberse asumido un planteamiento estático y cerrado. Hoy nos hallamos ante Administraciones públicas, al menos en Europa, especialmente en el modelo autonómico español, que se han endeudado hasta el paroxismo haciendo saltar por los aires el fundamental principio de la estabilidad económica y financiera, de tanta trascendencia para la estabilidad política y social de los pueblos. Desde luego, la actual situación no es sólo consecuencia de malas políticas públicas en estos años, es el resultado de una siembra de irresponsabilidad que viene de lejos, de aquellos tiempos en que se pensaba que los fondos públicos eran ilimitados, por no ser de nadie decían aquellos gestores a quienes hoy habría que pedir cuenta de sus desmanes y despilfarros en orden a la captura de votos y votos o, lo que es lo mismo, a la búsqueda, al precio que sea, de la poltrona, de la conservación y mantenimiento en el poder.

La Constitución española dispone en su artículo 31 que el gasto público habrá de aplicarse con arreglo a criterios de economía y eficiencia. La Constitución es de 1978 y, hoy, a juzgar por la situación de las cuentas públicas en general, podemos afirmar sin temor a equivocación alguna que este precepto se ha incumplido sistemáticamente sin que haya pasado nada, absolutamente nada. Ahí está, por ejemplo, el actual déficit público estatal para demostración de tal aserto. Los datos que se están conociendo acerca de la situación de las cuentas públicas de las Administraciones territoriales en España, escribimos en febrero de 2014, reflejan igualmente la conculcación del citado precepto de nuestra Carta Magna.

Cualquier persona en su sano juicio entiende que no se puede gastar más de lo que se dispone, que ha de existir un sano equilibrio entre ingresos y gastos. Esto, que es lo normal en la administración de los asuntos domésticos de cualquier familia, es, sin embargo, una excepción en la gestión de los asuntos públicos. Es más, existe el erróneo convencimiento de que si no se incurre en déficit no hay futuro en las contiendas electorales. ¿Por qué en el ámbito público es, ha sido, normal el endeudamiento?

La contestación a esta pregunta es compleja. Por un lado, los presupuestos públicos ordinariamente no reflejan la realidad de los ingresos a obtener y los gastos en que se debe incurrir. Por ello, con frecuencia se acude a subterfugios contables y presupuestarios para modificar conceptos y subconceptos. Por otra parte, al no estar bien elaborados los presupuestos resulta que hay que atender ciertos pagos que debieran haberse previsto con realismo y que, sin embargo, muchas veces por oscu-

ras razones, no se incluyen. Y, por si fuera poco, la flexibilidad y politización de las autorizaciones de endeudamiento ayudan a que las cosas sean como son.

El recurso a solicitar incrementos de crédito para atender gastos de naturaleza social también ha coadyuvado a la situación en que nos encontramos. Si a ello añadimos el elefantiásico crecimiento de la planta y estructuras de las Autonomías o el incremento de altos cargos en las denominadas grandes ciudades, podemos explicar el volumen y tamaño de la deuda pública. Una deuda pública que no se puede enjugar castigando a los ciudadanos con más impuestos, congelación de las pensiones y bajadas de sueldos a los empleados públicos.

A esta situación de crisis hemos llegado porque, entre otras razones, resulta que se ha pensado, y se ha actuado en consecuencia, que los fondos públicos eran ilimitados y de gasto discrecional por los dirigentes de la cosa pública. No hay más que examinar los gastos de tantos Entes públicos en materia de personal eventual, los gastos de representación o de estudios y trabajos técnicos, para darse cuenta hasta qué punto se ha olvidado que los fondos públicos son escasos, limitados y, fundamentalmente y sobre todo, de la propiedad de los ciudadanos.

A partir de ahora las cosas tendrán que ser de otra manera. Los presupuestos habrán de confeccionarse con rigor y realismo. No se puede premiar la gestión irresponsable en materia económica. Más bien, habría que empezar a sancionar a los gestores y dirigentes de entidades públicas que gastan más de lo que disponen. Habrá que empezar a gestionar con austeridad y rigor, mirando cada euro que se gasta y estableciendo controles reales que impidan el derroche y el despilfarro.

Los cambios culturales son lentos. También en materia de gasto público. Aun así, necesitamos normas de control más claras y sencillas y, sobre todo, gestores con experiencia que sepan administrar lo público al servicio de todos y con el menor gasto posible. Claro que se puede hacer más con menos. La austeridad, de ningún modo, es sinónimo de miseria. La austeridad exige una nueva forma de entender y gestionar los fondos públicos. Más democrática, más justa y, sobre todo, más equitativa. En esta cuestión, como en casi todas, la Constitución, de nuevo, arroja luz. Solo hay que leer el artículo 31 de la Constitución de 1978 y actuar en consecuencia. Algo que esperemos se pueda producir en un futuro próximo para bien de la sociedad y de todos los españoles.

2. INTERES GENERAL Y CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR

El estudio de la crisis del Estado del Bienestar es, desde luego, un tema actual, un tema en el que hay unanimidad. Su análisis plantea cuestiones tan interesantes para un profesor de Derecho Público, como es la del fin fundamental del Estado, la funcionalidad de la intervención pública en nuestros días, las notas características del denominado “Estado de Bienestar” y las causas de su crisis. La crisis en la que nos encontramos es consecuencia del entendimiento estático, clientelar y cerrado del Estado de bienestar que han seguido diferentes gobiernos europeos de diferentes colores políticos.

Hoy en día nadie duda de la fuerza que ha recobrado los principios de subsidiariedad y solidaridad, fundamentos de la Ética social. Tampoco se pone en tela de juicio el creciente compromiso del Estado en la promoción de los derechos humanos aunque en la práctica, lo contemplamos y sufrimos a diario, se ha quebrado el núcleo indisponible de los derechos fundamentales y éstos se han convertido, qué pena, en monedas de cambio para la transacción política, alcanzándose cotas de dominio de los fuertes sobre los débiles ciertamente injustificables se mire por donde se mire. Los vientos que corren, cómo lógica consecuencia de un camino caduco, son de búsqueda de nuevos horizontes, de nuevas soluciones que probablemente podrán alumbrarse desde el esquema dinámico y solidario de un Estado de bienestar que debe volver a recuperar su naturaleza de medio al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

El Estado es la comunidad de un pueblo asentada sobre un determinado territorio, dotado del más alto poder de dominio, para la fundamentación completa de su bienestar general. Esta definición, de Johannes Messner, una de las mejores que se pueden encontrar en el marco de la Filosofía del Derecho, recoge expresamente el término “bienestar”. ¿Por qué será?. Porque una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la obtención autorresponsable de sus propios fines en el marco del bien común.

El poder estatal tiene un evidente sentido de servicio al bien común y es el poder supremo entre los poderes sociales naturales porque, como dice Messner, el cumplimiento de las tareas particulares de todas las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales más básicas. Sabemos que los hombres pertenecemos inmediatamente a pequeñas comunidades (familia, ayuntamiento,

corporación profesional) y que el primer deber del Estado es crear los presupuestos para cumplir las tareas que a esas comunidades impone la naturaleza. En este sentido, el Estado sería una vinculación de comunidades de forma que en las relaciones bilaterales del Estado con respecto a la pequeña y gran comunidad debe respetar y promover los derechos originarios comunitarios. El poder estatal es el poder supremo de los poderes sociales naturales, porque el cumplimiento de las tareas propias de las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales básicas. El propio fin del poder estatal, en la medida en que se orienta hacia el cumplimiento de las funciones sociales básicas de protección del orden jurídico y de aseguramiento del bienestar, tiene evidentes limitaciones que proceden del primado de los derechos fundamentales de las personas, de la existencia de diferentes comunidades, de los derechos de las minorías, de otros Estados y de los medios imprescindibles para garantizar una situación de bienestar. Como señala Messner, estos límites son flexibles ya que las exigencias del bien común son variadas y diversas según las distintas soluciones. Pero como regla general puede afirmarse que la presunción jurídica está contra la extensión del poder estatal. ¿Por qué?. Precisamente porque el poder estatal se justifica en la constitución natural del orden colectivo de las funciones sociales fundamentales. El poder estatal se justifica en la medida en que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, fin del Estado social y democrático de Derecho.

Como sabemos, la responsabilidad o la competencia individual precede a la global. Es decir, lo que los individuos y las pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado. El principio de subsidiariedad es un principio fundamental de toda autoridad social que hoy, lamentablemente, se interpreta exclusivamente como criterio para disponer, como sea, de más poderes, de más normas y, por supuesto, de más funcionarios al servicio de estas comunidades políticas descentralizadas.

Bien común, interés general, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común, trasunto filosófico del concepto jurídico-administrativo de interés general, es la clave porque implica ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social tiene tres importantes corolarios que nos ha sintetizado Messner. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común.

El libre desarrollo de la persona, en un contexto de bien común, es un dato capital. Por eso, el principio de subsidiariedad implica tanta libertad como sea posible y tanta intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los más felices nos recuerda Messner. Sin embargo, hoy por hoy existe una fuerte convicción de que el progreso social depende de la intervención estatal.

La cuestión es reducir la intervención justo a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso del Estado del Bienestar, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. Al contrario, la versión cerrada, unilateral y estática del Estado de Bienestar ha dejado tras de sí, gracias a la irresponsable gestión pública que la ha provocado, un reguero de pobreza y miseria sin cuento. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las comunidades menores en que se integra, se fomentará la competencia y la responsabilidad y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder.

Pero lo más importante, independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la Ética política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades vienen en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales. Hoy, no parece necesario recordarlo, la falta de reacción social, la débil motivación de los ciudadanos, y la

actitud sumisa general ante el poder, reclaman que el principio de subsidiariedad vuelva a colocarse en el primer plano de la Ética Política.

El profesor Cassagne, gran defensor del principio de subsidiariedad, señala que quienes piensan que este principio genera Estados débiles o mínimos, no son conscientes de que la realidad subraya la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. Al contrario de lo que pueda pensarse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión. Actualmente, la experiencia del Estado estático de bienestar que ha dominado buena parte de Europa en este tiempo, demuestra que a pesar de la intervención directa, de las cuantiosísimas subvenciones, de las ayudas de todo tipo, el pueblo se ha empobrecido, las arcas públicas están vacías y la capacidad del Estado de asumir nuevas políticas sociales, bajo estos postulados, bajo mínimos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos constituye la segunda función social básica del Estado, después del mantenimiento de la paz y el orden interior y exterior. En realidad, la función del bienestar de todos los ciudadanos se refiere a la vida económica y social y sus principales campos de aplicación son las bases ordenadoras de la economía nacional. Una economía que ha quebrado el principio de estabilidad financiera y se ha lanzado a un endeudamiento creciente no siempre justificado, ni mucho menos, por la atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos, que tiene mucho que ver, no sólo etimológicamente, con el bien común, puede alcanzarse a través de la intervención directa del Estado en la vida económica y social o a través de la aplicación del principio de subsidiariedad. En este sentido, conviene distinguir entre Estado-Providencia y Estado social del Bienestar. Es el Estado-Providencia, el Welfare State, el que ha fracasado. El Estado social del Bienestar, por el contrario, bien aplicado, puede ayudar sobremanera a salir de la profunda crisis general en la que nos encontramos en el mundo Occidental. Especialmente, si el interés general se gestiona de manera abierta y complementaria, contando realmente con la participación del pueblo.

El Estado Providencia (Welfare State) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”.

Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, omnipresente, que reclama elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar cómo matemáticamente se comprueba en nuestro país sin demasiados problemas. En fin, este modelo estático de Estado del Bienestar es el que ha fracasado estrepitosamente en Europa en este tiempo por no confiar en el principio de subsidiariedad como elemento de regulación de la tarea estatal de bienestar y, por tanto, por no seguir un principio del bien común y de supremacía del interés general a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad, solidaridad y responsabilidad.

El Estado del Bienestar, como sabemos, no es más, ni menos, que el resultado de una forma de intervención del Estado en la vida social que surge tras la crisis de 1929 y que adquiere carta de naturaleza después de la II Guerra Mundial. En realidad, lo que ha ocurrido, es que el grado de intervención ha ido “in crescendo” hasta llegar a alcanzar las dimensiones actuales. Unas dimensiones que reclaman una refundación y la vuelta a los principios y postulados básicos. Hoy, probablemente, tras la aguda crisis y recensión que vivimos tendrá que alumbrarse un nuevo modelo de Estado que garantice el bienestar de todos contando con todos, no desde la cúpula o desde el vértice, como ha acontecido hasta ahora.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la de mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios de precios o de impuestos, de pleno empleo, la política agraria, sindical....

También la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social.

En la actualidad, a pesar de los fondos públicos invertidos en el Estado del Bienestar, estamos sumidos en una crisis global sin precedentes. Entre otras razones, por haber hecho un uso ilegítimo de un modelo que tiene como fin la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Los dirigentes, atendieron preferentemente a determinados grupos, financieros, políticos y sociales, desde los cuales mantenerse en el poder a ultranza, como sea, a como dé lugar. El interés general terminó por confundirse con determinados intereses particulares, sectoriales o grupales con un único fin: la permanencia en el poder.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, cómo es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común, del interés general en términos de Derecho Administrativo. La verdad es que el Estado del Bienestar actual poco tiene que ver con el modelo del Estado social del Bienestar porque la intervención ha sido cada vez mayor y mayor, hasta llegar en la actualidad a una peligrosa situación pues se ha ido aniquilando la capacidad de reacción de los individuos y se les ha acostumbrado a esperarlo todo del Estado, de manera que la responsabilidad personal es una quimera.

Estudiemos ahora brevemente cuál es la posición del Estado social del Bienestar en materia de política social. No cabe duda que hoy en día una de las principales funciones del interés general es preservar adecuados estándares y patrones de calidad, asequibilidad y universalidad en las políticas sociales, en materia de trabajo y sanidad fundamentalmente. En materia educativa ya va siendo hora de que abandonemos el concepto de servicio público y se colabore más, desde el poder público, con tantas y prestigiosas instituciones de enseñanza que a lo largo del tiempo han demostrado mejores parámetros educativos que la propia enseñanza pública. En todo caso, la clave está, una vez más, en que los padres puedan elegir el modelo educativo de

su preferencia, lo que implica, es obvio, que el Estado garantice, y no es poco, esa elección tan relevante para una auténtica libertad educativa, algo que, en términos generales, y salvo honrosas excepciones, brilla por su ausencia entre nosotros. Si se introduce competencia en el sistema y se asegura la libertad de elección, la enseñanza pública terminará por mejorar, que medios personales y materiales tiene, y se eliminará esa peligrosa dictadura de determinados colectivos que no buscan más que el privilegio y mantener una situación de prerrogativas, a todas luces incompatible con la necesidad, cada vez más urgente, de que los jóvenes puedan acceder a una educación de calidad.

En primer lugar, conviene definir lo que debemos entender por política social. La política social consiste en las medidas e instituciones del Estado para proteger a los grupos sociales que dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de la política social, cada vez más necesarias, están la protección de una salud digna y humana, una protección del salario a través de la seguridad social general y una protección de los convenios colectivos para que las condiciones de trabajo permitan la realización del hombre en su plenitud (Messner). También en estos casos la acción del Estado está vinculada por el principio de subsidiariedad, de forma que en muchas ocasiones la integración social es posible dejando a los individuos y grupos que profesionalmente son competentes en la materia la iniciativa siempre en un marco de responsabilidad pública. Es decir, en estos casos, la iniciativa social asume la gestión de ciertos servicios de naturaleza social bajo exigentes controles, comprobaciones y supervisiones del Estado.

Conviene recordar que la acción social del Estado debe extenderse a la protección de la salud, del salario y del contrato de trabajo en las mejores condiciones de solidaridad y bienestar humano. En caso de que el Estado intente actuar unilateralmente sobre otros riesgos de la vida, entonces ya nos encontramos con un modelo de Estado de Bienestar de corte intervencionista que intenta asfixiar a la persona. En este tiempo, la intervención en esta materia de la política social es desproporcionada pues se ha conseguido, en no pocos casos, incrementar hasta el infinito el presupuesto público para mantener a colectivos cada vez más numerosos de personas. Hoy, se destinan grandes dotaciones presupuestarias a los subsidios sin que se haya, ni mucho menos, orientado la acción pública al bien común, al interés general. Más bien se otorgan con intenciones, nunca confesadas, de control social, al más rancio estilo clientelar. En la medida en que los servicios públicos son de peor calidad, en la medida que crece irresponsablemente la burocracia y en la medida en que desapa-

rece la iniciativa y la responsabilidad personal, nos encontramos ante un panorama desalentador que parece imposible revertir. La política de fomento, de subvenciones debe ser revisado y usada exclusivamente para estimular actividades y colectivos que realizan actividades de verdadero interés general, no actividades y colectivos a los que se intenta captar políticamente desde la política subvencional.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar implica que la acción pública en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social del Bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Vaya si lo hemos comprobado en la crisis financiera de este tiempo. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar. Por cierto, una doctrina bien de actualidad en este tiempo, en que es menester volver a pensar en la funcionalidad y los límites de la intervención pública, especialmente en la vida económica.

La pérdida de confianza hacia el sector público como motor único y exclusivo de la vida económica es un dato, hoy, indudable. La crisis del Estado de Bienestar y de las políticas de intervención masivas e indiscriminadas han dejado vacías las arcas públicas. Fundamentalmente a causa de que los dirigentes del espacio público equivocaron sus prioridades y se olvidaron de lo fundamental: la promoción y garantía de los derechos de los ciudadanos. Se dedicaron, y de qué manera, al control social, a aliarse con las tecnoestructuras financieras y mediáticas para mantener a la ciudadanía sumida en dulce y reparador sueño que al cabo del tiempo, cuándo ha habido que despertar, la realidad se ha presentado como es, sin artilugios, sin fantasías, sin sucedáneos: bajada de sueldos públicos, bajada de las pensiones o subidas de impuestos.

El protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor Velarde Fuertes, encontramos el célebre trabajo de Enrico Barone publicado en el *Giornale*

degli Economisti (1.908): “El ministro de la producción en un Estado colectivista”, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de Wiesser, Pareto y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista Mandilesco se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de Roosevelt como la encíclica “Quadragesimo anno” se muestran críticas hacia el capitalismo. En 1917 comienza la amarga experiencia comunista en Rusia y en los países “convertidos” a la paradójica sociedad sin clases. En 1989, tras un largo y épico sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el comunismo. El desmantelamiento del credo comunista ha traído consigo la crisis del planteamiento socialista. Hoy, tras la crisis de 2008, los planteamientos tradicionales del mercado sin regulación o de la intervención pública como política fundamental deben ser superados. Algo, que a nuestro juicio, pasa por replantear el modelo del Estado del Bienestar y aplicarlo en su versión dinámica y finalista a la vista de los pésimos resultados que conseguido la versión estática, cerrada y unilateral. Asimismo, hay que revisar el sentido de la actividad de fomento del Estado, fortalecer las tareas de vigilancia, supervisión y control, profesionalizar las agencias reguladoras, apuntalar la separación de los poderes y, sobre todo, colocar en el centro del orden político, social y económica la dignidad del ser humano.

Los planteamientos intervencionistas de Keynes o Beveridge trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1945 a 1973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizás porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración mundial, no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Ahora bien, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado del Bienestar. Entre ellos, destacan Walter Eicken, Ludwig Erhard o Friedrich Von Hayek. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable, sobre todo, como comprobamos a diario, al haber fracasado estrepitosamente tanto la idea de la innecesariedad de la regulación del mercado como la tesis de la conversión de la

intervención pública en el paradigma de las políticas públicas. Eucken, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento es irrefutable: el problema es de orden cualitativo, no cuantitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según Eucken, y la doctrina de la economía social de mercado, ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia. Como es bien sabido, el “milagro” alemán debe mucho a esta interesante doctrina de la economía social. Hoy, el “milagro” que se precisa, en otras circunstancias, pasa, a mi juicio, por planteamientos de esta naturaleza liderados por estadistas de la talla que por entonces dirigían los principales países de Occidente.

Ludwig Erhard entendió claramente la función del Estado cuando escribía en su célebre obra “Bienestar para todos” que el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello. Es decir, el Estado, es la principal manifestación de la cláusula del Estado social, debe crear las condiciones para que la libertad del ciudadano y de los grupos en que se integre sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su realización efectiva. En modo alguno, como ha entendido la versión estática y unilateral del Estado social, se puede justificar esa acción pública orientada a la dependencia de los ciudadanos, a quienes el espacio público, regido por lo unilateral y el pensamiento único, termina por narcotizar hasta ser convertidos en marionetas al servicio de la tecnoestructura política, financiera y mediática, que sutilmente ha conseguido que la democracia esté dejando de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo, convirtiéndose sencillamente en el gobierno de los que mandan sin más. Eso sí, bajo la apariencia de una participación que, cuándo existe formalmente, no es más que la “longa manus” de las grandes corporaciones que componen la tecnoestructura dominante.

El Estado del Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de “entreguerras” es un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión. Sin embargo, cómo sabemos muy bien, en su evolución histórica ha ido adquiriendo las características propias de un Estado fuertemente interventor en detrimento de las libertades del hombre hasta

llegar hoy a una situación insostenible, en la que hay unanimidad general y que se ha bautizado como la crisis del Estado de Bienestar. La causa principal: que el Estado se ha excedido en su afán interventor y, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos. Por una razón, porque en la determinación y administración del interés general se ha actuado unilateralmente, sin escuchar a los ciudadanos, sin fomentar la participación real del pueblo.

En realidad, debe reconocerse que en virtud del Estado del Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte de los ciudadanos. Sí, pero en su versión estática, la que terminó por prevalecer a causa de la ausencia de altura de miras de los dirigentes de estos años, ha traído consigo una evidente crisis de responsabilidad personal, pero que muy preocupante, que ha transformado al ciudadano en un mero espectador pasivo, en un sujeto inerte, dependiente y al servicio subjetivo de los poderes públicos.

El Estado del Bienestar, es de justicia recordarlo, surge de una convicción moral, como dice Karl Popper, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Por eso debe reivindicarse nuevamente que el principio rector que justifica la intervención del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad. Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, ocurre todo lo contrario porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común, a la preservación del interés general de los ciudadanos. Para conseguirlo, el Estado debe devolverles, racionalmente y en un marco de bien común, de interés general, las competencias que le son propias. La sociedad, y los ciudadanos como sus componentes básicos, han sido expropiados durante largos años de muchas de sus funciones que se han ido convirtiendo en servicios públicos con el fin de que el Estado, y quienes lo dirigen en cada momento, aumenten su hegemonía y extiendan su poder cada vez a más actividades y tareas sociales. Hoy, en plena crisis económica y financiera, es menester proceder a una revisión a fondo del esquema y funcionamiento del Estado de Bienestar con el fin de adecuarlo a la realidad recuperando el papel central del ciudadano y la necesaria participación social en la definición y

evaluación de las principales políticas públicas.

En este trabajo me interesa destacar que es menester recuperar una manera de entender el interés general, no desde la unilateralidad, sino desde el pensamiento abierto y complementario, desde la participación de la ciudadanía. Participación real de la ciudadanía que tardará en llegar porque en este momento esa participación se canaliza, en algunos países con mayor intensidad que en otros, a través de la manifestación del derecho a la indignación por parte de millones de personas. Es un primer paso al que deben seguir reformas del orden político, económico y social que coloquen de nuevo al pueblo en el lugar que le corresponde. Después será más sencillo, más fácil, que realmente la ciudadanía se implique en los asuntos de interés general y forme parte incluso de consejos o instituciones de participación en las principales políticas sociales. El Estado debe permitir que cada ciudadano se desarrolle plenamente y que pueda integrarse en condiciones dignas en la sociedad. La muerte del “Welfare State” no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano hasta convertirlo en una marioneta totalmente dependiente de las tecnoestructuras políticas o financieras.

El sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran proporcionados al gasto empleado. ¿Por qué?. Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es la justificación para crecer y crecer y porque no ha calado en los dirigentes políticos la Ética propia de un Estado que aspira a instaurar el verdadero bien común, a preservar el interés general.

Edgar Morin, un sociólogo galo bien conocido, hace algunos años sentenció, tras un estudio de campo sobre la realidad de los servicios sociales franceses, que a pesar de que los gastos sociales han crecido de la mano del todopoderoso Estado del Bienestar, sin embargo la calidad en la atención al hombre marginado concreto es todavía una quimera. Si cabe, la paradoja es patente, aumenta la solidaridad administrativa, pero esta es insuficiente, impersonal, burocrática y no responde a las necesidades concretas, inmediatas e individuales. La razón es bien clara y así lo admite Morin. El problema de la solidaridad concreta e individualizada es irresoluble en el marco tradicional de una política que se practica por decretos o programas únicamente. La solución viene de la mano, así lo reconoce el profesor Morin, de una política

que despierte y estimule. En otras palabras, los poderes públicos deben fomentar y ayudar a que tantas personas que trabajan por la solidaridad lleven a buen fin sus proyectos. Una vez más se comprueba que los poderes públicos, en tantas y tantas ocasiones deben tener la inteligencia de potenciar las iniciativas sociales que, no lo olvidemos, son las que dan la temperatura de la vida democrática de un país.

¿Por qué si aumentan los recursos para la solidaridad, los resultados son tan magros?. No por motivos económicos. Por la mala gestión pública de este interés general fundamentalmente. Por asumir “in toto” todos los servicios sin contar la colaboración, para la gestión o administración concreta, de instituciones sociales de gran prestigio y con gran experiencia en la materia. Es necesario repetir, pues, que la aguda crisis del “Welfare State” no es sólo de diagnóstico económico. La razón es mucho más profunda y tiene que ver con la actitud del Estado frente al ser humano. En estos casos hay que reconocer que en una sociedad libre no es función legítima del Estado obligar, imponer la ayuda a los necesitados para que permanezcan permanentemente en situación de dependencia. Es más saludable, y más propio de un Estado que busca una sociedad fuerte, potenciar a los grupos -que los hay, y muchos- que actúan voluntariamente y que disfrutan ayudando a los demás.

Como dice Karl Popper tratando de la idea de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación superior, resulta que para el estudiante sin recursos de hace algunos años, la lucha por el conocimiento era una aventura que exigía privaciones y sacrificios. Y, sin embargo, hoy ese derecho se da por supuesto y se valora poco aquello que se recibe como un derecho adquirido, sin sacrificio. Esta es una consecuencia evidente de la acción del Estado de Bienestar sobre la sociedad: eliminar la responsabilidad, liquidar la capacidad crítica de los ciudadanos y condenarlos a una actitud de pasiva y pesimista resignación frente a la autoridad estatal que es quien decide y quien estimula a los ciudadanos. Por ello, la capacidad de ilusión y de sacrificio hoy está en un mal momento. De ahí que la nueva versión del Estado del Bienestar debe ser más sensible ante la dignidad personal y debe buscar ese clima de bien común, de preservación del interés general que tanto se necesita para que la efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos sea una realidad.

Una de las quimeras del Estado del Bienestar que ha justificado la expansión incontrolada del gasto público, ha sido la necesidad de distribuir equitativamente la renta. Pero también en este punto el “Welfare State” ha fracasado, porque es bien conocido

que tras décadas de actividades redistributivas, el nivel de desigualdad no ha disminuido. Al contrario, no sólo no se ha redistribuido del más rico al más pobre, sino, en la mayoría de los casos, de éste al más pobre todavía. La pregunta que a continuación se plantea resulta evidente: ¿Dónde van a parar, entonces esos recursos que se nos detraen, si es que no se dedican a tareas redistributivas?. Pues sencillamente, a alimentar el aparato burocrático que, a pesar de todo, crece y crece sin parar. Es decir, esos fondos, en buena parte, han ido dirigidos a aumentar el control de los burócratas sobre la economía.

La burocracia, es un dato evidente, ha crecido desproporcionadamente en estos años ¿Por qué?. Porque como dice Luhmann, el Estado de Bienestar, me permito apuntar en su versión estática, únicamente consigue cumplir sus deberes recurriendo a la burocracia. No cabe duda de que, de una u otra manera, con más o menos intensidad, los burócratas buscan aumentar su poder en la Administración pública y para ello tienen necesidad de expandir su actividad. Mientras no se produzca una efectiva conversión de la burocracia, como organización, a la idea de servicio objetivo y efectivo al interés general y mientras no se tenga claro, teórica y prácticamente, que la función pública existe y se justifica en la medida en que es capaz de satisfacer las necesidades públicas y no sólo los intereses corporativos.

También conviene llamar la atención sobre otro fenómeno que ha acentuado la crisis del Estado del Bienestar: la corrupción. ¿Porqué?. Sencillamente porque un Estado que interviene en todos los recodos de la vida social alienta necesariamente la creación de grupos de interés que desean sacar beneficios directos de los poderes públicos. Cuando la discrecionalidad es la regla general y los sistemas de contratación públicos permiten adjudicaciones sin excesivos controles, parece lógico que al aumentar progresivamente los fondos públicos, la proliferación de grupos de presión y de empresas cercanas al poder campe a sus anchas.

El bien común es un concepto filosófico que, desde otras disciplinas, puede traducirse como bienestar general según la Sociología o interés general desde el Derecho Administrativo. El bien común, es un dato capital, constituye la tarea suprema de la actuación de los poderes públicos. Es más, en la medida en que la Ética supone profundizar en la plasmación del bien común, resulta evidente que la primacía de la “política” frente a la peligrosa preponderancia de la “economía” en nuestro tiempo, implica que es una función trascendental de la comunidad política reducir, dice Messner, a su propio puesto a cada uno de los grupos, con sus intereses particula-

res y sus pretensiones de poder, evitando así la explotación de unos por otros. Los dirigentes públicos, los responsables de los poderes públicos, pues, deben, ordenar todo este entramado de distintos intereses particulares o sectoriales en el proceso dinámico de la realización progresiva del bien común, del interés general. Por eso, cómo nos recuerda el profesor Messner, la autoridad política tiene que contar con el poder necesario para poder realizar el bien común, el interés general. Es decir, el bien común en cuanto ley fundamental de los poderes públicos, fundamenta la primacía de la “Política”, recta ordenación de la res pública para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, y justifica la plenitud de la autoridad al servicio del bien común.

El Estado estático del Bienestar, lo estamos experimentando y sufriendo en nuestras carnes, ha necesitado subir los impuestos para afrontar un elevado gasto público con el que cubrir las crecientes demandas sociales. Pues bien, también en este apartado, el Estado interventor ha fracasado. Sobre todo, porque sabemos bien que aumentar los impuestos sólo contribuye a desalentar la inversión y el trabajo. Por el contrario, si se bajan los impuestos, son mayores los incentivos para trabajar, ahorrar e invertir y, por ello, para que los empresarios creen puestos de trabajo. Entonces, lo ordinario es que crezca la economía, que el producto nacional aumente y que se gane más dinero, de manera que se recaude más aunque los impuestos sean más bajos. En cualquier caso, las correcciones de los desequilibrios evidentes que hay en nuestra sociedad, no se arreglan destinando el dinero de los impuestos que gravan a los más ricos a los más pobres, porque de esta manera, lejos de integrar a los pobres en la sociedad, se les aísla a través de subsidios y ayudas esperando que políticamente sea rentable la operación. Curiosamente, esta forma de proceder, propia del “Welfare State”, supone que la sociedad se basa en el enriquecimiento: esta es la consecuencia tan paradigmática de la metodología del Estado de Bienestar. Por eso, nos conviene volver al modelo de Estado dinámico de Bienestar, nos conviene que en lugar del afán de lucro que ha generado este Estado intervencionista en alianza con las más variadas tecnoestructuras, fundamentemos la sociedad sobre la cooperación, la responsabilidad y la libertad solidaria de las personas.

En fin, la desaparición del llamado “Estado-Providencia en su dimensión estática” y la vuelta al bienestar dinámico deben dejar paso a un Estado subsidiario, en el que se estimule la participación real de los ciudadanos, en el que se recupere la idea del poder público al servicio objetivo del interés general, en el que se promueva la res-

ponsabilidad personal, en el que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales, en el que se cuente con los individuos y los grupos que los representan para el bienestar social, en el que bajen los impuestos, en el que se instaure la economía social de mercado, en el que se adecue el tamaño del sector público a las funciones esenciales del Estado.. Es decir, un Estado comprometido con la justicia porque así se protege la dignidad de la persona que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y, que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del ser humano.

3. INTERÉS GENERAL Y POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La función fundamental del Estado se encuentra en la realización del bien común, del interés general, que no es, ya lo hemos comentado, la suma de los bienes o intereses individuales. Es más, se trata de un nuevo valor específicamente distinto del bien o interés individual y de la suma de los bienes o intereses particulares. El bien común, el interés general en términos jurídico-administrativos, se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona. De ahí que el Estado no debe ver en el hombre únicamente el ciudadano, porque el hombre es algo más, bastante más que un ciudadano: es un ser humano con unos derechos fundamentales que surgen de su propia dignidad y que debe realizarlos para desarrollar en plenitud, en libertad solidaria, su personalidad. De los derechos fundamentales en relación con el interés general, de su núcleo irreductible, como lo llama Meilán Gil.

La persona se constituye, pues, en centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irrepetible e intransferible, en persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, los derechos fundamentales, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los diferentes políticos de cualquier signo en todo el mundo.

Recuperar el pulso del Estado social y democrático de Derecho y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre

ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Ciertamente, los logros del Estado del Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la ciudadanía.

El interés general del Estado social y democrático de Derecho se define de forma abierta, dinámica, plural y complementaria. Quiero eso decir, entre otras cosas, que es esencial la participación ciudadana en esta tarea de forma que en el corazón del interés general esté presente la sensibilidad humana.

¿Por qué a día de hoy se constata la existencia de una crisis también en la forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio objetivo del interés general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la ciudadanía.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades o sus ilusiones. El modelo de Estado “intervencionista” acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado del Bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desa-

rollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que -por motivos diferentes- contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

El interés general no se define pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino pensando en el conjunto de la sociedad concitando a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

La participación, en este sentido, se puede entender no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cotas de participación de hecho, libremente asumida, en los

asuntos públicos. La participación significa también, un método de trabajo social. En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política y social entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social.

La política en el Estado social y democrático de Derecho significa poner como centro de nuestra preocupación las preocupaciones de la ciudadanía, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones, el anhelo de libertad solidaria, el deseo de participación.

En este sentido, el interés general no puede atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional.

Por eso, la determinación de los objetivos del interés general en el Estado social y democrático de Derecho no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que es también un método.

Tratar de la participación cómo método es afirmar la apertura de la organización administrativa hacia la sociedad. Una Administración pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios del pueblo. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones propias de las ideologías cerradas como de las tecnocráticas o burocratizadas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Para ello es menester disponer de una Administración pública receptiva, con sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran.

Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, que duda cabe, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las necesidades colectivas sobremanera, las que se pretende servir objetivamente desde la Administración.

En la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el interés general en el Estado social y democrático de Derecho desde la atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social del individuo, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

Ministerio Público Fiscal de la Nación y debido proceso

(con especial referencia al
derecho público no penal)

Laura Monti

Mariano Javier Fernández

Ministerio Público Fiscal de la Nación y debido proceso

(con especial referencia al derecho público no penal)

Por *Laura Monti*¹ y *Mariano Javier Fernández*²

El art. 120 de la Constitución Nacional establece: “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”.

Se suma a ello la reglamentación llevada a cabo mediante la ley 24.946 y, posteriormente, por la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 (LOMPF).

Esta ley, en consonancia con lo dispuesto en el citado art. 120, dispone que aquél es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y 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 procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes.

En referencia al debido proceso, la nueva LOMPF dispone que debe intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los que no se haya transferido dicha competencia, siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos inter-

1. Dra. en Derecho (UBA), master en derecho administrativo (Universidad Austral), master en derecho y economía (Universidad Torcuato di Tella), Procuradora Fiscal ante la CSJN en el ámbito del derecho público no penal.

2. Abogado (UCA), Especialista en derecho administrativo económico (UCA), maestrando en derecho tributario y financiero (UBA). Prosecretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

nacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de (*en lo que aquí interesa*), conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas.

Actualmente se habla, en términos más amplios que los de debido proceso adjetivo, de la *tutela judicial efectiva*, que pone el acento en la efectividad o eficacia en la protección de los derechos de las personas, lo que genera mayor garantía para las partes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la *tutela judicial efectiva* con la denominación de “Protección judicial” en su art. 25 y efectúa en el art. 8 una detallada regulación de lo que denomina garantías judiciales.

A esta tutela judicial efectiva hizo referencia la Corte federal en el caso “Astorga Bracht”³, como fruto de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y la caracterizó como la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -y ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión fundada.

En tal sentido, el mismo Tribunal ha dicho que para que la tutela judicial de los derechos resulte efectiva debe ser oportuna, idónea y eficaz y poseer la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inciso 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles

3. Fallos: 327:4185

y Políticos.⁴

La tutela efectiva exige también interpretar las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de las pretensiones, evitando incurrir en hermenéuticas ritualistas o formalistas⁵.

En cumplimiento de su función constitucional de defensa de la legalidad, el MPFN puede realizar planteos de inconstitucionalidad de normas o de ilegitimidad de actos estatales, ya que el MPFN es un órgano independiente de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, autónomo en el ejercicio de sus funciones, por lo tanto, a partir de la reforma constitucional, no representa ni defiende en el proceso a ninguno de los poderes u organismos del Estado, sino que promueve la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. De este modo, podría plantear la ilegitimidad de normas o actos que restringen el derecho de defensa o el debido proceso, o bien dictaminar sobre la legitimidad o no de actos estatales por vicios en aquél, en su función de fiscal de la ley.

En particular, en el proceso contencioso administrativo, los fiscales dictaminan sobre el cumplimiento de los recaudos de habilitación de la instancia (por ejemplo, agotamiento de la vía administrativa y respeto de los plazos de caducidad para demandar al Estado). Hacemos esta referencia al control fiscal sobre los requisitos de habilitación de la instancia pues interesa a la defensa de una de las partes del juicio, que es el Estado en sentido amplio.

Respecto de los requisitos de habilitación de la instancia contencioso administrativa, el MPFN ha dictaminado que la declaración de inadmisibilidad de la acción tendiente a que se declare la nulidad de una medida disciplinaria expulsiva adoptada por un decreto del poder ejecutivo local, con fundamento en la falta de agotamiento de la vía administrativa según la ley de procedimiento administrativo local (decreto-ley 971 de Formosa) vulneraba el derecho de acceso a la justicia, pues importaría una decisión contraria a la continuación y sustanciación de la causa, lo que lesiona las garantías de debido proceso y defensa en juicio.⁶

4. Fallos: 339:740

5. Conf. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso -Argentina", emitido el 29/9/99.

6. Dictamen emitido en la causa "Ramirez, Alfredo c/ Provincia de Formosa s/ ordinario", al que la Corte remitió en

Por su parte, en “Transportes Uspallata” dictaminó que la conclusión de un superior tribunal local de considerar que el recurso de revocatoria que prevé la ley de procedimiento administrativo local resultaba innecesario y que la empresa actora debió impugnar en sede judicial un decreto dentro del plazo de 30 días previsto a tal efecto por la ley provincial, constituía una decisión de injustificado rigor formal y comportaba una exégesis de las reglas aplicables contraria al principio *in dubio pro actione* rector en la materia, que vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).⁷

Es interesante también, en este sentido, la decisión del Alto Tribunal en la causa “Lof”, en la que dejó sin efecto la sentencia que había declarado que la instancia judicial no estaba habilitada por entender que la actora no había agotado la vía administrativa, si era incontrastable que aquélla había cumplido dicho requisito, pues no sólo había deducido recurso jerárquico sino que, además, la autoridad administrativa lo había resuelto en contra de sus pretensiones y, precisamente por ello, la demandante había interpuesto la acción judicial. Ello era así, dijo el tribunal, en especial si se desconocía el principio *in dubio pro actione*, rector en materia contencioso administrativa⁸.

En idéntica orientación, cuando se trata de los plazos de caducidad para demandar al Estado, el alto tribunal federal⁹ entendió que era arbitraria la sentencia que obligaba a cumplir ese plazo cuando ello no estaba previsto, por padecer de un injustificado rigor formal y poner de relieve una inteligencia de las reglas aplicables contraria al principio *in dubio pro actione*, rector en la materia (causa “Biosystems”)¹⁰.

En general, frente al silencio de la Administración cuando se exige de ella un pronunciamiento concreto, la Corte, en concordancia con el MPFN, ha dicho que el cumplimiento de aquélla en plazo (art. 1º de la ley 19.549), no es ajena a los organismos previsionales por lo que, frente al silencio, el particular tiene la opción de

su sentencia registrada en Fallos: 343:156.

7. Dictamen del 03/02/2016, al que la CSJN remitió en Fallos: 339:1483.

8. CSJN, “Lof, Casiano c/Provincia de Río Negro”, sentencia del 15 de julio de 2008, Fallos: 331:1660.

9. Fallos, 315:656; 316:2477 y 318:1349.

10. Fallos: 346:921

esperar el dictado de la resolución o bien acudir a la instancia administrativa o judicial que corresponda, pues cuenta con un medio idóneo para la protección de sus derechos frente a la actitud pasiva que lo perjudica (arts. 10, 28, 23 y 26 de la ley de procedimientos administrativos).¹¹

En el proceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Procurador General y los procuradores fiscales intervienen de distintas formas, principalmente, dictaminando en las causas que el Tribunal les remita. En esa actuación, deben controlar que se haya respetado el debido proceso.

Así, por ejemplo, verifican que se haya dado traslado del recurso extraordinario federal, que el auto de concesión sea correcto, solicitan medidas para mejor dictaminar, debido a que existan circunstancias sobrevinientes a la concesión del recurso, como el dictado de nuevas normas, para que las partes aclaren algún punto respecto de los hechos, etc. Un fundamento concurrente, en estos últimos casos, del aseguramiento del debido proceso, es que las sentencias deben atender a las circunstancias imperantes al momento en que son dictadas, incluso respecto de los cambios normativos.

En general, el MPFN puede y debe realizar observaciones de oficio cuando está comprometido el interés público y el debido proceso (En este punto, corresponde mencionar a modo de ejemplo los casos “Ruarte Bazán”¹² sobre la falta de traslado a la persona que había sido designada para ocupar un cargo docente en el marco de un concurso universitario o “Cussi”¹³ sobre conformación de la mayoría de los tribunales colegiados).

En la jurisprudencia, reseñaremos a continuación algunos fallos de la Corte vinculados a la intervención del Ministerio Público en causas no penales y mencionaremos otros casos que cuentan con dictámenes del MPFN sobre el respeto del debido proceso.

“Clínica Marín S.A.”¹⁴: En esta causa, el Máximo Tribunal reconoció la legitimación

11. Fallos: 324:1405.

12. Fallos: 335:1412.

13. “Cussi, Norma c/ Policía de la Provincia y Estado Provincial”, dictamen del 6/9/2007. La Corte, por mayoría, rechazó el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del CPCCN (Fallos: 331:31).

14. Fallos: 336:908.

del Ministerio Público Fiscal para deducir recurso extraordinario federal en causas no penales. La Corte sostuvo que tal atribución correspondía al MPF ya “que tanto la Constitución Nacional en su artículo 120, como en la ley que rige su actuación, encomiendan al Ministerio Público la función de defender el orden público en su integridad”. Por lo tanto, los fiscales podrían, según esta jurisprudencia, también recurrir cuando se ha violado el debido proceso, alegando, por ejemplo, la arbitrariedad de la sentencia.

“Universidad Nacional de la Matanza y otros c/ Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16986.”¹⁵ En este caso, en cambio, al igual que en otros que lo sucedieron, la CSJN denegó legitimación al MPFN para apelar cuando no haya sido parte en el proceso. Por el contrario, la PGN había resaltado, en primer término, la facultad que poseen los fiscales, otorgada por el art. 120 de la CN, para promover la actuación de la justicia con el fin de cumplir con su misión de defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Además, en lo referido a la atribución para impugnar las decisiones tomadas por los jueces, señala que ella deriva de lo prescripto por el art. 31 incisos b y c de la ley 27.148, a los que ya nos hemos referido en otra parte del trabajo. Es decir, la posibilidad que tienen los fiscales de interponer un recurso extraordinario, en el caso de que consideren comprometida la legalidad o los intereses generales de la sociedad, que se encuentra expresamente prevista en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, se asevera que el ejercicio de esa atribución por parte de los integrantes del MPFN no podía quedar condicionado a la conducta de las partes en el proceso. Los fiscales cuentan con respaldo legal para deducir un recurso extraordinario si así lo consideran, resultando indiferente que ellas, a su vez, hayan apelado o no. Específicamente, señala el dictamen que “además, corresponde señalar que la oportunidad y el modo del ejercicio de estas facultades por parte del Ministerio Público Fiscal corresponden a la esfera de autonomía funcional y no pueden resultar condicionadas por el accionar de las partes”.

“Montilla Ltda Agraria Comercial e Industrial S.A. c/ Resero S.A. y Estado Nacional s/ daños y perjuicios.”¹⁶ El fiscal general subrogante ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, con el fin de dictaminar sobre el fondo del asunto, le solicitó a ese tribunal tomar conocimiento del expediente judicial de referencia, en el que el Estado Nacional había sido condenado a pagar a la firma Montilla un elevado monto

15. Fallos: 346:970.

16. Expediente CSJ 1179/2013 (M49).

de dinero en concepto de daños y perjuicios derivados de un presunto incumplimiento contractual.

La cámara rechazó esa solicitud con fundamento en que el Ministerio Público ya había dictaminado oportunamente sobre la cuestión de competencia y que no correspondía ninguna nueva intervención ni vista a ese órgano, ya que las cuestiones ventiladas no involucraban el interés común de la sociedad sino únicamente el de las partes en conflicto.

El fiscal general dedujo recurso extraordinario que fue mantenido por la Procuración General. Podría hablarse aquí de una afectación de los derechos de la sociedad, que el fiscal general pretendía resguardar, y que no había podido hacerlo debido a que no se le había dado intervención en el expediente.

En primer término, el dictamen destacó que los jueces no pueden impedir a los fiscales tomar vista de una causa, ni suplir la determinación acerca de la existencia de intereses generales de la sociedad que requieran su intervención, pues ello atenta contra la independencia del Ministerio Público.

En relación con ese punto sostuvo que “el modo en que resolvió la sentencia apelada la solicitud del fiscal importa la obstrucción del ejercicio de funciones propias de los representantes del Ministerio Público Fiscal.”

Además, remarcó que la solicitud formulada por el fiscal ante la cámara encontraba adecuada justificación “en su deber de control de la observancia de la legalidad y del debido proceso, así como también en el interés general de la comunidad por el respeto hacia las instituciones, máxime cuando se encuentra en juego la gestión estatal -en virtud de la intervención dispuesta oportunamente- y la utilización de los recursos públicos.”

Por lo tanto, concluyó el dictamen que, en atención a las atribuciones que el ordenamiento jurídico le encomendó al MPF como guardián de la legalidad y debido proceso, la Cámara debió otorgar vista al fiscal general, por lo cual, tal como se señaló, mantuvo el recurso de este último.

Por su parte, la Corte dictó sentencia el 20 de septiembre de 2022. En lo que se refiere a la actuación del MPF, el Máximo Tribunal se apartó del dictamen previamente reseñado.

Así, consideró que el pronunciamiento apelado no resultaba arbitrario, tomando en consideración las circunstancias de la causa y la necesidad de una ordenada tramitación de los procesos.

Además, remarcó que, en el marco de la tramitación del recurso extraordinario federal interpuesto por el Estado Nacional, demandado en el expediente, el Ministerio Público había tenido intervención, en los términos del art. 33, inc. a), pto. 5 de la Ley N° 24.946.

Por ello, la CSJN confirmó la sentencia de la instancia anterior.

“Martínez , Raquel Liliana c/ Banco de la Nación Argentina s/ amparo Ley N° 16.986.”¹⁷ La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán confirmó la sentencia dictada por el titular del Juzgado Federal de Primera Instancia de Santiago del Estero, que había rechazado la acción de amparo promovida por la actora contra el Banco de la Nación Argentina a fin de obtener la reincorporación en su puesto de trabajo y el pago de salarios caídos, premios y compensaciones, desde el momento en que se produjo el despido.

Contra este pronunciamiento, el fiscal general ante esa cámara dedujo recurso extraordinario federal con sustento en que la sentencia apelada había sido dictada sin competencia material en cuanto se hallaba suscripta por letrados cuya subrogancia como magistrados se encontraba vencida.

La apelación fue denegada por la cámara con sustento en que ninguna de las partes había apelado y en que el fiscal general no había solicitado su intervención como parte en el proceso, lo que derivó en que el magistrado del MPFN dedujera recurso de queja, que fue rechazado por la CSJN¹⁸ por aplicación del art. 280 del CPPCN.

17. Expediente FTU 32782/2018/1/RH1.

18. Sentencia del 16/5/2024

Sin perjuicio de ello, creemos interesante hacer una referencia al dictamen de la Procuración General de la Nación emitido en dicha causa, como consecuencia de la vista conferida por la Corte.

Dicho documento comparte la postura del fiscal general en cuanto sostiene la procedencia del recurso extraordinario. Para ello, hace alusión a que la intervención de aquél, vinculada a la conformación de la cámara, encontraba respaldo en el art. 120 de la CN ya que se funda en la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

En este sentido, el dictamen resaltó la atribución que, en virtud de lo prescripto por el art. 31, inc. b), de la ley 27.148, poseen los fiscales no penales para peticionar en las causas en trámite en los conflictos donde estén involucrados intereses a su cargo, y la conferida por el inc. c) de ese mismo artículo, que prevé expresamente que aquéllos pueden “plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso” (el subrayado no figura en el dictamen).

Además, la Procuración hizo hincapié en el modo de ejercicio de estas facultades, recordando que ellas corresponden a la esfera de autonomía del fiscal y no pueden resultar condicionadas por el accionar de las partes. Se mantuvo así la queja deducida por el fiscal general.

También el MPFN, en su carácter de custodio del debido proceso, puede agravarse (si actúa como parte) o dictaminar (si actúa como fiscal de la ley), en lo respectivo al control judicial de los actos estatales.

Así sucedió, por ejemplo, en la causa “Goñe”¹⁹, en el que se consideró nula la cesantía de un auditor que trabajaba en una universidad nacional por no haberse llevado a cabo el sumario administrativo correspondiente.

Del mismo modo, se han señalado (y la Corte ha compartido) afectaciones de la defensa en juicio en procesos en los que no se había dado la debida participación a

19. Expte. G. 830, L.XLVII, sentencia del 10 de diciembre de 2013

terceros de intervención obligada y, aunque no había planteo de parte al respecto, se ha anulado lo actuado a partir de que debió dárseles intervención.²⁰

Un dictamen muy interesante en punto a la publicidad en régimen republicano de gobierno y la reserva respecto de algunas actuaciones, que no puede ser opuesta a quien se ve directamente afectado por ella, y obliga a que se le dé vista de las actuaciones para que pueda defenderse, se dio en la causa “Oxley”²¹, que fue compartido por la Corte.

En cuanto a otro componente del derecho a la tutela judicial y al debido proceso, como es el derecho a una decisión fundada (a que el particular pueda conocer las razones del acto que afecta sus derechos e intereses), la CSJN ha virado, a partir del caso “Schnaiderman”²², a una posición que exige una motivación fundada debidamente en hechos y antecedentes de derecho, el dictamen fue emitido por el MPFN y compartido por el Máximo Tribunal en su sentencia.

En esta orientación, el MPFN ha considerado arbitraria una sentencia en una causa en la que se impugnaba un acto administrativo con fundamento, entre otras razones, en la causal legal que se había invocado para impedir la permanencia de una persona en el país, al decir que ella no puede ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa; pues la determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria y en consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros.²³

El control del MPFN también se aprecia en causas en las que no se han cumplido los trámites administrativos necesarios para la emisión de ciertos actos estatales, de manera que se pueda vulnerar el medio ambiente sano y los derechos colectivos e individuales involucrados, incluso en medidas cautelares. Así lo hizo, por ejemplo, al considerar arbitraria la sentencia que ordenó el levantamiento total de la medida

20. Fallos: 335:1412, antes citado

21. Fallos: 306:370

22. Fallos: 331:735. En el mismo sentido, Fallos: 342:1393 (Scarpa”).

23. Causa “Roa Restrepo”, la Corte remitió al dictamen a través de su sentencia registrada en Fallos: 344:1013.

cautelar que había dispuesto que las actividades de aeronavegación en el aeropuerto El Palomar se realizaran con un máximo determinado de vuelos diarios, pues omitió la aplicación de lo establecido por los artículos 11 y 12 de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente, de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional -artículo 3°-) que establecen que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución (artículo 11) y que las autoridades competentes deberán emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados (artículo 12).²⁴

En conclusión, como se advierte, la intervención del MPFN cuando se halla involucrado el debido proceso (o la tutela administrativa y judicial efectivas) es múltiple, como parte, como fiscal de la ley, planteando inconstitucionalidades y nulidades, opinando sobre la validez de actos estatales, etc., en procura del resguardo de la garantía del art. 18 de la CN y de pactos internacionales con jerarquía constitucional.

24. Fallos: 344:2543 (Marisi)



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

Naturaleza jurídica de los dictámenes del Ministerio Público Fiscal

Gustavo E. Silva Tamayo

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Por Gustavo E. Silva Tamayo¹

1. PRELIMINAR

El tema que será objeto de estas breves líneas requiere considerar la posición jurídica, institucional y política que el Ministerio Público Fiscal (MPF) poseía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y la que adquirió con posterioridad a esta trascendente modificación de nuestro Texto Fundamental².

Se ha dicho que la institución apareció en forma embrionaria en Francia, entre los siglos XII y XIII, como defensor de los intereses de la Corona para percibir los porcentajes que les correspondían por las confiscaciones y multas impuestas a los súbditos, adquiriendo mayores poderes con el absolutismo, al punto que la revolución de 1789, no sólo la mantuvo sino que estableció su independencia del Ejecutivo³. El Ministerio Público español, por su parte, gozó de un mayor número de funciones que su similar francés a principios del siglo XIX⁴.

1. Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas por la USAL y Posdoctor en Derecho por la UBA. Especialista en Administración Financiera del Sector Público Nacional y en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor adjunto regular en la Facultad de Derecho de la UBA y profesor titular en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USAL. Profesor titular de la Maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UB. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Consejero Académico en Derecho Administrativo del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Autor de libros, artículos publicados en revistas especializadas y coautor en diez obras. Ha participado como panelista y disertante en numerosos congresos nacionales e internacionales. Ha ocupado los cargos de Síndico ante Presidencia de la Nación, Subgerente Institucional, Gerente de Asuntos Legales y Secretario General, en todos los casos por la Sindicatura General de la Nación. Ha ejercido los cargos de Director Nacional de Asuntos Judiciales y de Director Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Actualmente se desempeña como Secretario de la Fiscalía General ante las Cámaras Civil y Comercial Federal y Contencioso Administrativo Federal.

2. El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, a su vez, se encuentra contemplado en el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y reglamentado por la Ley N° 14.442 la que, en su artículo 3° lo ubica dentro del Poder Judicial con autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones. Se lo ha caracterizado como “...una institución de naturaleza pública y judicial, de fuente constitucional y reglamentación legal de su estructura orgánica y funcionalidad” (Ver: CONTE-GRAND, Julio M.-MOYANO PEÑA, Patricio J., “Un modelo de innovación para la transformación cultural y tecnológica desde una organización pública. El caso del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires”, disponible en www.cijur.mpba.gov.ar/doctrina).

3. Ver y ampliar en CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, t. II ps. 16 y ss.

4. Ver y ampliar en : PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: “El Ministerio Público Fiscal en Europa”, LL 1990-C,

En nuestro Derecho, como herencia hispánica, el MPF aparecía en algunos documentos preconstitucionales, como parte integrante del Poder Judicial; así se hallaba previsto, por ejemplo, en el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812 y en el Reglamento Provisional de 1817

Antes de que nuestra Constitución histórica de 1853/1860 fuese objeto de la reforma operada en su articulado en 1994, la ubicación que correspondía al MPF en la organización del Estado Nacional, era objeto de controversias doctrinarias.

A pesar de que el texto constitucional histórico no lo incluía en su articulado, sus funciones estaban relacionadas con la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En materia penal tenía a su cargo la promoción y el ejercicio de la acción penal pública, con sujeción a las normas procedimentales y a las leyes que marcaban su actuación. Los fiscales se constituían en parte acusadora en las causas penales. Pero, además, era un organismo dependiente del Poder Ejecutivo (PEN) que, a través de los ministerios o secretarías del Estado, recibía instrucciones sobre cómo ejercer su accionar en aquellas causas de especial relevancia. Los integrantes del MPF, además, eran nombrados, trasladados o cesados por el PEN.

Recuerda STOLLER que Joaquín V. GONZÁLEZ, integrando como Ministro del Interior el gabinete del Presidente Julio A. ROCA, emitió, en 1903, un dictamen sobre “El carácter constitucional del Ministerio Público” en el que ubicó institucionalmente al MPF bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, como su agente y mandatario y nexo entre los poderes políticos de gobierno y el Poder Judicial⁵.

Por su parte, LAPALMA sostuvo que el Fiscal, cualquiera fuese su jerarquía, dependía del PEN como agente de la defensa de los intereses patrimoniales y mandatario para el ejercicio de la acción penal, pero que también dependía del Poder Judicial y estaba sujeto a la superintendencia de las cámaras del Congreso⁶.

p. 781 y ss.

5. Ver y ampliar en STOLLER, Enrique A., “El Ministerio Público en la Reforma Constitucional de 1994” en: *A diez años de la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, (Obra Colectiva), Buenos Aires, 1º edición, 2005, ps. 733-749.

6. : LAPALMA, Guillermo, “Régimen jurídico del Ministerio Público”, LL, Sec Doctrina, t 119, ps 1094-1103, con cita de ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1957, t. II, p. 352.

Era un rasgo destacable la dependencia organizativa y funcional del PEN, circunstancia que, ciertamente, conspiraba contra su eficacia. Esta deficiencia ha venido a quedar zanjada con la reforma constitucional de 1994, que introdujo un nuevo artículo (el 120) para establecer la condición del MPF como “...*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*”.

La Constitución reformada proclama que se trata de un “órgano independiente” tal es, pues, el sentido que ha querido otorgarle el constituyente reformador: el de su independencia funcional de los Poderes Ejecutivo y Judicial, característica que lo ubica como un órgano “extrapoder”⁷.

Esta condición se refuerza al dotárselo de “autonomía funcional” (al igual que a los otros sujetos de Derecho Público que crea: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo de la Nación) estatus que se traduce en un actuar libre de las injerencias de los otros poderes para cumplir con sus funciones, con el solo límite de la Ley N° 27.148 orgánica de su funcionamiento.

También le otorga autarquía financiera lo que significa contar con una competencia normativa sublegal que le posibilita llevar a cabo la administración de sus propios recursos (fuera de los controles presupuestarios de la Ley N° 24.156) y adoptar decisiones de naturaleza materialmente administrativa, ahora dentro del ámbito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (art. 1° modif. por Ley N° 27.742).

Estas dos características de las que aparece dotado el MPF se justifican por la “... *función 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*”.

7. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, *La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 487. En el mismo sentido: SAGÜES, Néstor P., *Elementos de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires 3° edición, p. 673; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallia, Buenos Aires, 3° edición, p. 746. En contra: GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, ps 577 y ss., para quien se trataría de un cuarto poder que se sumaría a la tríada clásica.

Dejando de lado el error de redacción que afecta a la cláusula constitucional (pues la “defensa de la legalidad” e “intereses generales de la sociedad”, no debieron estar separados por una coma sino unidos por la conjunción copulativa “y”, cuestión que ha superado la Ley N° 27.148 con la redacción de su art. 1°), lo cierto es que el “interés general” representa un concepto jurídico indeterminado que deberá concretarse en cada caso. Por otra parte la Constitución menciona a la legalidad en sentido material: así lo ha entendido el legislador al aludir, también en el art. 1° de la mentada ley, a la efectiva vigencia de la CN y los tratados de Derechos Humanos incorporados a ella.

La Constitución menciona a dos órganos integrantes del MPF: el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación; los demás miembros deben ser fijados por la ley reglamentaria correspondiente. Como bien se ha puntualizado la redacción del texto de la ley fundamental no puede sugerir que se trate de un ente bicéfalo⁸. Correctamente la Ley 27.148 asigna la conducción del organismo al Procurador General de la Nación: el Defensor General de la Nación depende de él.

Por último y para cerrar esta breve introducción coincidimos con la observación que se ha formulado en el sentido de que, si bien de una primera mirada podría entenderse que el MPF es un auxiliar de la Justicia, ejerce, sin embargo, una función de control de convencionalidad, constitucionalidad y de legalidad por fuera de los tres poderes del Estado⁹. Tal dato distintivo lleva a considerar al MPF (no penal) como una parte imparcial en el proceso pero solo en *sentido formal*¹⁰, puesto que, más allá de la actuación que le cabe, el resultado del proceso no lo afecta como a una parte en sentido *material*. Además es “imparcial” ¹¹pues debe emitir sus dictámenes con objetividad en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, como se dijo.

8. BIDART CAMPOS, Germán J., ob.cit., p. 489. En contra: SAGÜES, Néstor P., ob cit. p.673.

9. Ob. cit., p. 488.

10. SAGÜES, Néstor P., “El Ministerio Público en la reforma constitucional” en SÁENZ, Jorge-DROMI, Roberto, *La Constitución argentina de nuestro tiempo*, (Obra Colectiva), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 132.

11. Ídem.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DICTÁMENES DEL MPF (no penal)

2.1. Preliminar

Ante todo ¿qué es lo que debe entenderse por “naturaleza jurídica” de una determinada figura en el Derecho?

Si bien existen numerosas definiciones¹² o descripciones al respecto, es una idea que, lejos de alcanzar consensos, ha suscitado controversias y debates, propios del tipo de concepto de que se trata: proteico y de contornos difusos.

No obstante, las dificultades que entraña el uso de definiciones en Derecho, consideramos que toda labor hermenéutica, aunque no lo exprese, se vale de una indagación de las características y relaciones que una determinada figura o relación ocupa y cumple dentro de un sistema jurídico determinado.

Bajo tal premisa, determinar la “naturaleza jurídica de una institución” supone una doble proceso en el que se buscan, por un lado, elementos sustancialmente distintos entre las instituciones para diferenciarlas y, por el otro, se tratan de encontrar los elementos comunes de distintos casos o actos para agruparlos en una sola categoría¹³.

Eludiremos el complejo debate iusfilosófico sobre el punto en el que convergen, *inter alia*, Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Occam, los racionalistas y los positivistas exegéticos) para centrarnos en la utilidad que para el operador jurídico pueda representar el desentrañar la naturaleza jurídica de una determinada institución o figura del Derecho, en nuestro caso los dictámenes del Ministerio Público Fiscal.

12. Por caso, Sergio LE PERA, en su clásica monografía, considera que determinar la naturaleza jurídica “consiste en establecer un tipo específico de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste y otro concepto (conjunto de preceptos), considerado “superior” o “genérico” (*La naturaleza jurídica*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 78).

13. CORNEJO GUERRERO, Carlos A., “La noción de naturaleza jurídica en el Derecho Moderno y su influencia en el Código Civil de 1984”, Bira 24, Lima, 1997, ps. 103-143.

2.2. ¿Qué es un dictamen jurídico?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, un dictamen es una “*Opinión o juicio que se forma o emite sobre una cosa*”¹⁴. Sin embargo, desde una perspectiva epistemológica estimamos que, al Derecho, le interesan o se sirve de aquellos dictámenes que provienen de la Ciencia o de la Técnica, términos a menudo utilizados en forma promiscua pero que, sin embargo, difieren entre sí.

La Ciencia (del latín *Scientia*), significa, literalmente, “saber” o “conocimiento”, aunque para que adquiera carácter científico debe reunir ciertas características: constituir un saber metódico cuyo objeto versa sobre verdades generales o bien se dirige a la operación de leyes de la naturaleza, basado en observaciones empíricas, respaldado mediante pruebas, que resulta accesible intersubjetivamente y que goza de amplia aceptación¹⁵. También se la ha caracterizado como un conjunto o sistema de decisiones metodológicas, descritas e integradas por proposiciones o teorías que han demostrado su consistencia conjetural -un grado de verdad-, por haber sido sometidas a refutaciones o falsaciones¹⁶.

La Técnica, a su vez, está constituida por los métodos o procedimientos que se utilizan para realizar determinada tarea o cumplir cierto objetivo: son recursos y herramientas que la ciencia utiliza en sus investigaciones. En sentido amplio, cualquier actividad llevada a cabo con habitualidad, experiencia o conocimiento, es técnica (v.g. la técnica para conducir automóviles); en sentido restringido es un saber especializado que deja de lado la experiencia (incluye los procesos físicos y biológicos, de ingeniería, de arquitectura, de medicina, de física, de matemática, etc.).

Por su parte, podríamos agregar a la Tecnología que sería el conjunto de conocimientos y herramientas que utiliza el ser humano para lograr sus objetivos; su sentido sería instrumental en relación a las otras dos.

14. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa-Calpe, Madrid, vigésima primera edición, t. I, p. 746

15. Cfr. MUÑOZ, Jacobo-VELARDE, Julián, *Compendio de Epistemología* (Obra colectiva), Trotta, Madrid, 2000, p. 100.

16. Ver: DABOVE, María I., “El Derecho como complejidad de saberes diversos” en Actas de las XVI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Azul, Noviembre de 2002, Revista “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, AAFJyS, 2004.

Pero las tres disciplinas, por lo general, trabajan en forma conjunta e interrelacionada, porque el análisis científico de determinados fenómenos requiere de recursos y procedimientos para su estudio, los que le son proporcionados por la Técnica. A su turno, la Técnica utiliza medios, artefactos y herramientas tecnológicas. Por eso es que, si bien la Ciencia sería un conocimiento teórico adquirido mediante distintas metodologías y la Técnica un conocimiento práctico, hoy se habla de “Ciencia Aplicada” o de “Tecnociencia”.

Cualquiera de las tres, sea aislada o entremezcladamente, pueden aportar al operador jurídico una opinión “tecnocientífica” no jurídica que lo ilustre con carácter previo a la toma de una decisión¹⁷.

Aclaradas estas cuestiones ¿qué es, entonces, un dictamen jurídico?

La opinión de GONZÁLEZ-MENESES, nos resulta atractiva por su simpleza: “una respuesta jurídica razonada a una cuestión jurídica concreta que se nos plantea”¹⁸. Sin embargo, descripto en estos términos, no importarían el tipo de opinión jurídica de que se tratase ni el emisor de la misma cuando, lo que aquí nos interesa, precisamente, son los dictámenes jurídicos públicos o mejor dicho *estatales*, entre los cuales deberemos dilucidar si están incluidos los del MPF. Entonces, con la precisión que requiere el análisis que aquí nos proponemos desarrollar, los dictámenes jurídicos estatales serían las opiniones jurídicas emitidas por órganos estatales en relación a cuestiones jurídicas a requerimiento de los operadores jurídicos.

2.3. Los dictámenes jurídicos en la Administración Pública Nacional

Se trata del dictamen jurídico estatal por antonomasia¹⁹ que, en el orden nacional, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549, LNPA; (y en los ordenamientos provinciales a ella adaptados) aparece, luego de la reforma introducida por la Ley de Bases N°. 27.742 (LB), en el inciso d) del art. 7°, que enumera los requisitos

17. Se ha sostenido que mientras el dictamen, de cualquier naturaleza, representaría una opinión o juicio que aplica una ciencia o arte, el informe solo consistiría en un mero relato y exposición de hechos (ver: MURATORIO, Jorge A. “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, RDA, 2002, ps. 535 y ss.).

18. GONZÁLEZ MENESES, Manuel, *Cómo hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, cit. por ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 1ª edición, 2013, ps. 730-731

19. Porque no se trata, desde luego, de los únicos supuestos de “dictámenes jurídicos estatales”, tanto más después de la reforma introducida por la LB a la LNPA en su art. 1ª, “Ámbito de aplicación”.

esenciales del acto administrativo bajo estos términos: “Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas esenciales se incluyen entre estos últimos...(ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados”. Los “servicios permanentes de asesoramiento jurídico” son los destacados en cada repartición estatal, los que, bajo la dirección del Procurador del Tesoro de la Nación integran el “Cuerpo de Abogados del Estado” (CAE), creado por la Ley N° 12.954²⁰. Un abogado estatal que no cumpla funciones en el CAE no puede emitir dictámenes en el sentido que les asigna el artículo 7°, inc. d) de la LNPA, es decir como procedimiento obligatorio que representa un requisito esencial del acto administrativo. Tampoco lo son con el sentido precitado las opiniones o pareceres que emitan los abogados que integren los cuerpos de asesoramiento de los órganos asesores (*staff & line*).

Del juego de las normas citadas, tenemos que los dictámenes jurídicos estatales:

No son actos estatales definitivos sino actos preparatorios de la voluntad del órgano emisor de los primeros, dictados en el procedimiento que resulte ser el cauce formal de actuación de esos órganos decisorios:

Acontecen en el plano interno de la persona jurídica “Estado nacional” (o provincial o municipal) o de la entidad descentralizada del “Estado nacional” (o provincial o municipal), esto es, carecen de efectos jurídicos directos o inmediatos sobre esfera de derechos e intereses de los particulares;

Por lo dicho en b) no son impugnables;

Son obligatorios pero no vinculantes, lo que significa que deben emitirse en el iter procedimental con carácter previo a la emisión del acto decisor pero, el “órgano activo” que lo dicta, puede apartarse de ellos fundadamente;

Son obligatorios y vinculantes para todos los servicios jurídicos integrantes del CAE (Ley N° 12.854, art. 6°)

20. Tal exigencia legal obsta a cualquier abogado pueda emitir los dictámenes jurídicos, a los que alude el art. 7° inc. d) de la LNPA si no pertenece al CAE.

La Procuración del Tesoro de la Nación, a lo largo de sus asesoramientos ha dicho que el dictamen jurídico no puede constituir una relación de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas, sino el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada efectuado a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que los informan, a efectos de recomendar conductas acordes a la justicia y el interés legítimo de quien formula la consulta” (Dictámenes, 207: 517; 268: 234, entre otros).

2.4. Los dictámenes del MPF

Los dictámenes del MPF guardan cierta simetría conceptual con los dictámenes del CAE. Aunque también notables diferencias. Comenzaremos por las primeras.

Hemos dicho en otro trabajo que el Estado expresa su voluntad a través de actos estatales que satisfacen el interés general de manera directa e inmediata (actos administrativos) o solo indirecta (ley, sentencia) general. Pero que cada uno de ellos, significa la conclusión o producto del cauce formal-procedimental que vehiculiza a cada función estatal²¹.

Los dictámenes del MPF, también representan la conclusión o producto de algunas de las funciones llevadas a cabo por éste (sea que se lo considere órgano “extra-poder” o “cuarto poder”, pero, a la vez se dan en el marco de un proceso, constituyendo, al mismo tiempo, una función consultivo-preparatoria y de control llevada a cabo por los fiscales (de las distintas instancias).

En cuando a las analogías:

No son actos estatales sino actos preparatorios de la voluntad del órgano emisor de los primeros, que son los jueces, dictados en el proceso judicial que resulta ser el cauce formal de actuación de los órganos decisorios que ejercen funciones judiciales *stricto sensu*, es decir, los magistrados:

También acontecen en el plano interno de la persona jurídica “Estado nacional” (o provincial o municipal), esto es, carecen de efectos jurídicos directos o inmediatos

21. Ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La Voluntad en los actos estatales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 1º edición, 2024, ps. 189-200.

sobre esfera de derechos e intereses de los particulares;

Por lo dicho en b) no son impugnables;

Son obligatorios pero no vinculantes, lo que significa que el “órgano activo juez” puede apartarse de él fundadamente:

Por lo demás, creemos que a los dictámenes del MPF les son aplicables, analógicamente, las pautas que, en relación a los dictámenes del CAE ha establecido la PTN y hemos reseñado más arriba.

2.5. Supuestos en los que se requiere la intervención y dictamen del MPF en materia no penal

Como hemos visto la línea directriz constitucional (art. 120) encomienda al MPF promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Se aprecia enseguida que el mandato en cuanto a las formas y contenido es vastísimo. Por empezar, tenemos que ordena “promover” la actuación de la Justicia. Y promover es tanto como “impulsar”, “fomentar”, “favorecer”, “proteger”, “organizar”, “apoyar”, etc. Por ello es que podemos colegir fácilmente que cualquier actuación del MPF, sea cuando inicia la acción, produce u ofrece pruebas o dictamina, es “promotora” en el sentido querido por nuestra Constitución Nacional.

Nuestra Carta Magna, además, manda al MPF a cumplir con esa promoción para defender la legalidad y los intereses generales. Aquí debemos aclarar, en primer lugar, que no se trata de la legalidad en sentido estricto sino de la constitucionalidad y convencionalidad de las normas, la afectación de intereses colectivos, el orden público y las leyes indisponibles por las partes, el debido proceso, el acceso a la justicia y la conculcación de los Derechos Humanos, entre otras cuestiones, como viene a derivar razonadamente del Texto Fundamental, la ya mencionada de la Ley N° 27.148 en su art. 31.

Antes de referirnos a las actuaciones más frecuentes del MPF no penal, queremos señalar la amplitud que el término “interés general”²² conlleva en sí mismo, representa un desafío a la hora de interpretar su contenido y su deslinde con el interés privado.

En otra oportunidad nos hemos referido al concepto de interés público o general, trazando un recorrido en el que hemos dejado al descubierto la variedad de opiniones que se han vertido para delimitarlo, en el ámbito jurisprudencial y doctrinario, nacional y extranjero²³. Consideramos que el “fin público”, “interés público” o “interés general” es una premisa que guía el accionar estatal, no sólo en sentido jurídico, sino también político.

Asimismo, el interés público viene a ser el interés colectivo que el Estado asume como propio, bajo un régimen de derecho público, con títulos de intervención exorbitantes del derecho privado.

En un sentido *rawlsiano*, la mejor situación posible será aquella en la que la actividad estatal produzca ventajas que puedan ser equitativamente distribuidas entre los miembros de la sociedad. Claro que ello no significará un derecho al acceso a idénticos beneficios, sino solamente a lo que resulte intrínsecamente *justo*. De este modo, el interés público se convierte en un principio ético supremo que reclama el cumplimiento de metas morales mínimas para el mantenimiento y preservación de una organización social, sistémicamente establecida. Esas metas, en el Estado Social y Constitucional de Derecho, no pueden ser otras que el respeto y la realización de la dignidad humana, *en la mayor medida de lo posible*, como proclaman, de manera enfática, la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española. Y también como, en idéntico sentido, se pronuncian los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

22. El uso corriente de los términos “bien común”, “bienestar general” e “interés general” ha llevado a su empleo indistinto, pese a que los autores han marcado que poseen una denotación específica: el bien común sería un concepto filosófico, el bienestar general, sociológico y el interés general, jurídico.

23. SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La finalidad en los actos estatales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 1º edición, 2024, ps. 83-98.

2.5.1. La competencia

La Ley 27.148 confiere al MPF la facultad de intervenir en “cuestiones de competencia” (art. 31, inc. e). Esta intervención que solicita el juez al fiscal es potestativa, cuando la competencia no resulte nítida ni existan intervenciones anteriores del MPF en relación al asunto. No debe olvidarse, además, que pueden también suscitarse cuestiones de competencia cuando la parte le solicita a un juez que deje de conocer en un asunto judicial y se lo remita al juez que se estima competente (declinatoria) o bien si es el juez o tribunal el que solicita a otro que deje de conocer en un asunto judicial.

2.5.2. La habilitación de la instancia

En ocasión de dar vista al fiscal por la cuestión de competencia o, de no mediar dudas o planteos sobre la misma, el juez le remite las actuaciones a fin de que dicte en torno a si se ha cumplido con la habilitación de la instancia (art. 31, inc. e), es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para que una demanda pueda ser admisible, para lo cual el accionante debe haber agotado la vía administrativa previa (a través de los recursos o los reclamos, según el Título IV de la LNPA) y haberla presentado en plazo.

En la duda se estará al principio *pro actione*, según lo han decidido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestra Corte Suprema.

2.5.3. Los planteos de inconstitucionalidad

El art. 31 inc. b) de la Ley N° 27.148, como una reglamentación razonada de la disposición constitucional varias veces citada (art. 120 CN), determina la intervención del fiscal en aquellos casos en los que una norma o un acto estatal han sido tachados en su constitucionalidad.

El MPF, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema, considera que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad, por lo que se la debe considerar como la última opción, un recurso al cual se debe acudir solo cuando no exista otra alternativa para resolver el conflicto, máxime si se hallan comprometidos derechos fundamentales: constituye, pues, la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

2.5.4. Normas de orden público.

En el art. 31, inc. e) de la Ley N° 27.148 se establece la intervención de los fiscales en los casos en los que se hallaren en juego normas o principios de orden público.

Debemos aclarar aquí que el orden público es un concepto jurídico indeterminado que integra el interés público pero no al punto de confundirse con él, que se vincula con las valoraciones medias vigentes (aquí y hoy) en una sociedad determinada²⁴. A nuestro entender el orden público forma parte del interés público en tanto existe un interés de la comunidad en el mantenimiento de las bases que sustentan la organización establecida.

Por ello es que, consideramos, el inciso en comentario representa una razonable regulación legal de la competencia constitucional deferida al MPF de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

2.5.5. Amparo, habeas corpus y habeas data

Cabe aclarar aquí que la Ley N° 24.946 establecía explícitamente la obligatoria intervención de los fiscales en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data (art. 39, 2do. párr.). Esta ley fue derogada por la N° 27.148 y no contempló en su articulado una norma semejante a la mencionada. No obstante, una hermenéutica integrativa que surge del juego de los arts. 1° y 31, en especial de sus inc. b) y d), permite concluir que la intervención del MPF, en todos estos procesos especiales, surge del juego de ambas normas y como derivación razonada de la cláusula constitucional contenida en el art. 120.

La intervención del fiscal en los procesos de amparo, individuales o colectivos, para velar por la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, se plasma en la emisión de dictámenes en los que se expide sobre la procedencia de la

24. Creemos que la descripción del concepto efectuada por Raymundo M. SALVAT, hace casi una centuria conserva su lozanía: "...conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida; por ejemplo, la separación de poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc..." (Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 5° edición, 1931, p. 129). A nuestro entender el orden público forma parte del interés público en tanto existe un interés de la comunidad en el mantenimiento de las bases que sustentan la organización establecida.

acción, el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para su admisión y si corresponde estimar o desestimar la pretensión. Frecuentemente, dictamina en materia de amparos de salud, ambientales y de derechos de usuarios y consumidores

En cuanto al habeas corpus, si bien el procedimiento es sumario y a veces no se le corre vista al fiscal, debe ser notificado de la resolución que se dicte para que pueda interponer los recursos legales pertinentes.

Con respecto al habeas data, al igual que en el amparo, el MPF dictamina por la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad lo que incluye el respeto de los principios de protección de datos personales regulados en la Ley N° 25.326. Esencialmente el fiscal analiza si la información personal involucrada puede tener impacto en el interés público o en los derechos de incidencia colectiva opinando sobre la procedencia de la acción.

3. CONCLUSIÓN

La breve pero valiosa cláusula del art. 120 de nuestra Constitución Nacional ha sido razonablemente reglamentada por el legislador, primero a través de la Ley N° 24.946 y, actualmente, mediante la Ley N° 27.148. La idea ha sido la misma: dotar de independencia al MPF de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para que éste alcance mayores cotas de eficacia en los cometidos asignados de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

También la reglamentación legislativa deja a las claras que el MPF, según la reforma constitucional de 1994, ha dejado de ser un representante estatal, pasando a constituir un representante de los derechos de la sociedad, ejerciendo un control social externo sobre la actividad de los gobernantes.

Es, en términos de QUIROGA LAVIÉ, un “abogado social”²⁵ cuya labor, plasmada especialmente, pero no exclusivamente en sus dictámenes, asegura la plena vigencia de los derechos de segunda y tercera generación que los tratados incorporados a

25. Ob. cit., p. 747.

nuestro ordenamiento mandan respetar a todas las autoridades de los Estados-parte.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

Legitimación colectiva del Ministerio Público: deber institucional para la defensa de derechos y garantías constitucionales- convencionales

Matías A. Sucunza

Legitimación colectiva del Ministerio Público: deber institucional para la defensa de derechos y garantías constitucionales-convencionales

Por Matías A. Sucunza¹

1. PLANTEO

El presente trabajo tiene por objeto defender la existencia de legitimación colectiva del Ministerio Público (en adelante, MP) para la exigibilidad y justiciabilidad de derechos colectivos, tanto en el orden nacional como provincial.

Usaré como disparador un precedente de la justicia federal que sostiene lo opuesto respecto del MP Fiscal de la nación. Ello puede ser útil para: (i) presentar la discusión desde un dilema concreto; (ii) visibilizar los argumentos que ofrecen las autoridades interpretativas; y, (iii) asumir la discusión como un problema real con implicancias prácticas relevantes.

¿Cómo voy a trabajar? Presentaré brevemente el caso y la posición de la mayoría. Luego, criticaré cada línea argumental a fin de sostener que: (i) nuestros textos normativos reconocen legitimación colectiva al MP; y, (ii) su ejercicio constituye un deber institucional tendiente a resguardar múltiples derechos y garantías constitucionales-convencionales. En particular, el acceso y debido proceso colectivo. Haré hincapié en los elementos del régimen nacional y provincial que estructuran la institución del MP, la razón de ser de los conflictos-derechos colectivos y la incidencia que tiene sobre el punto las características del modelo de tipo representativo.

1. Abogado e investigador por la UNLP (Argentina). Especializado en Derecho Procesal (UNA) y en Derecho Administrativo Económico (UCA). Magister en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando (UNLP). Docente universitario. Consultor internacional en reformas judiciales. Autor y conferencista.

Concluiremos señalando porqué la decisión (y la posición que sostiene) nos parece problemática, recuperando dos circunstancias que entendemos claves en la problematización del caso y su resolución: (i) la dimensión del tiempo; y, (ii) la discrecionalidad interpretativa. En especial, en contextos de déficits reglamentarios y en marcos institucionales con escasa rendición de cuentas.

2. ¿CUÁL ERA EL CASO?

La fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial promovió una acción declarativa de certeza contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectos de disipar el estado de incertidumbre respecto de la aplicación de la Ley N° 2875 de la CABA. Tramitó ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 12, bajo el expediente N° 31689/09 (“FGCNAC y otro c/ GCBA y otro s/Proceso de conocimiento”).

La fiscal pretendía que:

1) Se declare la inconstitucionalidad de la citada ley en cuanto dispuso: (i) la creación de un registro público de comercio y de control de las personas jurídicas en ese ámbito; y, (ii) el traspaso de las funciones y las competencias de la Inspección General de Justicia (IGJ) al registro local mediante un convenio con el “gobierno de la Nación”.

2) Se declare que “el registro y la fiscalización de sociedades extranjeras son asuntos de materia federal que no pueden traspasarse a un órgano creado en la Ciudad de Buenos Aires. Ello conduc[iría] a declarar la inconstitucionalidad sobreviniente del art. 34 del Código de Comercio y de las Leyes N° 21768 y 22280”.

La IGJ -en nombre y representación del Estado Nacional- se presentó en juicio y solicitó intervenir en el pleito en los términos del art. 90 inc. 2 del CPCCN. Lo propio hizo el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos nacional, adhiriendo a la pretensión del MP Fiscal en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 2875 y a la medida cautelar requerida.

La demanda se promovió en el año 2009. El 26 de febrero de 2016, la jueza hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y rechazó la demanda sin especial imposición de costas. La decisión fue recurrida por la fiscal.

El 8 de mayo de 2025, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió -por mayoría- que el MP Fiscal no está legitimado para accionar en representación de intereses colectivos sin una habilitación normativa expresa.

3. ¿CUÁLES FUERON LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORÍA?

La mayoría estuvo conformada por el voto del juez Rodolfo Facio, al que adhirió sin más su par José Luis López Castiñeira. Los argumentos que estructuran la posición mayoritaria pueden leerse entre los considerandos XXV y XXXII. Entre los que son de interés para el objeto de análisis, destacan:

1) El MP Fiscal no está legitimado para invocar como parte demandante la representación de intereses colectivos. Ello así, porque:

(i) los artículos 42, 43 y 120 de la CN no le atribuyen dicha aptitud procesal. Cuando los constituyentes quisieron asignar dicha facultad así lo hicieron, en términos claros y precisos, tal como puede verse en la segunda parte del artículo 43 de la Ley Suprema. En dicha norma constitucional el Ministerio Público Fiscal no está enunciado entre los sujetos que allí se prevé. Esta circunstancia resulta decisiva para rechazar su tesis si se tiene en cuenta que, de acuerdo con una pauta interpretativa establecida por la Corte Suprema en materia de textos jurídicos, la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se supone; y,

(ii) dicha aptitud procesal tampoco se desprende de la Ley N° 27148, que amplió las competencias del MP Fiscal. El artículo 31 inc. b) de dicha ley es claro y contundente en su contenido en cuanto alude a que la facultad de peticionar podrá ser ejercitada en el contexto de una causa que se encuentre “en trámite”.

2) Si se dejase de lado la ausencia de una norma atributiva de competencia para promover una demanda con el objeto de tutelar derechos de incidencia colectiva, el MP Fiscal tampoco ha expresado -con la claridad que exige la Corte Suprema- cuál sería el bien jurídico cuya tutela se persigue.

En ese sentido, “la mera aseveración de que la demanda pretende la protección del ‘orden público negocial’ o la ‘seguridad de las transacciones’ o, lisa y llanamente, un ‘interés social’, no constituye el cabal cumplimiento de esa carga que pesa sobre quien

invoca un supuesto de legitimación anómala o extraordinaria. Ese defecto, lógicamente, también repercute en la delimitación del sujeto colectivo cuya representación se pretende: al no ser claro cuál es el bien jurídico tutelado, tampoco puede precisarse quienes son los sujetos titulares de la relación jurídica sustancial que son, a fin de cuentas, los que componen el universo de representados”.

3) Las consideraciones formuladas por el MP Fiscal para objetar la afirmación que hizo la jueza acerca de la necesidad de que una ley especial autorice su actuación “para la defensa de los intereses generales” traducen una discusión de carácter abstracto y teórico que no resulta trascendente ni útil para la solución de la contienda. Ello es así, porque más allá de su tipología, el aspecto crucial consiste en que dicha norma verdaderamente exista y fije esa competencia.

4) El artículo 31 inc. c) de la Ley N° 27148 expresamente menciona la facultad del MP Fiscal de “interponer las acciones previstas en la ley 24.240”. Esas acciones son las que están contempladas en el artículo 52 de esa ley, la cual prevé su actuación como parte actora en tutela de los derechos de incidencia colectiva de consumidores o usuarios. Si la Ley N° 27148 le atribuyera legitimación colectiva como asevera, el reenvío que efectúa el artículo 31 inc. c) carecería de sentido. Como contracara, si el Congreso Nacional efectuó una remisión a otra norma que atribuye al MP Fiscal la condición de *legitimado anómalo* esa circunstancia no significa que dicha facultad se encuentre prevista en la ley orgánica.

5) Más allá de las diversas interpretaciones que puedan ser efectuadas sobre las normas jurídicas involucradas, no advierto que el ordenamiento jurídico confiera al MP Fiscal legitimación procesal activa para ser parte en este juicio, por lo que no se configura una causa o controversia que habilite la actuación del Poder Judicial en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional (CN).

6) En dos precedentes recientes la CSJN concluyó que el MP no se hallaba habilitado procesalmente -como sujeto activo- para recurrir una sentencia que había sido consentida por los litigantes.

Refiriendo al máximo tribunal, pero con cita del voto de Rosenkrantz, señala que “la reforma constitucional de 1994 (...) tampoco ha dotado al Ministerio Público Fiscal de una legitimación extraordinaria que le permita litigar en defensa de intereses ajenos como sí ha sucedido con el Defensor del Pueblo, con las asociaciones que propenden

a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y con el propio afectado cuando ejerce una representación colectiva” y que “la ley reglamentaria del artículo 120 de la Constitución Nacional tampoco otorgó al Ministerio Público Fiscal una legitimación extraordinaria para intervenir en cualquier asunto en materia no penal con total prescindencia de la actitud procesal de las partes en conflicto -actora y demandada-, ni creó una excepción al requisito que condiciona su actuación a la existencia de un pleito [...] resulta claro que las facultades previstas en [el] artículo 31 de la ley 27.148 deben darse siempre en el marco de ‘causas en trámite’” (considerando XXIV, apartados iii y v).

4. ¿POR QUÉ NOS PARECE INACEPTABLE LA DECISIÓN MAYORITARIA?

En el presente apartado criticaremos la posición que defiende y expresa el voto mayoritario y justificaremos la existencia de legitimación colectiva del MP en general y, del MP Fiscal, en particular. Como anticipáramos, trabajaremos con los elementos que estructuran la institución del MP en el régimen nacional y provincial y los procesos colectivos de tipo representativo. Veamos:

1) Legitimación colectiva como deber inexcusable

El artículo 120 de la CN reconoce al MP legitimación para actuar en defensa de derechos colectivos, al establecer que es su 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”.

Una lectura exegética del artículo nos reporta como datos que: (i) es responsabilidad del MP ejercer esa función; (ii) para la cual debe promover acciones; (iii) vinculadas con la actuación de la justicia; (iv) en defensa de la legalidad de los intereses generales. Si la primera fuente es la letra de la ley, ¿en qué sentido y cómo puede afirmarse la inexistencia de legitimación colectiva?

Analicemos brevemente qué supone cada uno de esos componentes, lo cual será útil para precisar su alcance y pensar cómo -lo que se hizo reglamentaria o interpretativamente- es compatible o trabaja en contra del mandato constitucional en cabeza del MP.

En primer lugar, debe quedar claro que el ejercicio de dicha función –defender los derechos colectivos involucrados en la defensa de la legalidad– conforma un deber institucional². Esto es, una competencia propia del MP que define sus atribuciones, por las cuales puede ser responsabilizado. Esto lo diferencia de otros sujetos a quienes la ley les asigna la posibilidad de ejercer tal prerrogativa (v.gr., asociaciones o el propio afectado), pero que no tienen un deber institucional al efecto.

En segundo término, recuperemos qué significa promover. La Real Academia Española lo define como mover o “impulsar el desarrollo o la realización de algo”. En la lógica del articulado y sistemática, impulsar la actuación de la justicia a través de casos donde se custodie la “legalidad e intereses generales”. Ello supone ejercitar toda clase de acciones para cumplir con dicho cometido. También nos arroja certezas negativas: promover no puede ser simplemente “dictaminar en casos colectivos” o intervenir en supuestos de abandono o desistimiento.

En un sistema judicialista, en el marco del concepto de caso habilitante, a partir de la creación de una figura del tipo y con las características que asume, ¿qué otro significado puede tener la frase “promover la actuación de la justicia”? ¿Cómo cumpliría con ese rol el MP sino puede accionar judicialmente para responsabilizar por acciones u omisiones que sean lesivas a los intereses generales? Insistimos, dictaminar o intervenir en supuestos de abandono o desistimiento supone que un otro ejerció, lo que cercena cualquier idea de “promoción” en tanto realización de algo.

También resulta determinante la referencia con que asocia la función del MP: el MP está legitimado para defender la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Ello significa múltiples cosas. Nos interesa señalar dos:

(i) Poder reprochar en instancia judicial el (in)cumplimiento de los derechos y deberes reconocidos en el ordenamiento jurídico. En particular, derechos colectivos de cualquier tipo reconocidos en el plexo jurídico, donde se pone en juego la legalidad.

2. Una lectura posible es asumirlo como legitimado extraordinario o anómalo. Otra entenderlo ejercitando un público deber-poder, pues su actuación se debe a una violación a la ley que afecta directamente a la sociedad y no origina ningún derecho a favor del Estado sino que hace nacer el interés social de mantener la plenitud de la legalidad (RE-IMUNDIN, R., *El ejercicio de la acción pública en el proceso civil*, Jus. Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, Editora Platense, 1966, p. 127).

En ese sentido, Bracaccini y González “interpreta[n] que la defensa de la legalidad se refiere ‘a la actuación ante el Poder Judicial para requerir la efectividad de las normas vigentes’. La función que pareciera asignar la Constitución al Ministerio Público es la de exigir el cumplimiento de las normas –de rango legal, constitucional y/o convencional- ante el Poder Judicial. Corresponde al MP, entonces, llevar adelante las acciones judiciales que tengan como fin hacer efectivas las normas vigentes, ya sea en el ámbito penal o en el civil”³. ¿Cómo hace el MP para proteger la legalidad de las normas que instituyen derechos colectivos, si le niegan legitimación colectiva?; y,

(ii) La CN reconoce explícitamente que el MP no puede obviar –bajo ningún aspecto- la instrumentación de acciones para defender los intereses generales de la sociedad. ¿Existe alguna referencia más usual o común a intereses colectivos que esa, sea en términos de bien colectivo o de Derecho Internacional Humanitario?

El artículo 189 de la Constitución Provincial no explicita la función, pero –desde nuestra perspectiva y como explicitaremos- la orgánica la desarrolla en similar sentido.

2) Más allá de la letra de la ley: construcción, lógica y contexto

La literalidad del artículo se inserta y explica en una construcción, lógica y contexto bien distinto del señalado por el voto mayoritario. Las discusiones de los convencionales al tratar el artículo 120, los antecedentes de los cuales partían, el propósito para el cual pensaban la figura dentro de un contexto de transformación institucional y las valoraciones que realizaban sobre la importancia de su rol, afianzan la legitimación (colectiva) del MP, el aumento de sus facultades para controlar las acciones de los otros poderes y la generación de condiciones de mejor y mayor rendición de cuentas. No al revés.

Esto surge explícitamente de los registros de sesiones del debate constituyente. Por ejemplo, el convencional De La Rúa precisó que “el gran objetivo del Ministerio Público (...) es la defensa de la legalidad⁴ y de los intereses generales de la sociedad.

3. BRACACCINI, Fernando y GONZÁLEZ, Leonel, *Del Ministerio Público*, en Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (Directores), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Tomo II, La Ley, 2019, p. 1081.

4. El convencional Pose asoció la defensa de la legalidad con el “cumplimiento de la ley”.

Este es el gran objetivo de un ministerio que va a cubrir roles de defensa de la legalidad y de acción pública para la protección de intereses sociales y de sectores sociales desamparados. Por eso se diseña en una forma bicéfala, con un Ministerio Público fiscal que custodia la acción penal pública y los intereses colectivos, y un Ministerio Público pupilar que tiene por objeto la protección de los sectores desprotegidos de la sociedad”⁵. Al describir sus funciones no se circunscribe al ámbito penal, sino que –refiriendo a la defensa de los intereses generales– recupera el deber de tutelar la ética pública, la credibilidad del sistema democrático o el valor de la justicia y la eficacia de su funcionamiento. Allí aparecen ejemplos tales como el lavado de dinero o el tráfico de drogas, pero también la simulación fiscal y los procesos de licitación cuestionables.

Lo mismo puede replicarse en relación a cómo se pensó el MP en tanto poder. Como veremos, más allá de las disquisiciones sobre la condición de cuarto poder u órgano extra-poder, aquí tampoco hay dudas. En relación al punto, el convencional Masnatta sostuvo que “la regulación propuesta parte de la premisa contenida en [la ley declarativa de la necesidad de la reforma], según la cual debe incorporarse con carácter de órgano extrapoder, previendo un artículo en un nuevo capítulo de la segunda parte de la CN. Así se da cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter de independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial”⁶.

Con las referencias no pretendía hacer lecturas originalistas, aunque si me interesa señalar: (i) aquellas posiciones que sí lo hacen, pero de modo fragmentado; y, (ii) en todo caso, recuperar datos que muestren una radiografía más completa o sumen variables a considerar al realizar lecturas históricas.

Si el MP es un poder cuyo cometido constitucional se halla especialmente interesado en la protección de los intereses generales y en la tarea de fiscalización y control del poder, dado que al custodiar la legalidad de las acciones que desconocen derechos (colectivos) procura maximizar la transparencia y rendición de cuentas, ¿cómo se explica que carezca de legitimación colectiva para actuar? ¿Cómo la posición que expresa el voto mayoritario se hace cargo de ello, de la construcción, lógica y contexto en que se inscribe el MP? La interpretación no llena ningún vacío legal, sino

5. Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 19 de agosto de 1994 (art. 120 CN).

6. Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, op. cit.

que reescribe la CN y borra la razón de ser del MP.

3) Autoridad independiente: ¿cómo controlar violaciones colectivas o estructurales sin legitimación colectiva?

En el presente apartado nos interesa defender la existencia de legitimación colectiva a partir de tres puntos: (i) la condición de cuarto poder u órgano extra-poder del MP; (ii) las funciones asignadas a tal fin; y, (iii) la caracterización y garantías con que se lo dota.

El artículo 120 de la CN estatuye que el MP es “órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”, el cual trabaja “en coordinación con las demás autoridades de la República”. Se ubica en la sección IV, siendo una autoridad (parte segunda) del gobierno federal (título primero). Está al mismo nivel del resto de las funciones de Estado⁷.

El propio voto mayoritario reconoce esta condición al recordar que, en la Convención Constituyente de 1994, el criterio triunfante caracterizó al Ministerio Público como un órgano extrapoder. No nos interesa realizar disquisiciones sobre ello. En todo caso, lo que está claro es que “el Ministerio Público no puede de ninguna manera integrar otro poder del Estado, ya que la Constitución establece que es independiente”⁸.

La condición asignada tiene por objeto que pueda cumplir con su función: controlar lo que hace el poder político-económico (público o privado) en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, sea el Poder Ejecutivo al administrar su política de salud en contra de las exigencias de la ley de salud mental o un conjunto de empresas privadas al contaminar un curso de agua o celebrar acuerdos ilegales para manipular precios o cuotas de mercado en perjuicio de los consumidores⁹.

7. Art. 9 inciso a), Ley N° 24156 y modificatorias.

8. BRACACCINI, Fernando y GONZÁLEZ, Leonel, *Del Ministerio Público (...)*, op. cit., p. 1072.

9. Al discutir sobre el artículo 120 de la CN, el convencional De La Rúa afirmaba “repárese en la trascendencia de que exista un funcionario con jerarquía constitucional, con todas sus implicancias —como es especialmente su responsabilidad ante la sociedad—, que tiene a su cargo la asistencia de sectores desprotegidos que cada vez más están requiriendo ese auxilio por su crecimiento y por las diferencias económicas existentes” (Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión, op. cit.).

Si esas acciones u omisiones violatorias de la legalidad e intereses generales de la sociedad son colectivas o estructurales, el MP debe contar con legitimación colectiva para poder plantear en sede judicial la acción que crea adecuada para su defensa. Es inherente al deber institucional y responsabilidad asignado y una consecuencia lógica y necesaria de la existencia de conflictos-violaciones colectivas de derechos. Cualquier otra interpretación contradice la razón de ser del MP y decisiones adoptadas por el constituyente, limita severamente su cualidad de órgano independiente y reduce a trizas su posibilidad de actuar.

Por ello, es una institución que ha sido dotada de garantías, recursos y facultades especiales: independencia del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial¹⁰, similar jerarquía (ubicación y coordinación), autonomía funcional y autarquía. No para atarla de manos y limitarla, sino para que pueda tomar decisiones sobre sus competencias sin intervención de ninguna otra autoridad, a efectos de controlar al poder (político y económico, estatal o no) de forma seria, robusta y efectiva.

De allí que resulte muy difícil de comprender cómo -en el caso traído como disparador- la jueza de grado exija una ley especial que autorice su actuación “para la defensa de los intereses generales” o el voto mayoritario diga que esa discusión es teórica porque -más allá del carácter general o particular que puede ostentar la norma atributiva de competencia- debe existir alguna. La norma existe y es clara: el artículo 120 de la CN (y sus leyes orgánicas). Ni la jueza de grado ni la Cámara explican por qué y en qué sentido la manda no alcanza a dicho efecto. No se problematiza sobre los términos promover la actuación de la justicia, ni sobre su razón de ser o cualquier otro aspecto estructural o accesorio. Al contrario, se invierte la lógica: a pesar del mandato constitucional y la amplitud de la ley orgánica del MPF, debe existir una ley especial que autorice en cada caso.

4) Lecturas desde el presente y futuro

Si las lecturas exegéticas y originalistas respaldan la existencia de legitimación colectiva¹¹, cualquier revisión del texto constitucional como documento vivo repele de

10. DE GIOVANNI señala que “ya no es función del Ministerio Público, como lo fue hasta hace relativamente poco, defender los intereses de la Administración, sino los de la sociedad, y por lo tanto debe poseer legitimación activa en los procesos que nos ocupan” (*El Ministerio Público. Análisis comparativo del Ministerio Federal y de la Ciudad de Buenos Aires*, La Ley 2000-E, 1190).

11. El convencional Alegre afirmaba: “el tema del Ministerio Público (...) significa un eslabón más que articula todo

modo aún más categórico las interpretaciones restrictivas.

(Por lo menos) desde la sanción de la Constitución en 1994 se han producido diversos cambios, crisis de sentido o herramientas que resignifican la relación “derechos, poder y democracia” y que inciden en el modo en que pensamos los ideales regulatorios de la autonomía personal y el autogobierno colectivo.

Se trata de cambios normativos, pero también sociales y políticos. Han emergido como parte del proceso de revisión de la disciplina o de su propia evolución. En algunos supuestos aparecen como novedosos y, en muchos otros, no son más que radicalizaciones de procesos de larga data. En cualquier caso, todas estas *innovaciones* han tenido que ver con revisiones epistémicas, demandas y valores que ponen en entredicho los arreglos institucionales contruidos para dar respuesta a nuestra vida personal-comunitaria.

Entre otras que nos interesa recuperar para ilustrar el punto, destacamos: el afianzamiento del enfoque de derechos (la perspectiva de género e interseccionalidad) y de reglas que reconocen deberes agravados en relación con sujetos de tutela preferente; la acentuación del hecho del pluralismo y desacuerdo, en sociedad de masas, profundamente desiguales, globales e interconectadas; la consolidación del proceso judicial como espacio político para la disputa de preferencias y la discusión de la razonabilidad de las opciones políticas escogidas para satisfacer las obligaciones jurídicas asumidas en los diversos instrumentos constitucionales, convencionales y legales; la consolidación de los procesos colectivos como herramientas para la exigibilidad de derechos, a pesar de la ausencia de reglas adecuadas; la toma de decisión como justificación racional y argumentativa; la legitimidad política como factor en construcción y contingente; las demandas por mayor rendición de cuentas y control sobre los poderes públicos o privados (Leyes N° 24759 y 26097)¹²; y, el carácter elitista e incontrolable de la organización de poder y sus limitaciones como burocracia

el sistema de control de los poderes públicos y defiende sustancialmente a la sociedad en su conjunto. Otorgamos especial importancia a esta cuestión porque resulta uno de los instrumentos útiles para defender a la sociedad de muchos temas instalados en nuestra comunidad, como lo son los relacionados con la corrupción y la impunidad, que de Norte a Sur y de Este a Oeste están plagando la República Argentina” (Convención Nacional Constituyente, 34ª Reunión, op. cit.).

12. BENENTE sostiene que, si la misión del constitucionalismo es la limitación del poder, resulta problemático reducir el poder al Estado y descuidar la tarea de limitar y regular poderes no estatales, en particular los poderes económicos privados (Teorías de la democracia y protesta social. La democracia como resistencia y como democratización, en Martyniuk, Claudio y Seccia, Oriana (Comps.), *¿Qué Memoria y Justicia? Teorización Crítica e Intervenciones Reparadoras*, 1º ed., La Cebra, Buenos Aires, 2019, ps. 99-128).

para procesar preferencias de forma razonable e igualitaria. En especial, aquellas ligadas a la división de poderes, la (crisis de) representación o la última palabra.

En este contexto, ¿cómo debe leerse el artículo 120 de la CN? ¿Cuál debe ser el rol del MP? ¿Cómo debe actuar?

5) El caso como *habilitante y oportunidad de control*

La defensa de la legalidad o de los intereses generales de la sociedad no es en abstracto ni retórica ni una acción popular: exige caso o causa (individual o colectiva). Esto es, un conflicto concreto donde se pongan en entredicho intereses jurídicos que requieran la intervención de un tercero imparcial para su dilucidación. Al mismo tiempo, es el medio a través del cual el Poder Judicial escruta el ejercicio de las facultades del MP, la razonabilidad y fundabilidad de sus planteos.

Bracaccini y González trabajan bajo esta línea al afirmar que el MP ocupa un rol importante en el sistema de frenos y contrapesos -al controlar la actividad de los otros poderes del Estado-, pero que su ejercicio -como toda autoridad dentro de un sistema republicano y democrático- estará sometida a controles vinculados con la fundamentación, razonabilidad y legalidad del acto respectivo¹³.

El problema surge cuando, como en el caso traído a cuento para ejemplificar la posición restrictiva, se le niega al MP (Fiscal) legitimación de plano. Ello implica que no puede plantear ningún caso colectivo. Es decir, que a pesar de existir violaciones masivas o estructurales de los poderes (públicos o privados) y tener el deber de promover la actuación de la justicia para su defensa de modo independiente y autónomo, no tiene posibilidad alguna de hacerlo.

Peor aún: esa posición se sostiene en el marco de reglas -constitucionales y legales- que reconocen -en general y en particular- la legitimación para la defensa de intereses generales y/o colectivos. Ante un caso, ejerce su competencia, cumpliendo un deber, y la respuesta del sistema -que es controlado- es negar la posibilidad de plantearlo, al vedar la legitimación institucional y/o extraordinaria.

13. BRACACCINI, Fernando y GONZÁLEZ, Leonel, *Del Ministerio Público (...)*, op. cit., p. 1076.

La restricción no es inocente ni indiferente: permite sacar el caso (o cualquier caso) de la cancha, sin resolver sobre el fondo. Tiene implicancias graves: lo reduce a causas individuales (no colectivas), a ciertos roles (dictaminar, pero no plantear el caso), de modo selectivo (en la materia que habilita) e irrazonable (puedo reprochar penalmente estafas comerciales o malversación de fondos públicos, pero no responsabilizar colectivamente en clave civil dentro de sede penal o fuera de ella).

6) Interpretar el artículo 120 de la CN a partir de lectura (restrictiva) del 43

La posición restrictiva que niega legitimación colectiva al MP se apoya en el artículo 43 de la CN:

(i) Sin hacerse cargo del artículo 120 de la CN, ni de cómo se vinculan. Es decir, que para definir quiénes pueden reprochar violaciones colectivas a derechos, leen el 43 de modo excluyente. Ergo, no figurando allí, el MP carecería de legitimación a tal fin. Conforme expusimos, la literalidad, construcción, lógica y contexto del artículo 120 pareciera contradecir esa posición. O, en todo caso, nos exigiría hacer un esfuerzo adicional para explicar cómo y de qué modo se vinculan ambas cláusulas.

(ii) Si se hace cargo, ofrece argumentos que suprime o inhabilita su cometido central, en los términos planteados en los apartados antecedentes.

(iii) Eventualmente, propicia una interpretación limitada del propio artículo 43 de la CN. Éste hace alusión a *toda persona* en su primer párrafo; enuncia ciertos sujetos en el segundo, lo cual debe entenderse como un piso de mínima, no excluyente; en esa lógica, mencionar allí al MP era innecesario porque el artículo 120 ya lo prevé y/o es inclusive más amplio; y, el Estado puede deducir amparos, conforme las reglamentaciones vigentes. El MP es parte del Estado (arts. 5 y concs., Ley N° 16986 y 1 y concs., Acordada N° 12/16). Ello es más claro aún en la provincia de Buenos Aires, donde se reconoce que la garantía de amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares para cuestionar actos u omisiones de autoridades públicas o personas privadas que lesionen o amenacen el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos (arts. 20.2 y concs., Constitución Provincial y 7, 15 y concs., Ley N° 13928).

Recordemos además que la relación legitimación-caso venía signada por la tríada administrativista (derecho subjetivo, interés legítimo y simple), las cuestiones polí-

ticas no justiciables y los condicionamientos para escrutar políticas públicas. En ese contexto, era fundamental prever que los afectados, el defensor del pueblo y las organizaciones no gubernamentales estaban legitimados colectivamente. En especial, por las implicancias de una habilitación del tipo para esa clase de sujetos.

Por otra parte, una interpretación del artículo 43 de la CN como la sugerida, es inconsistente con las reglamentaciones instrumentadas. Esto es, si solo la CN en el artículo 43 determina los sujetos que cuentan con legitimación extraordinaria, el Congreso no podría habilitar a otros sujetos. Cuando lo hiciera, estaría extralimitándose. Bajo ese razonamiento, la Ley N° 24240 sería inconstitucional: si el Ministerio Público no figura en el artículo 43 de la CN, y ese es el razonamiento para negar legitimación colectiva, ¿cómo se explica el artículo 52 de la LDC?

Peor aún: la LDC fue promulgada el 13 de octubre de 1993 y ya reconocía legitimación colectiva al MP y al usuario o consumidor (art. 52). No así al Defensor del Pueblo. Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional no figura. ¿Entonces? Insistimos: era innecesario, porque el artículo 120 de la CN -por inherencia, condición, estructura y cometido- lo supone.

Sobre este punto es fundamental recordar dos aspectos relevantes, de los cuales el MP debería hacerse cargo en la disputa de sentidos. Por un lado, el perfil político de la legitimación. Dar (o no) voz a alguien para que exija los derechos que representa y/o tiene el deber de custodiar, es una decisión política que permite crear puentes que acerquen a los justiciables a los estrados judiciales, dificultárselo o impedirse-lo¹⁴. Por otro, la legitimación es un espacio a conquistar, donde el reconocimiento (aun constitucional o legal) no basta: requiere crear una cultura en torno a su exigibilidad y condiciones reales de operatividad¹⁵.

Todas las interpretaciones realizadas por el voto mayoritario sobre las distintas reglas involucradas en torno a la legitimación colectiva del MP, fueron restrictivas y para limitar severamente la posibilidad de control de actos u omisiones ilegales. Interpretaciones todas que, como señalamos, van en contra del deber de maximizar

14. FERRER ARROYO, Francisco J., *La legitimación activa de las Fiscalías contencioso administrativas de la Ciudad de Buenos Aires para promover acciones judiciales no penales*, Estudio de Derecho Público, Enrique M. Alonso Regueira (director), Asociación de Docentes (UBA), 2013, p. 579.

15. RICO, Juan Pablo, *El ministerio público no penal. Nuevas fronteras de actuación*, Comentarios a legislación, Redea. Derechos en acción | Año 3 N° 6 | Verano 2017/2018, p. 238.

el acceso a justicia, el control de los actos públicos, la transparencia y rendición de cuentas. ¿Cómo el voto mayoritario compatibiliza sus afirmaciones con esos deberes-derechos? ¿Cómo se concilia con la razón de ser del MP en el armado constitucional-convencional, orgánico y de poder?

En el caso planteado, el recurrente sostuvo que “[P]romover significa impulsar el desarrollo o la realización de algo [...]. De modo que la conjunción del verbo ‘promover’ con el sustantivo ‘justicia’ –Poder Judicial– se traduce en la atribución constitucional, de este órgano, de instar acciones para la protección de los intereses sociales”. El voto mayoritario, ¿dónde trata este argumento? ¿Qué respuestas nos da para que podamos comprender su interpretación y aceptar su decisión?

7) Leyes orgánicas expresas y amplias, ¿interpretaciones restrictivas?

Las leyes orgánicas nacionales y provincial expresamente reconocen al MP legitimación para promover acciones en clave colectiva. Sin embargo, a pesar de la claridad del texto, emergen interpretaciones que pretenden restringir ese deber. En especial, respecto del MP Fiscal. Veamos de forma esquemática las reglas que reconocen legitimación colectiva, tanto del régimen nacional como provincial.

a) MP de la nación

La Ley N° 27148 instituye como misión general del MPF “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, (...) 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”.

Para garantizar ello, establece como deberes el dictaminar en ciertas causas (art. 2 incisos a y b) y de “intervenir, según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país (...) siempre que se trate de conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos; conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente; y, conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas; y, casos en que una norma especial lo determine” (art. 2 incisos c, d, e y g).

Al regular la actuación del MPF en materia no penal (art. 31), dispone que los titulares de las unidades fiscales tendrán como función: “b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente (...); c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación; d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan; y, h) Realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales”.

Por su parte, la Ley N° 27149 organiza el MP de la Defensa, reconociendo que es una “institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos”, que “promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

Entre las atribuciones del Defensor General que interesan al presente (art. 35), destacan: “a) Garantizar el cumplimiento de la misión institucional del MPD instando todas las acciones para la remoción de obstáculos en el acceso a la justicia y el aseguramiento del derecho de defensa; b) Impulsar mecanismos de protección colectiva en defensa de derechos humanos, sin perjuicio de las facultades del artículo 86 de la CN; e) Diseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad, implementando programas y comisiones que coadyuven para una mejor gestión de casos”. En relación con los defensores públicos oficiales, el artículo 42 inciso o) precisa “promover la defensa y protección de DESCA mediante acciones judiciales y extrajudiciales, individuales o colectivas”.

Ambas leyes prevén reglas expresas sobre autonomía funcional, independencia, principios funcionales y relaciones con el Poder Ejecutivo y Legislativo, ratificando las líneas expuestas en torno a que actúan en el ejercicio de sus funciones “sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (arts. 4, 5, 6, 7, 9 y conchs., Ley N° 27148 y 2, 3, 5, 7 y conchs., Ley N° 27149).

El régimen del MPD no admite duda alguna respecto de la existencia de legitimación colectiva. Por contrapartida, el del MPF ha sido objeto de interpretaciones restrictivas. En especial, como en el caso utilizado de disparador, a partir de 2 ejes: (i) el hecho que la intervención sea en los casos presentados y las peticiones en las causas en trámite. Ergo, sería otro quien incoe la pretensión colectiva; y, (ii) la referencia a la “interposición de las acciones previstas en la ley 24.240”. Si la Ley N° 27148 atribuyera legitimación colectiva al MP, el reenvío carecería de sentido.

Consideramos que esas lecturas son objetables porque:

- (i) La norma habilita la posibilidad de intervenir de forma plena y sin restricciones en cualquier causa en trámite donde se disputen conflictos colectivos. Siendo ello así, está legitimado para actuar colectivamente. Luego, como explicitaremos a posteriori, podrá disputar a quien haya planteado la acción colectiva, el carácter de representante adecuado en el caso en concreto. Es decir, tiene legitimación colectiva y puede proseguir cualquier caso colectivo en que acredite ser el representante adecuado. Ella es una de las cosas que puede “peticionar, solicitar o interponer”.
- (ii) La posibilidad de peticionar en una causa en trámite de modo pleno, debería interpelarnos acerca de por qué no podría instarlo. ¿Cuáles son las razones para propiciar una posición del tipo? En especial, teniendo en cuenta lo estatuido en los artículos 1 y 31 de la Ley N° 27148 y 120 de la CN.
- (iii) Las acciones previstas en el artículo 31 (peticionar, solicitar e interponer), su objeto y la cláusula amplia de cierre (*realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del MPF*), dan cuenta de la amplitud con que fue concebida la atribución de competencias.

Sumemos tres elementos más. El inciso c del artículo 31 no hace referencia a causa en trámite alguna y nomina acciones amplias asociadas a pretensiones y acciones (v.gr., cautelares o plantear inconstitucionalidades). Segundo, la referencia a la LDC

es anecdótica e irrelevante y, la interpretación excluyente propiciada, irrazonable. En ningún lado aparece la Ley N° 24522, la LGA u otras, ¿y ello significa que el MPF no puede intervenir porque dicho inciso no las menciona?¹⁶. Tercero, si no puede incoar acciones colectivas, ¿para qué se le impone el deber de realizar investigaciones con relación a los casos en los que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales?

(iv) El artículo 31 inciso d) alude a la intervención del MP en casos que involucran diversas materias colectivas. La alusión a casos es vulgar y equiparable a conflicto. Ergo, no estaríamos hablando de “causas en trámite”. En ese sentido, el artículo 30 de la LGA dispone que tiene legitimación para obtener la recomposición del ambiente el “Estado Nacional” del cual el MP es parte. Esto vuelve a mostrar las inconsistencias de leer el artículo 43 de la CN con exclusión del resto de las cláusulas constitucionales y, en particular, del 120.

(v) Desconocen los deberes instituidos al fijar la misión general del MP Fiscal. Este debería servir para leer e interpretar las funciones desagregadas y/o para, en caso de duda, definir su sentido y alcance de modo amplio y no restrictivo (como se postula).

b) MP de la provincia

Cuando leemos el texto constitucional provincial advertimos diferencias significativas con su par nacional: el MP integra el Poder Judicial y no se explicita función alguna (art. 189, CP). Sin embargo, cuando analizamos su norma orgánica, nos encontramos con que el reconocimiento para defender derechos colectivos es expreso y amplio.

En ese sentido, el artículo 1 de la Ley N° 14442 dispone que el MP “es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales”¹⁷.

16. Ver art. 31 incisos d y l de la Ley N° 27148.

17. A ello cabe añadir algunos datos de interés: (i) a pesar de pertenecer al Poder Judicial, el MP “goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones” (art. 3); (ii) el

La referencia a legitimación plena disipa cualquier tipo de discusión en torno a la posibilidad de interponer pretensiones colectivas como medio para resolver conflictos de dicha naturaleza o características y cumplir con sus deberes funcionales¹⁸.

La tesitura expuesta se refuerza cuando se lee su predecesora (Ley N° 12061) y los fundamentos del Decreto N° 4515/97 por el cual se vetase el párrafo segundo del artículo 1¹⁹. Como señala Verbic, “el declarado objetivo del veto no fue impedir la defensa colectiva de derechos sino, por el contrario, eliminar obstáculos para ello. Y el nuevo marco legal establecido por la Ley N° 14.442 mantuvo el reconocimiento de la ‘legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad’”²⁰.

En relación al MPF es relevante tener en cuenta la Resolución de Corte N° 1578/21, la cual precisa ciertas pautas sobre el rol de aquel en los procesos ajenos al ámbito penal. Consideramos que esta resolución refuerza la legitimación del MPF y debe ser leída en esa clave, dado que -cualquier otro tipo de lectura- implicaría limitar indebidamente la legitimación plena reconocida en el artículo 1 de la Ley N° 14442. Veamos cómo se construyó dicha resolución por parte de la Suprema Corte provincial y el MP.

En el año 2018, la Procuración General dictó la Resolución N° 315/18, por la cual instruyó a los fiscales generales a que -en los supuestos previstos en el artículo 29 inciso 4 de la Ley N° 14442- concentren la intervención del MPF en ciertas materias que se identificaban, cualquiera sea la naturaleza de la acción interpuesta (art. 1).

Recordemos que el mencionado artículo 29 inciso 4 dispone que corresponde al agente fiscal “en materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, **dictaminar** en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifestare afectación del

MPF y el MPD son áreas funcionalmente autónomas (art. 2); y, (ii) la “Defensa Pública goza de autonomía funcional, independencia técnica y autarquía financiera” (art. 4).

18. Entre otros, ver Centro de Información Jurídica del Ministerio Público (CIJur), Cuaderno temático de dictámenes 2022, Legitimación procesal del Ministerio Público en sus tres ramas, 2022; “Asesoría de Incapaces N° 1 - La Plata c/ Fisco de la Provincia y otros s/ Amparo” (Expte. N° 17.279), Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata (por mayoría), sentencia del 13 de septiembre de 2016; y/o, FERNÁNDEZ, Silvia E., *Las tutelas procesales diferenciadas como herramientas para la protección especial de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez: cuando sustancia y forma se encuentran*, SJA 31/01/2018, 43, TR La Ley AR/DOC/4304/2017.

19. “En tal carácter, tutela el interés público y las garantías de los habitantes, requiriendo la justa aplicación de la ley y del derecho, sea en lo concerniente a intereses colectivos, difusos o individuales, debiendo velar por la limitación de su ejercicio abusivo o disfuncional”.

20. VERBIC, Francisco, *Legitimación colectiva del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires*, Centro de Información Jurídica (CIJur), disponible en <https://bit.ly/3JLRyU9> (última visita el 6/09/25).

interés público con gravedad institucional, o **requerir medidas** en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad”.

La resolución tenía como firmes propósitos: (i) avanzar, de acuerdo a los recursos disponibles, en el fortalecimiento de las áreas del MPF involucradas en la competencia extrapenal; y, (ii) adoptar medidas que procuren uniformar y coordinar estas cuestiones en todos los departamentos judiciales (considerando III).

Un año más tarde, la Suprema Corte adoptó el Acuerdo N° 3957, mediante el cual declaró la nulidad de -la mayoría de los incisos- del artículo 1 y el 2 de la Resolución N° 315/18. Para así decidirlo sostuvo que: (i) algunas de las situaciones referidas carecen de preceptos legales expresos que habiliten la participación de los agentes fiscales; y, (ii) la regulación de la oportunidad en que debe intervenir el MPF conforme el artículo 27 de la Ley N° 13133 importaba un exceso competencial.

Todo ello derivó en la adopción conjunta de la Resolución N° 1578/21. Por su intermedio se fijó que la intervención procesal en materia no penal del MPF se suscitará en ciertos supuestos. Entre ellos, en los procesos relativos a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, de conformidad con los arts. 52 y 54 de la Ley N° 24240 y 27 de la Ley N° 13133 (art. 1 inciso 4).

En su artículo 2 se establece que el MPF podrá intervenir en los procesos debidamente inscriptos en el registro creado por el Acuerdo N° 3660, en los que se litiguen derechos de incidencia colectiva en general, concernientes a la protección del ambiente o la tutela de usuarios de servicios públicos y de infraestructuras públicas, cuando: (i) Se desista o abandone la acción colectiva, con el objeto de pronunciarse y decidir fundadamente acerca de la eventual continuidad de las actuaciones, en sustitución de la parte actora; y, (ii) Ante la conciliación o transacción en el proceso colectivo, a fin de dictaminar acerca de la validez y procedencia del acuerdo presentado para homologación, teniendo en consideración el interés público comprometido y el del colectivo afectado.

Consideramos que la norma reseñada debe ser leída como un instrumento orientativo que tiene por objeto armonizar criterios institucionales dispares y propiciar soluciones acordes a los recursos humanos y materiales del MPF, teniendo en cuenta su rol como titular de la acción penal (conf. considerando 3, RC N° 1578/21). Ello se halla en consonancia con lo prescripto en el artículo 4 de la citada resolución, el

cual dispone que “lo establecido en los artículos precedentes no excluye otras formas de intervención previstas específicamente en las leyes vigentes”. Recordemos que el MP cuenta con legitimación amplia para la defensa de derechos constitucionales colectivos a través del amparo (arts. 20.2 y concs., Constitución Provincial y 7, 15 y concs., Ley N° 13928).

Como señalamos con anterioridad, cualquier otro tipo de lectura, cercenaría indebidamente la legitimación plena reconocida en el artículo 1 de la Ley N° 14442 y la amplitud del artículo 29 inciso 4 última parte²¹ (las mismas razones ofrecidas por la Suprema Corte al adoptar el Acuerdo N° 3957 -v.gr., habilitación legal y extralimitación competencial- serían reprochables en relación a la Resolución N° 1578/21).

8) Reducir al MPF a su faz penal

Las posiciones restrictivas reducen al MPF a la persecución de delitos, a pesar que los artículos 120 de la CN, 12 inciso a de la Ley N° 27148 o 1 y 29 inciso 4 de la Ley N° 14442 no hablan de delitos.

Es innegable que, tanto en el orden nacional como provincial, el MPF se halla eclipsado por su función penal. Esa es su tarea principal y matriz histórica. Tanto así, que si uno lee los fundamentos de la Ley N° 14442, se encontrará que la dimensión penal del MP -producto de la institucionalización del modelo acusatorio- es lo único de lo que se habla.

Sin embargo, ello es un problema. Degrada y esencializa su rol, reduciéndolo al campo penal y limitando la potencialidad que el MPF puede reportar en otras áreas. En especial, en la arena colectiva.

Por ello las interpretaciones restrictivas tampoco son extrañas. Por tradición, falta de incentivos, capacidad de incidencia en temas sensibles o de alto impacto y otros condicionantes, cuando han emergido movimientos disruptivos que piensan al MPF desde otro lugar, el *status quo* y su raíz penal -a contramano de lo que impone su reconocimiento normativo y exige su relevante misión institucional- los han silen-

21. En la primera parte se hace alusión a dictaminar, pero en la segunda y autónoma, refiere a “requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad”. Esto es, accionar de modo amplio para la defensa colectiva de derechos (conf. art. 1, Ley N° 14442).

ciado²². Con el Defensor del Pueblo ocurre lo mismo (o algo peor).

Esto contrasta con la experiencia de Brasil, donde el MP tiene un rol fundamental en la promoción de acciones colectivas. Sobremanera, en beneficio de los sectores más desaventajados de la sociedad, a través de acciones que controlan violaciones masivas del Estado y las corporaciones económicas²³.

Trabajando sobre el MP de la CABA, Ferrer señala que “cuando el MP comenzó a asumir la representación de derechos económicos y sociales por medio de las Defensorías Oficiales y las Asesorías Tutelares, operó una revolución en materia de legitimación y acceso a la justicia (...). Sin embargo, a pesar de este activismo de las defensorías y asesorías tutelares en los doce años de existencia del fuero contencioso local, no se ha verificado ninguna acción judicial contenciosa-administrativa promovida por las Fiscalías del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires en el campo no-penal”²⁴.

9) Desmantelamiento de los procesos colectivos

La interpretación sostenida por el voto mayoritario profundiza el desmantelamiento de los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad colectivos. Dicha posición resulta irrazonable si se tiene en cuenta el modelo de tipo representativo adoptado (donde la legitimación colectiva en abstracto es disputada en concreto a través de la definición del representante adecuado), los sujetos instituidos y sus finalidades. En particular, el acceso a la justicia de grupos de personas, especialmente de aquellos estructuralmente desaventajados; la eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos de gran escala por parte del sistema de justicia; la disuasión y modificación de conductas; y, la obtención de soluciones igualitarias para conflictos repetitivos o estructurales.

22. Esto también ha incidido en el lugar y rol que la defensa (no penal) y asesorías han podido desarrollar en el MP.

23. Ver ZANETI, Hermes, *O rei pode estar errado? O Ministério Público brasileiro como “Herói da periferia”: promotores de justiça que processam o estado e grandes corporações em ações coletivas*, XVII PPJ – Public and Private Justice – Dispute Resolution in Modern Societies. The Heroes of Judicial Periphery: Court Experts, Court Clerks and Other Actors in the Shadow (29 Maio – 2 Junho 2023).

24. FERRER ARROYO, Francisco J., *La legitimación activa de las Fiscalías contencioso administrativas (...)*, op. cit. p. 580-581.

En ese sentido, las lecturas propuestas tampoco compatibilizan los roles del MP con el resto de los sujetos, rompiendo cualquier tipo de racionalidad posible. El MP puede actuar de forma principal o complementaria y el proceso colectivo garantizará la posibilidad de ver quién es el representante adecuado. Tanto en términos sustanciales como procesales, no hay cercenamiento de la autonomía de la voluntad ni sustitución del Leviatán.

Por último, es falso que el MPF no cumplió en el caso presentado con la carga de explicitar cuál era el bien colectivo en juego ni en qué consistía la afectación concreta. El voto minoritario que abre el acuerdo, expresamente recupera argumentos que desmienten dicha afirmación. Recordemos que no solo el medio ambiente es un bien colectivo. Quizás es eso lo que debería reverse y no la carga de “explicitar el bien jurídico cuya tutela se persigue”. Aún más, el tratamiento es tan criticable en este punto que, a diferencia de lo dicho, lo que podría haberse señalado es que parecería trabajar con ambas hipótesis (bien colectivo y DIH) o con una acumulación de fundamentos para sostener la legitimación. En todo caso, el problema para el órgano jurisdiccional es que debería dar respuesta a todos los planteos (tratándolos).

10) Lo que los precedentes (no) dicen

La posición que aquí se defiende sobre el rol del MP se hallaría en consonancia con las pautas reglamentarias²⁵ e interpretativas de la CSJN sobre el punto.

Recordemos que el voto mayoritario, luego de achacarle al MPF que no era de aplicación el precedente “Clínica Marini” porque “[sus] ribetes fácticos y jurídicos (...) difieren sustancialmente con las cuestiones debatidas en este juicio”- utilizó los casos “Universidad de La Matanza” (Fallos: 346:970) y “P., A. y otro s/autorización” (Fallos: 347:1001) para negarle legitimación colectiva.

Sin embargo, la regla decisoria de dichos precedentes tampoco tiene nada que ver con su caso. Sus antecedentes fácticos, el modo en que interviene el MPF, el objeto de discusión, la congruencia decisoria y la competencia habilitante, no guardan similitud alguna. En el supuesto planteado el MPF venía por la IGJ, por sí (porque

25. La Acordada N° 12/16 no trae limitaciones sobre el punto, aunque exige justificar la adecuada representación del colectivo (apartado II).

quitaban funciones) o por colectivos: no venía a dictaminar ni se hallaba consentida por las partes.

La única forma de asimilarlos sería traer a cuento que, con el consentimiento del Estado Nacional o un posible desistimiento, “las partes consintieron la decisión y no hay agravios”. No obstante, ello sería también incorrecto, porque aquí el MPF viene por sí bajo un doble título (porque la ley de CABA le quita funciones y en ejercicio de derechos colectivos) y también a requerimiento de la IGJ, con adhesión -a su pretensión- del Estado Nacional (que luego no apela). Esto no tiene nada que ver con lo tratado y resuelto por la CSJN en los dos casos citados.

Recordemos que en “*Universidad de La Matanza*” (Fallos: 346:970) el punto a resolver era si el MPF de la Nación se encontraba legitimado para cuestionar una sentencia que puso fin al pleito y que fue consentida por la actora y la demandada, dictada en un proceso no penal en el que no asumió el rol de parte²⁶. Allí el MPF intervenía a efectos de dictaminar en el marco de la causa.

Por eso el corazón de la sentencia es la ausencia de caso²⁷ y cómo, a partir de ello, es necesario indagar sobre las atribuciones conferidas al MPF [para] apelar la sentencia final de la causa que había sido consentida por los litigantes²⁸. Todos los jueces hacen su propio voto, pero trabajan bajo esas mismas premisas.

Rosenkrantz afirma que *“del texto del artículo 120 de la Constitución Nacional no surge que se haya consagrado una suerte de excepción a los recaudos fijados en el artículo 116 para la actuación de los tribunales federales. Tampoco permite sostener que el Ministerio Público adquiere el rol de parte en todas las causas en las que se debate la constitucionalidad de una norma. (...) las funciones constitucionalmente otorgadas al Ministerio Público para promover la actuación de la justicia presuponen que el Poder Judicial de la Nación cuente con jurisdicción, lo que implica la existencia de un caso o controversia que cumpla con los recaudos enunciados anteriormente. De este modo, la reforma constitucional de 1994 no le otorgó legitimación procesal al Ministerio Público para instar una suerte de acción popular o en defensa de la mera*

26. Considerando 9 del voto de Rosenkrantz.

27. Ver considerandos 10 y 11.

28. Ver considerandos 10 a 12.

legalidad, por fuera de los recaudos fijados por el artículo 116 de la Constitución” (considerando 13).

Es cierto que, al final del considerando 13, el mismo magistrado señala que *“dicha reforma tampoco ha dotado al Ministerio Público Fiscal de una legitimación extraordinaria que le permita litigar en defensa de intereses ajenos, como sí ha sucedido con el Defensor del Pueblo de la Nación, con las asociaciones que propenden a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y con el propio afectado cuando ejerce una representación colectiva (artículos 43 y 86 de la Constitución Nacional)”*.

Es su opinión, no hace a la regla decisoria del caso, conforma parte de lo dicho de paso y debe leerse en el contexto del pronunciamiento. Tanto así, que en el considerando 17 puede leerse que *“es importante destacar que en autos no se ventiló un proceso de carácter colectivo en el que se dirimiera el alcance de derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos o sobre intereses individuales homogéneos, supuestos en los que, por lo demás, tampoco cabe prescindir de la comprobación de la existencia de un caso (“Halabi”, Fallos: 332:111)”*. A ello cabe sumar lo dicho en el considerando 19.

La conclusión del magistrado es elocuente: *“ni la Constitución Nacional ni la ley 27.148 autorizaban al Ministerio Público Fiscal a cuestionar de forma autónoma la sentencia definitiva que puso fin a la controversia. Ello es así pues, a tenor de la naturaleza de la pretensión ejercida en la demanda, el señor Fiscal Federal no era parte del proceso y tanto la actora como la demandada consintieron la decisión de mérito que puso fin al pleito” (considerando 20).*

Por su parte, Maqueda es más claro aún. En el considerando 18 dice: *“a tenor de la naturaleza de la pretensión ejercida por la actora en su demanda y el rol asumido por el señor Fiscal Federal en el proceso, se advierte que el caso de autos no es de aquellos en los que deba reconocerse al Ministerio Público Fiscal el carácter de ‘parte’ o, aun sin alcanzar tal condición, aptitud suficiente para, con total prescindencia de la actitud procesal de las partes en conflicto –actora y demandada–, controvertir lo decidido por el juez en la sentencia que puso fin a la controversia.*

En efecto, la controversia ventilada en el sub lite, por una parte, difiere, claro está, de aquellas en que el Ministerio Público Fiscal hubiere sido formalmente parte demandada (...); por otra parte, tampoco se trata de un supuesto en el que exista expresa

autorización legal para que ese organismo asumiera tal condición, como sí ocurre cuando el legislador prevé, en determinado tipo de procesos, que el Ministerio Público Fiscal asuma el carácter específico de “parte”, sea en resguardo de la juridicidad misma, o propiamente en calidad de actora (cf., por ejemplo, ley 24.522, artículo 276; y ley 24.240, artículos 52 y 54); y, por lo demás, **aun con prescindencia de si existe o no norma expresa que lo habilite, en autos no se ventiló un proceso que por su naturaleza, cuanto menos en los hechos, deba reconocerse que tuvo el carácter de ‘colectivo’, en el que se dirimiera el alcance de derechos de incidencia colectiva por tratarse de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos**”.

Más allá de expresar argumentos adicionales, Lorenzetti adhirió al voto de Maqueda en los considerandos 1 a 20. Como vemos, la interpretación de ambos -que ya serían mayoría- difiere sobre la contradicción de Rosenkrantz en materia de legitimación colectiva del MPF. Si a ello sumamos que la disidencia de Rosatti profundiza la línea, la regla decisoria que asume el voto mayoritario, no es tal²⁹. Similares consideraciones pueden extraerse si se analiza el caso “P., A. y otro s/autorización” (Fallos: 347:1001. Ver considerando 7).

5. 16 AÑOS DESPUÉS: ¿(DES) INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (O CUÁNDO DISCUTIREMOS SOBRE INDEPENDENCIA JUDICIAL, INTERPRETACIÓN Y ACCOUNTABILITY)?

Hay dos aspectos adicionales que nos parecen centrales para pensar los problemas que el caso nos plantea, más allá de su literalidad.

El primero dice relación con el tiempo: el caso se inició en el 2009, se decidió en primera instancia en febrero de 2016 y en Cámara en mayo de 2025. **16 años en total, 7 en instancia y ¡9 en segunda instancia!** Al señalar este aspecto no queremos reducirlo al problema de la falta de respuestas en plazo razonable, sino a la **cronoterapia** de los casos o la administración problemática de los tiempos del proceso para ver cuándo y cómo los decidimos, qué problemas nos genera ello, cómo podemos controlar ese aspecto y construir mayor legitimidad.

29. En similar sentido, SALGADO afirma que “esta es la línea seguida por la mayoría. Por una parte, descarta la posibilidad de que el MPF cuente con legitimación ordinaria ya que no titulariza la relación jurídica sustancial; por otro señala que no se trata de los supuestos en los que existe una habilitación legal que genere una legitimación extraordinaria, como serían los casos de la ley concursal (art. 51 de la ley 24.522), la ley de defensa de los consumidores y usuarios (art. 52 y 54 de la ley 24.240) o los derechos de incidencia colectiva (art. 43 de la CN) (SALGADO, José María, *Legitimación del Ministerio Público Fiscal*, RDA 2024-153, 135, TR La Ley AR/DOC/1099/2024).

El segundo se vincula con la interpretación judicial y su relación con la falta de mecanismos efectivos para rendir cuentas. Aquí existen múltiples problemas que convergen: falta de reglas sobre métodos interpretativos; sistema de precedentes criollo (o algo así, cuándo y cómo se quiere); pautas de valoración de la prueba generales (v.gr., sana crítica); ausencia de estándares probatorios (en el mundo no penal, ¿cuál es y cómo se demuestra?); estructura orgánica que viene de la colonia española; mecanismos endógenos o exógenos ineficaces (v.gr., control disciplinario o Consejo de la Magistratura); leyes de enjuiciamiento que tienen conceptos jurídicos asociados al manifiesto error de derecho como causal de remoción o reproche, pero que nunca se motorizan porque enseguida apelamos a la violación de la independencia judicial y un largo etcétera.

En algún momento será necesario tomarnos en serio la discusión sobre interpretación, independencia judicial y rendición de cuentas. En especial, para que dejemos de pensar que la independencia judicial solo versa sobre evitar presiones ajenas y nos hagamos cargo de su faz positiva: cómo lo hecho se vincula al caso, su planteo, las pruebas y las reglas existentes.

Pensemos que la decisión cita de forma recurrente la existencia de una cautelar favorable al MPF que aludía a que la falta de legitimación colectiva no era manifiesta. Tiene razón el voto mayoritario cuando dice que ello no hace cosa juzgada o no vincula a la Cámara para resolver la excepción propiamente dicha. Pero ese no es el punto. Lo que debería llamarnos la atención es cómo se otorgó una cautelar de forma favorable para luego sentenciar que no existía legitimación. ¿Cómo se hizo para otorgar una cautelar material de no innovar y reconocer en ese marco la probabilidad provisoria o humo de buen derecho, para luego directamente decir que no existía legitimación colectiva? Ese es el punto difícilmente explicable (si la decisión final es sostener la ausencia de legitimación).

6. RECAPITULANDO: ¿POR QUÉ LA DECISIÓN DE LA SALA I DE LA CACAF NOS PARECE PROBLEMÁTICA?

Para cerrar nos interesa reafirmar que negar legitimación colectiva al MP es una decisión problemática, porque:

1) Restringe indebidamente su rol, dado que: (i) quita facultades para cumplir con su deber y cometido constitucional-convencional. En particular, el MPF no podría

plantear por sí acciones colectivas ni tampoco -producto de interpretaciones restrictivas de la orgánica, que soslayan las implicancias del modelo colectivo de tipo representativo- disputar la representatividad adecuada en cada caso; y, (ii) limita severamente la posibilidad de optimizar recursos, definir políticas de gestión y definir estrategias de abordajes para las conflictividades repetitivas, colectivas y/o estructurales. Esto abarca la dimensión sustancial y estratégica, pero también la operativa y presupuestaria.

2) Limita gravemente la defensa de derechos. La existencia de conflictos colectivos es un presupuesto irreductible, al igual que el deber del MP de defender la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Si niego legitimación colectiva es imposible que el MP pueda custodiar la *legalidad* de los derechos colectivos reconocidos constitucional, convencional y legalmente.

3) Condiciona la exigibilidad de derechos por parte grupos vulnerables en particular. Respecto de dichos colectivos, el MP resulta un actor de peso y cercanía, que cuenta con información, capacidad estructural y condiciones para ejercer una defensa vigorosa de sus intereses colectivos.

4) Limita la transparencia, rendición de cuentas y posibilidad de control, profundizando los desarreglos organizacionales. Cercenar la posibilidad de discutir estructuralmente políticas y violaciones de derechos del poder político-económico, socava una de las razones centrales de la existencia de la figura.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

Proceso Sumario de Ilegitimidad en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

Beltrán Gorostegui

El proceso sumario de ilegitimidad en el contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires

Por **Beltrán Gorostegui**¹

En las páginas que siguen, realizaremos un análisis del proceso sumario de ilegitimidad en la Provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta las previsiones de los artículos 67 a 70 del Código Contencioso Administrativo, así como la jurisprudencia y doctrina desarrolladas en torno a este proceso especial.²

1. LOS PROCESOS ESPECIALES

El artículo 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su último párrafo, establece que “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

Esa previsión constitucional, que instruye la determinación de “los procedimientos” para juzgar la materia contenciosa administrativa, sin limitarla a la figura del juicio pleno como se consignaba antes de la reforma constitucional, constituye la base de los diversos carriles procesales receptados en el CCA y en leyes especiales para hacer valer las pretensiones administrativas.

Con anterioridad a la reforma constitucional, como expresa Milanta “La realidad del contencioso bonaerense se desarrolló en el marco del proceso de plena jurisdicción reglado por el Código Varela, como único procedimiento aplicable a la

1. Abogado por la Universidad Nacional de La Plata y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Docente de grado en ambas universidades y de posgrado en diversas instituciones públicas y privadas. Autor y coautor de libros y artículos de la especialidad. Subjefe del Departamento de Derecho Administrativo del Estudio Ymaz Abogados.

2. Este artículo fue escrito en 2020 y fue actualizado, en lo pertinente, a los fines de esta publicación.

materia administrativa de incumbencia exclusiva de la Suprema Corte. La jurisprudencia mayoritaria y tradicional de ese Tribunal ha descartado la posibilidad de que esa materia fuese conocida y resuelta en procesos abreviados por aplicación del CPCC o de leyes especiales y además ha mantenido una línea constante en el sentido de aceptar como único trámite del juicio contencioso administrativo, el previsto en el aludido CCA. Es así que han quedado fuera de la competencia originaria de la Suprema Corte las acciones que abren procesos de trámite sumario o sumarísimo específicamente las de amparo o similares -vgr. hábeas data, amparo por mora- del mismo modo que los procesos sumarios en acciones de mera declaración de certeza y hasta podríamos mencionar los procesos cautelares autónomos”³.

El Título II del CCA vigente, efectivamente, a continuación del proceso ordinario, regula una serie de procesos administrativos especiales, que se rigen por sus propias reglas y en todo lo no previsto por ellas, se complementan en lo pertinente con las establecidas en el Título I sobre el proceso ordinario.

Como explica Palacio, el vocablo proceso (*procesus*, de *procedere*) significa avanzar, marchar hacia un fin determinado, no de una sola vez sino a través de sucesivos momentos⁴.

Mientras que los procesos especiales son aquellos procesos judiciales contenciosos que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del proceso ordinario⁵.

En el Título II del CCA, figuran los siguientes procesos especiales: Capítulo I: Proceso Sumario de Ilegitimidad; Capítulo II: Impugnación de Sanciones en Materia de Empleo Público; Capítulo III: Impugnaciones Especiales contra Resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales y de Cajas de Previsión Social de Profesionales;

3. Este artículo fue escrito en el año 2020 y fue actualizado, en lo pertinente, a los fines de esta publicación. MILANTA, Claudia A.M.: “Reforma procesal administrativa de la Provincia de Buenos Aires. Proceso ordinario y procesos especiales”, en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 542.

4. PALACIO, Lino E.: *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1990, Tomo I, págs. 219/220. También se ha definido al proceso como “el conjunto coordinado de actos actuados por y ante los órganos de la jurisdicción con la finalidad de obtener una sentencia decisoria de un conflicto” (CARLO CARLI: *Derecho Procesal*, Segunda Edición, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1967, pág. 199).

5. PALACIO, Lino E.: ob. cit., pág. 312. En una concepción más restringida, que parece superada, la doctrina reservaba la calidad de proceso especial, a los procesos de ejecución (CARLO CARLI: ob. cit., pág. 221).

Capítulo IV: Amparo por Mora; Capítulo V: Ejecución Tributaria Provincial⁶.

Pero los procesos especiales contencioso administrativos en la Provincia de Buenos Aires, no se agotan con los listados en el Título II del CCA. Fuera de los tipos señalados, existen procesos especiales de pretensiones mencionadas en el título I del Código, pero no regulados en él; procesos especiales no mencionados en el CCA pero regulados en leyes específicas; y otros casos no mencionados ni regulados especialmente, que por su naturaleza no podrían tramitar a través de un proceso ordinario, sino que lo deben hacer mediante un proceso especial⁷.

A propósito de ello, el artículo 2, *in fine*, del CCA, se encarga de señalar que las pretensiones allí enunciadas no constituyen un *numerus clausus*, por lo que cabe admitir el conocimiento por los tribunales contencioso-administrativos de otros casos regidos por el derecho administrativo. Para abonar ese criterio, se hace también alusión a la amplitud de la previsión constitucional del artículo 166, así como a la supletoriedad del Código Procesal Civil y Comercial y, con ello, de todas sus variables procesales⁸. De este modo, se puede concluir que, en la medida que no exista una norma que los excluya, es posible imaginar tantos procesos especiales como “casos regidos por el derecho administrativo” que los requieran.

En todos los supuestos señalados del Título II del CCA, cabe hablar de carriles procesales independientes, en algunos casos alternativos al proceso ordinario del Título I (como ocurre con el sumario de ilegitimidad -Cap. I-, la impugnación de sanciones en materia de empleo público -Cap. II- y la impugnación contra resoluciones de las cajas de previsión social -Cap. III, sólo art. 75-), y en otros exclusivos, para el abordaje de determinado tipo de pretensiones (como los casos de impugnaciones especiales contra resoluciones de colegios o consejos profesionales -Cap. III, sólo arts. 74 y 74 bis-, amparo por mora -Cap. IV- y ejecución tributaria provincial -Cap. V-).

6. En el caso del proceso de Ejecución Tributaria Provincial, el CCA remite en cuanto a su regulación a las disposiciones del Decreto-Ley N° 9122/78, actualmente, en este aspecto, sustituida por la Ley N° 13.406. Con relación a la aplicación de ambos ordenamientos de ejecución, se explica que “la ley 13.406 está destinada a regir el proceso de apremio por créditos fiscales de origen tributario, y para el resto de los créditos fiscales ha de seguir rigiendo el decreto ley 9.122/78, lo que impone que la distinción de la norma aplicable ha de hacerse por el carácter residual de la última de las citadas leyes” (TULIA, Mauro A. “El apremio en la Provincia de Buenos Aires: Excepción de prescripción. A diez años del fallo ‘Filcrosa’”, publicado en www.infojus.gov.ar, actualmente saij.gov.ar).

7. Se puede ver un completo desarrollo al respecto en SCHREGINGER, Marcelo: “Procesos administrativos especiales”, en *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-*, ISABELLA, Diego P. (Director), Buenos Aires, Rap, Tomo II, págs. 348 y sgtes.

8. MILANTA, Claudia A.M.: ob. cit., pág. 568.

El denominador común de todos estos procesos especiales es, sin dudas, la búsqueda de celeridad, de poder llegar a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, a través de un recorrido más rápido y expeditivo.

2. EL PROCESO SUMARIO DE ILEGITIMIDAD

Los artículos 67 a 70 instituyen el primero de los procesos especiales contenidos en el Título II del CCA, denominado “Proceso Sumario de Ilegitimidad”, que es el que se abordará en este artículo.

Se transcriben a continuación las normas para su mejor análisis por el lector:

ARTICULO 67º: (Texto según Ley 13101) Caracterización general. Opción:

Contra los actos administrativos de alcance particular o general, la parte actora tendrá la opción de formular la pretensión bajo el régimen del proceso ordinario previsto en el Título I, o mediante el Proceso Sumario de Ilegitimidad, establecido en el presente Capítulo.

El Proceso Sumario de Ilegitimidad tendrá por único objeto la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance particular o general. Los daños y perjuicios que se pudieren derivar de la declaración de nulidad del acto, deberán ser reclamados en un proceso autónomo.

ARTICULO 68º: (Texto Ley 13101) Determinación del proceso a seguir.

1. La parte actora, en su primera presentación, solicitará que la pretensión tramite por el proceso reglado en el presente Capítulo. La demandada podrá oponerse a ello, dentro de los primeros cinco (5) días de notificado el traslado de la demanda. Esta oposición suspenderá el plazo para contestar la demanda y formular excepciones.
2. El Juez resolverá sobre la procedencia de la vía, como única cuestión de previo y especial pronunciamiento.
3. En el caso que se hiciera lugar a la oposición, el Juez resolverá la tramitación del proceso por las reglas del proceso ordinario, confiriéndose a la actora un plazo de treinta (30) días para adecuar la demanda, la que proseguirá su curso procesal de

conformidad a las normas previstas en el Título I del presente Código.

ARTICULO 69º: (Texto según Ley 13101) Reglas procesales. El proceso sumario de ilegitimidad se regirá por las reglas del proceso ordinario previstas en el presente Código, con las modificaciones siguientes:

1. El plazo para promover la demanda será de sesenta (60) días, contados en la forma prevista en el artículo 18º del presente Código.
2. Se correrá traslado de la demanda por un plazo de veinte (20) días.
3. No se correrá traslado a la actora de la contestación de la demanda, ni se celebrará la audiencia prevista en el artículo 41º del presente Código.
4. No se admitirá la producción de prueba distinta de la documental acompañada por las partes y la contenida en los expedientes administrativos agregados a la causa y directamente relacionadas con la pretensión.
5. Las excepciones previas deberán ser planteadas en el escrito de contestación de la demanda y resueltas en la sentencia.
6. Contestada la demanda, o vencido el plazo para hacerlo, se conferirá vistas a las partes para que, en el plazo común de cinco (5) días presenten el alegato, vencido el cual se llamará autos para sentencia.
7. La sentencia deberá dictarse en el plazo de treinta (30) días.

ARTICULO 70º: (Texto según Ley 13101) Sentencia.

La sentencia deberá limitarse a desestimar la pretensión o a declarar la nulidad total o parcial del acto administrativo impugnado.

Junto con la declaración de nulidad, el juzgado, de acuerdo con las circunstancias del caso, ordenará a la demandada la conducta a seguir, con ajuste a la pretensión procesal articulada o procederá a devolver las actuaciones para que se dicte un nuevo acto.

CONCORDANCIAS: arts. 161, inc. 1 y 166, CP; Título I y art. 77, inc. 1, CCA; arts. 484 a 495 y 683 a 688, CPCC.

Preliminarmente, cabe decir que este proceso no es novedoso en el ámbito del proceso contencioso administrativo en general, y de hecho tuvo una recepción procesal en la Provincia de Buenos Aires bastante rezagada si se lo compara con lo sucedido en otros regímenes contencioso administrativo provinciales⁹.

El proceso sumario, en la doctrina procesalista, es una especie dentro de los procesos “plenarios rápidos o abreviados”, que son aquellos procesos cuya simplicidad estructural no obsta al conocimiento judicial exhaustivo del litigio, el cual debe ser decidido, por consiguiente, en forma total y definitiva. Se sostiene que la finalidad de estos procesos no difiere de la que se persigue a través del proceso ordinario, y que el distinto tratamiento formal y temporal que la ley les dispensa con relación a este último obedece, no a razones substanciales, sino a la escasa cuantía de las cuestiones debatidas o bien a la presunta facilidad con que puede resolverse el conflicto en virtud de la menor complejidad del tema a decidir¹⁰.

El proceso especial que aquí se evalúa, desde su naturaleza jurídica de proceso de cognición, no se diferencia del proceso ordinario. En rigor, la adjetivación de especial, refiere más bien a una distinción de características y, sobre todo, de especificidad en su uso. En efecto, en cuanto a sus características, porque el proceso ordinario es el más amplio y completo de todos los procesos regulados en el CCA, pasible de residenciar la mayor parte de las pretensiones administrativas, mientras que, este proceso especial, carece o ve limitadas alguna de sus etapas, tiene capacidad para receptar sólo cierto tipo de pretensiones y con alcance limitado. Y en cuanto a su uso, porque desde el aspecto cuantitativo, el proceso ordinario es el más habitual y el que procede por regla, mientras que el proceso especial es por definición excepcional.

En consecuencia, el proceso sumario de ilegitimidad, tal como se colige de su misma designación, consiste, en sustancia, en un proceso plenario abreviado -en comparación con el proceso ordinario del Título I del CCA- y tiene como principal rasgo

9. MILANTA, Claudia A.M.: ob. cit., págs. 548 y sgtes.

10. PALACIO, Lino E.: ob. cit., pág. 312.

distintivo el de que la pretensión seguida bajo su cauce es acotada, ya que tiende única o, al menos, principalmente, a verificar y en su caso a declarar la nulidad de un acto administrativo de alcance particular o general¹¹.

No obstante, atento a que su regulación -ya sea directa o por remisión al proceso ordinario- es integral, se sostiene que dentro de los procesos especiales, el sumario de ilegitimidad vendría a ser una suerte de proceso ordinario del que abrevan los otros¹². Por ejemplo, en la Impugnación de Sanciones en Materia de Empleo Público (Título II, Capítulo II), remite al proceso sumario de ilegitimidad por su artículo 72, sin perjuicio de matices regulatorios propios. Algo similar ocurre en materia de Impugnación de Resoluciones de las Cajas de Previsión Social de Profesionales (Título II, Capítulo III), cuyo artículo 75 del CCA efectúa la remisión también con matices.

En la jurisprudencia, por su parte, se sostuvo que el proceso sumario de ilegitimidad *es un trámite especial* contemplado en el artículo 67 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Ley N° 12.008) que, en atención a su naturaleza célere, *cuenta con reglas procesales particulares*¹³.

En otro caso, se consignó que el proceso sumario de ilegitimidad constituye *un proceso de cognición limitado*, razón por la cual el conocimiento del Juez *se reduce a determinar la validez o invalidez del acto impugnado* (art. 70 del CCA), admitiéndose como *única prueba* la documental acompañada por las partes y la contenida en los expedientes administrativos (art. 69 inc. 4 del CCA)¹⁴.

2.1. Objeto del proceso

Se entiende por objeto del proceso, la materia alrededor de la cual gira su iniciación, desenvolvimiento y extinción¹⁵.

11. La jurisprudencia, efectivamente, corroboró el carácter de “juicio pleno” del proceso sumario de ilegitimidad (CCAMP, “Telecom Personal S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredón s. Proceso Sumario de Ilegitimidad – Otros Juicios”, 3-3-2020).

12. MILANTA, Claudia A.M.: ob. cit., pág. 563.

13. CCASM, “Telecom Argentina S.A. c/ Municipalidad de Tigre”, 5-4-2017.

14. JCASM N° 2, “Banco Itaú Argentina S.A. c. Municipalidad de San Martín”, 28-09-2016.

15. PALACIO, Lino E.: ob. cit., pág. 368.

Bajo esté acápite, se analizará entonces el objeto procesal de este cauce especial, en orden a determinar cuáles son las manifestaciones de la función administrativa que pueden ser impugnados por esta vía, cuál puede ser el alcance de la pretensión del accionante y qué tipo de ilegitimidades comprende.

2.1.1. Manifestaciones de la función administrativa impugnables por esta vía

La norma del artículo 67 indica en primer lugar que este proceso es aplicable contra actos administrativos de alcance particular o general, respecto de los cuales se persiga su declaración de nulidad.

Aquí, es preciso hacer un alto. Pues la acción no habilita a perseguir la nulidad de cualquier manifestación de la función administrativa, sino específicamente de actos administrativos particulares y generales, lo que obliga a abordar la conceptualización de estas figuras, para determinar con mayor precisión sus contornos.

En este punto, se sostiene con razón que el régimen jurídico del acto administrativo reviste, evidentemente, naturaleza sustantiva¹⁶, por lo que excede a la regulación procesal contencioso administrativa y por ello no hay mayores referencias a ello en el CCA.

También es sabido que el concepto de acto administrativo, al no contar por lo general con una definición legal -regla a lo que no escapa el Decreto - Ley N° 7647/70 sobre Procedimiento Administrativo provincial- resulta una de las cuestiones más debatidas en la doctrina y jurisprudencia iusadministrativa.

Escaparía al objeto de este trabajo un desarrollo en extenso de esta temática, por lo que se esbozarán simplemente los lineamientos teóricos, procurando estrictamente servirse de aquello que redunde en el esclarecimiento del alcance de la norma en análisis.

Hay que decir entonces que la principal polémica en torno a la conceptualización del acto administrativo, remite al alcance de la definición o, en otras palabras, a los tipos de manifestaciones de la función administrativa que comprende.

¹⁶. COMADIRA, Julio R.: *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 180.

Como primer punto de depuración, siempre en lo que hace al interés estricto del proceso especial aquí analizado, se puede señalar que al referirse el artículo 67 del CCA al concepto de acto administrativo particular o general, quedarían en principio fuera de este proceso especial los hechos administrativos. Se dice *en principio*, porque por ejemplo, aparece la figura del silencio administrativo, como una posible manifestación administrativa enjuiciable por esta vía, y cuya naturaleza jurídica de acto u hecho, se sabe, no es pacífica. Se volverá sobre ello más adelante.

Si se sigue avanzando en el análisis, tocaría decir ahora que según las distintas vertientes doctrinarias, se entiende que el acto administrativo, en tanto declaración efectuada en ejercicio de la función administrativa, puede ser sustancialmente catalogado -según quiénes lo emitan y a quienes se dirija- como: unilateral e individual; bilateral y en principio individual; o unilateral y general.

En el primer caso se está ante el típico acto administrativo particular, es decir, aquel que es dictado de manera unilateral y es dirigido a un número determinado o determinable de sujetos.

En el segundo caso se trata un acto emitido por al menos dos voluntades¹⁷, una de las cuales, lo es en representación de la función administrativa; aquí, se destaca fundamentalmente el caso del contrato administrativo. Se dijo previamente que, “en principio”, los efectos son particulares, porque la regla en el contrato administrativo es que su efecto es relativo¹⁸. Sin embargo, esa regla no es absoluta en ciertos contratos administrativos, especialmente en los vinculados a servicios públicos. Pues aquí, parte de sus efectos (tarifarios fundamentalmente), se extienden a terceros -usuarios- que no son estrictamente parte del contrato pero ocupan un rol preponderante en su configuración y constituyen sus destinatarios finales y su principal fuente de recursos.

Y en el tercero, comúnmente conocidos como actos generales, la declaración es unilateral pero los destinatarios son sujetos indeterminados. En esta última categoría se distingue doctrinariamente a los actos generales, como no normativos y

17. Cuando se hace referencia a dos voluntades, se alude a voluntades con intereses contrapuestos, como ocurre en los contratos, y no a casos de actos emitidos por más de un órgano administrativo, como ocurre por ejemplo con las resoluciones ministeriales conjuntas, en que se puede sostener que la voluntad, pese a ser expresada por más de un órgano, es única o unidireccional.

18. Código Civil y Comercial, art. 959.

normativos o reglamentos, siendo los primeros aquellos que cumplen su objeto con su primera aplicación mientras que los segundos, permanecen vigentes hasta tanto no resulten derogados, modificados, sustituidos, etc¹⁹.

Por último, se podrían delinear, en cuanto al alcance del concepto, al menos tres teorías, a saber: una amplia, otra intermedia y otra restringida. La primera es la que incluye dentro del concepto de acto administrativo a todas las declaraciones previamente reseñadas. La intermedia es la que incluye dos de las tres declaraciones, cuya combinación varía según el autor. Y la restringida, es la que reserva el concepto de acto administrativo para el acto unilateral y particular, dirigido a sujetos determinados²⁰.

En este escueto marco conceptual, se puede señalar que el artículo 67 del CCA, evidentemente procuró precisar qué tipo de declaración administrativa podía ser objeto de esta acción. Y así con toda claridad la norma expresa que la acción puede dirigirse contra “los actos administrativos de alcance particular o general”, lo que equivaldría a decir que alcanza exclusivamente a las declaraciones administrativas unilaterales, ya sean dirigidas a sujetos determinados o determinables (acto administrativo particular) o indeterminados (acto administrativo general, normativo o no normativo).

Sin embargo, pese al esfuerzo clarificador de la normativa, la regulación no queda exenta de supuestos dudosos.

Así, por ejemplo, qué ocurriría si se pretendiera utilizar esta vía para entablar una acción de nulidad de un contrato. Lo cual no es un supuesto meramente teórico ya que la Administración podría plantearlo a través de una acción de lesividad²¹. Y también podría plantearlo un particular, en la medida en que no sea parte en la configuración del vicio determinante de la invalidez. Pero ateniéndonos a la letra del artículo 67

19. COMADIRA, Julio R. “Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003, pág. 9.

20. Ampliar en COMADIRA, Julio R.: “Procedimientos Administrativos...” ob. cit., pág. 190 y notas respectivas.

21. Cabe aclarar que la acción de lesividad no está regulada expresamente en el CCA entre las pretensiones regidas por el derecho administrativo que pueden entablar los entes públicos estatales previstos en el artículo 1° del CCA (conf. art. 2, inc. 7), pero tampoco se la excluye, lo que permite afirmar su viabilidad por vía de la pretensión de anulación. Ver al respecto SORIA, Daniel F.: “Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, págs. 187 y sgtes.

esto supondría considerar al contrato como acto administrativo, lo cual no es una temática exenta de controversias tal como se vio. De hecho, en el artículo 2, inc. 6, del CCA, las pretensiones relativas a los contratos administrativos se encuentran en una previsión autónoma, distinta a la que regula la pretensión impugnatoria de actos administrativos de alcance particular o general (art. 2, inc. 1, CCA).

No obstante ello y más allá de la cuestión que pueda derivar de la literalidad del CCA, no se advierten en estos casos razones de peso para excluir al cuestionamiento de la validez de los contratos administrativos de la vía del proceso sumario de ilegitimidad, pues se trata de una manifestación típica de la función administrativa, cuyo examen de legalidad no representa ninguna distinción sustancial con relación a los otros supuestos comprendidos en la norma. La tradición jurisprudencial también respalda esta postura²².

Otra fuente de controversias es la previsión de impugnación de actos generales prevista en el artículo 67 del CCA. Pues si esa impugnación tiene base constitucional y es dirigida contra actos que representan mandatos generales, abstractos e impersonales dirigidos a la comunidad, es doctrina de la SCBA, que corresponde al Alto Tribunal provincial ejercer su jurisdicción originaria.

Así, el Alto Tribunal sostuvo en un caso que *la pretensión planteada, más allá de la denominación dada -como proceso sumario de ilegitimidad- tiene por objeto exclusivo un pronunciamiento de invalidez constitucional de una norma local que reglamenta la ley 14.196*. Es claro, entonces, que se procura únicamente la declaración originaria de inconstitucionalidad de una norma local susceptible de ser cuestionada por la vía prevista en el artículo 161 inciso 1º de la Constitución provincial y reglada por los artículos 683 y siguientes del CPCC. Siendo ello así, corresponde declarar que la materia objeto de la acción articulada es *propia del conocimiento de la Suprema Corte en instancia originaria*²³.

22. CSJN, “Metalmecánica”, Fallos 296:672; “Gypobras”, Fallos 318:441. Lo mismo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia (ver relevamiento jurisprudencial de la Suprema Corte, en D'ARGENIO, Inés: “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo procesal”, en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, págs. 113 y sgtes.

23. SCBA, “Arrizabalaga, Margarita A. c/ Poder Ejecutivo”, 3-12-2012.

2.1.2. El caso de las ordenanzas municipales

Un párrafo aparte merece la cuestión de la impugnación de las ordenanzas municipales. Toda vez que en la modificación que dispuso la Ley N° 13.101, se excluyó la mención que hacía el CCA de las ordenanzas municipales como objeto de la pretensión de impugnación, tanto en el proceso ordinario (art. 12, inc. 1) como en el sumario de ilegitimidad (art. 67). Complementariamente a ello y, a su vez, como una suerte de explicación implícita del cambio, la ley dispuso también una modificación al artículo 77, inc. a), *in fine*, de la Ley Orgánica de las Municipalidades N° 6769/58, estableciendo que “Las ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material”. De este modo, normativamente se establece que las ordenanzas no constituyen una manifestación de la función administrativa, sino de la función legislativa. Con lo que este supuesto círculo, se cerraría, reservando para la impugnación de las ordenanzas municipales, la acción originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte Provincial recién mencionada, conforme con el artículo 161, inc. 1, de la Constitución Provincial, y artículos 683 y concordantes del CPCC.

La controversia por la modificación instaurada por la Ley N° 13.101 no es menor. Doctrinariamente, la norma fue criticada²⁴, aunque también en parte avalada²⁵, y la jurisprudencia no logra establecer un criterio integral en la materia²⁶.

Hay que destacar que la reforma no fue siquiera lo suficientemente meticulosa como para excluir todas las menciones a las ordenanzas municipales que hacía el CCA, y así se mantuvieron, por ejemplo, la de los artículos 3 y, sobre todo, 33, inc. 2, que en su última parte establece “Si se tratare de una impugnación contra una ordenanza municipal, también deberá notificarse al Presidente del Concejo Deliberante”. Y por otra parte, más allá de la supresión de las referencias a las ordenanzas municipales, el CCA no prohibió expresamente su impugnación, y de hecho esa posibilidad se mantiene expresamente cuando la impugnación es indirecta, por vía del acto de aplicación (art. 3, CCA).

24. Ver MILANTA, Claudia A.M.: ob. cit., pág. 600; SORIA, Daniel F.: ob. cit., págs. 225 y sgtes.

25. Sin dejar de expresar un tono crítico por la deficiencia en la técnica legislativa de la reforma introducida en este aspecto por la Ley N° 13.101, comparte sin embargo la solución introducida OROZ, Miguel H. E. “La competencia material del fuero contencioso administrativo y su reglamentación legal en la jurisprudencia de la SCBA” en *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-*, ISABELLA, Diego P. (Director), Buenos Aires, Rap, 2010, Tomo I, págs. 228/229.

26. Ver al respecto, OROZ, Miguel H. E.: ob. cit. en nota anterior, pág. 227.

En este sentido, la jurisprudencia expresó que si bien es cierto que la Ley N° 13.101 suprimió de la primera parte del artículo 67 del CCA la alusión a las “ordenanzas municipales” del alcance de la pretensión anulatoria por la vía del proceso sumario de ilegitimidad -en consonancia con la modificación operada en el artículo 2° de esta última ley-, también lo es *que mantuvo incólume el texto del artículo 3°, el cual establece que la competencia contencioso administrativa no quedará desplazada, aun cuando para la resolución del caso fuere necesario declarar la inconstitucionalidad de leyes, de ordenanzas municipales o de actos administrativos de alcance general o particular*. El referido artículo 3° no hace más que respetar la elevada manda del control de constitucionalidad que el constituyente bonaerense plasmó en el artículo 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Por otra parte, la mentada reforma producida por la Ley N° 13.101 no obsta a la impugnación del acto de aplicación de una ordenanza, como resulta en el sub lite, sino que lo que veda es la impugnación de esta última -por tal vía procesal- en forma abstracta²⁷.

Por otra parte, también hay que decir que la impugnación por vía de la acción originaria de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte puede ser factible, pero solamente cuando el contenido de la ordenanza lo constituyen mandatos generales, abstractos e impersonales dirigidos a la comunidad que estatuyan sobre materia regida por la Constitución Provincial y resulten controvertidas por parte interesada; pero no cuando la transgresión resulte meramente legal o reglamentaria o bien cuando, el contenido de la ordenanza, resulte meramente particular²⁸.

2.1.3. El caso del silencio administrativo

También merece una consideración especial la situación de silencio administrativo.

Se ha sostenido que “En ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo²⁹.”

27. CCASM, “Alcalá, Sandra V. y otro/a c/ Municipalidad de Tres Lomas”, 31-5-2017.

28. SORIA, Daniel F.: ob. cit., pág. 227.

29. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ-Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Decimotercera edición, Madrid, Editorial Thomson – Civitas, 2006, Tomo I, págs. 598/599.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina y la jurisprudencia se ha debatido en torno a considerarlo como un acto tácito o como un mero hecho o ficción legal³⁰, de allí que podría presentarse una controversia a la hora de verificar su impugnabilidad por el proceso sumario de ilegitimidad a tenor del artículo 67 del CCA, recordando que éste lo reserva para impugnar actos de alcance particular o general.

En cualquier caso, está fuera de discusión que se trata de un instituto creado como garantía de los administrados frente a la inactividad o pasividad de la Administración, por lo que no podría oponérsele su pretendida naturaleza al particular para denegarle la vía. Si se soslayara esa hermenéutica, se produciría un demérito en la equiparación que se pretende lograr entre el silencio administrativo y la resolución denegatoria expresa lo que, además de ser contrario a su esencia, sería algo carente de todo sustento normativo.

Por ello, independientemente de la consideración del silencio como un acto administrativo tácito o como una mera ficción jurídica o hecho, lo cierto es que desde el punto de vista normativo equivale a estos efectos a una decisión administrativa en sentido denegatorio de la pretensión del peticionante, por lo que se cumple con ello el presupuesto básico para encausar su impugnación por vía del proceso sumario de ilegitimidad³¹.

A esos fines, deben reunirse los requisitos para configurar el silencio del artículo 16 del CCA, debidamente complementados con las previsiones de los artículos 77 y 79 del Decreto - Ley N° 7647/70, en casos de actos de órganos provinciales o bajo su régimen, o bien de los similares de la Ordenanza General N° 267/80, en la órbita municipal.

Como se dijo, no se advierten contraindicaciones para que esta vía sumaria se utilice en caso de silencio. Es más, se estima que, en caso de prosperar la acción bajo esta hipótesis, el juez debería evaluar especialmente si no corresponde, además de de-

30. HUTCHINSON, Tomás: "El silencio administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense", en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, en especial, págs. 451 y sgtes.

31. Un autor, siguiendo a Hutchinson, a diferencia de lo aquí propiciado, circunscribe los supuestos de enjuiciamiento del silencio administrativo por esta vía, a aquellos casos en que la petición administrativa tendía a que se decretara la nulidad de un acto administrativo (TULIA, Mauro A. "Proceso sumario de ilegitimidad en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", publicado en *Revista Rap* (433), Sección doctrina, pág. 32.

clarar la ilegitimidad de la denegación ficta, sustituir a la Administración o instruirla -tal como lo permite el artículo 70- a que se pronuncie en un sentido determinado, a fin de que ello haga las veces de una suerte de correctivo o sanción judicial ante la pasividad administrativa, de modo de que no se naturalice y a su vez se desincentive una situación que, si bien cuenta con este paliativo legal que es el silencio, no deja de ser una irregularidad en el funcionamiento de la administración pública.

En un caso, se sostuvo que no puede obviarse que cuando se demanda por silencio, más allá de la denegación tácita la voluntad de la administración no está explicitada, por lo que no es atendible que se alegue como fundamento de la invalidez la falta de motivación inherente al silencio. Así se expresó que “De allí que resulte llamativo que la actora alegue que la nulidad del acto es producto de la ausencia de motivación como elemento esencial, en tanto la operatividad del silencio ejercido conlleva la falta de ‘explicitación de razones’. Ergo, al contrario de lo manifestado por la recurrente, resulta lógico que recién en el marco del expediente judicial haya podido conocer cuáles fueron las razones para ‘fundar’ la negativa”³².

2.1.4. Ilegitimidades que comprende

Si bien, en el sistema normativo del proceso sumario de ilegitimidad, se alude sin más a la nulidad, aclarándose que puede ser total o parcial (art. 70), no cabe discriminar entre las distintas categorías -absoluta o relativa, total o parcial, manifiesta o no manifiesta- debiendo propiciar el criterio más amplio, receptivo de cualquiera de esas u otras subespecies.

2.2. Requisitos de admisibilidad de la acción

El objeto del proceso es determinante a la hora de verificar los requisitos de admisibilidad de la acción. Aquí, con las adecuaciones correspondientes, rigen similares requisitos que con la pretensión de nulidad del proceso ordinario del Título I del CCA.

32. CCALP, “Ría Blanca SA y Otro c/ Dirección Provincial de Pesca s/ Proceso Sumario de Ilegitimidad – Otros Juicios”, 15-03-2016. En otro precedente, se sostuvo que se configuraba litispendencia, en un caso en el que se iniciaron dos acciones independientes, una como pretensión de cesación de una vía de hecho con el objeto de que se disponga el cese en la conducta ilegal y se permita el derecho a acceder a renovar la licencia de conducir y, la otra, un proceso sumario de ilegitimidad, entre las mismas partes y por la misma causa, sobre la base de un acto denegatorio tácito de la renovación de la licencia solicitada (CCALP, “Malcun, José M. c/ Dirección de Administración y Licencias de Conducir”, 12-8-2014).

Esto es, debe agotarse la vía administrativa en los casos que corresponda (arts. 14 y 15 del CCA); configurarse, de corresponder, el supuesto de silencio administrativo (art. 16, CCA); cuando se trate de actos de alcance particular, estos deben ser definitivos o asimilables a definitivos (art. 14, inc. a y art. 35, inc. i, CCA)³³; la presentación de la demanda debe hacerse dentro del plazo de caducidad (art. 69, inc. 1, CCA) y; en su caso, debe cumplirse con el *solve et repete* (art. 19, CCA)³⁴. También es un presupuesto a tener en cuenta, que el acto administrativo no hubiera sido consentido por quien pretenda impugnarlo (art. 35, inc. i)³⁵.

Con relación al *solve et repete*, la jurisprudencia sostuvo que *no se configura el supuesto de excepción previsto en el inc. 3º del artículo 19*, toda vez que conforme las constancias de la causa, la actora promovió un proceso sumario de ilegitimidad y no una acción meramente declarativa³⁶.

Un supuesto específico de *solve et repete*, fue introducido en el segundo párrafo, del artículo 70, de la Ley N° 13.133, texto según Ley N° 14.652, como requisito previo para ejercer la acción judicial de impugnación de las resoluciones administrativas dictadas en materia de derecho del consumidor, la que por regla tramita por la vía sumaria de ilegitimidad que aquí se analiza. El requisito se prevé para cuando las resoluciones impongan sanciones de multa salvo que, el cumplimiento de la misma, pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante³⁷. Lo cual, pese a contemplar dicha excepción, suscitó una controversia en torno a la constitucionalidad del recaudo³⁸.

33. En un precedente se consideró no habilitada la instancia judicial, en tanto, con relación al acto impugnado por vía del proceso sumario de ilegitimidad, no resultaba agotada la vía administrativa (CCASM, “Ríos, Sergio N. y otro c/ Provincia de Buenos Aires-Fisco Pcial. y otro”, 12-6-2014).

34. CASSAGNE, Juan C. – PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006, pág. 162.

35. ISABELLA, Diego P.: “Pretensiones, agotamiento de la vía y plazo de caducidad”, en *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires -La Justicia Administrativa-*, ISABELLA, Diego P. (Director), Buenos Aires, Rap, 2010, Tomo I, pág. 486.

36. CCASM, “Nestlé Argentina S.A. c/ Municipalidad de Merlo”, 16-3-2006.

37. Establece el artículo 70, segundo párrafo, de la Ley N° 13.133 (texto según Ley N° 14.652), que: “En todos los casos, para interponer la acción judicial contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de ésta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito junto con el escrito de demanda sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al impugnante”.

38. En un precedente, se declaró la inconstitucionalidad del requisito del pago previo de una multa en el marco del régimen de defensa del consumidor, previsto en el segundo párrafo del artículo 70 de la Ley N° 13.133 (texto según Ley N° 14.652), por considerarse en pugna con las garantías de defensa y de tutela judicial efectiva, en tanto reclama la satisfacción de la pena de contenido patrimonial, como exigencia necesaria y previa del juicio revisor que le es inherente siendo que se trata de un acto de autoridad pública en ejercicio de función administrativa (CCALP,

Por último, para interponer la acción autónoma de daños y perjuicios, prevista en el artículo 67, segundo párrafo, del CCA, debe obtenerse la declaración judicial de nulidad, e interponerse la demanda dentro del plazo de prescripción de la acción, sin perjuicio de los demás requisitos de toda acción.

2.3. Opción

El artículo 67 del CCA, establece que contra los actos administrativos de alcance

“Galia S.A. C/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, 9-6-2015). En sentido coincidente con el precedente anterior, también con relación a la carga prevista en el segundo párrafo del actual artículo 70 de la Ley N° 13.133, se sostuvo que vulnera principios de rango constitucional. Y se agregó que consistiendo el obrar administrativo en la sanción al proceder de una persona –en el caso, una empresa–, no resulta posible condicionar el ejercicio del derecho de defensa del afectado con la imposición de un requisito previo como el exigido, que importa habilitar el acceso a sede judicial sólo una vez cumplida la pena impuesta (CCASM, “Telecom Argentina S.A. c/ Municipalidad de General San Martín”, 22-05-2017). También en igual sentido (cinCCAMDP “Telecom Argentina S.A. c. Municipalidad de Necochea s. Proceso Sumario de Ilegitimidad”, 9-11-2017).

Por su parte, la Suprema Corte, en un precedente relativo a una multa administrativa general –no de defensa del consumidor– por mayoría, desestimó y declaró mal concedido, respectivamente, los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley articulados; sin embargo, también por mayoría, pero conformada de distinta manera, pareciera haber sentado una doctrina que admitiría la validez del pago previo en materia de sanciones administrativas, salvo el caso de desproporción del monto con relación a la capacidad económica debidamente acreditado, a través del holding del voto de tres jueces, con más el pronunciamiento, a mayor abundamiento, de un cuarto juez (SCBA, “Agrotransporte Conesa S.A. s/ apelación resolución administrativa”, 4-8-2016, en especial votos de los Jueces Genoud, Kogan y Pettigiani, a los que se suma por sus fundamentos a mayor abundamiento, el Juez Hitters).

Pero con posterioridad a ello, en el marco de una acción originaria de inconstitucionalidad, la Suprema Corte hizo lugar a una medida cautelar suspensiva de los efectos del artículo 76 de la Ley N° 14.652 de Presupuesto General para la Administración Pública, por el que se modificó el artículo 70 de la Ley N° 13.133 y se introdujo el depósito previo como requisito para la interposición de la acción judicial contra la resolución administrativa que imponga la sanción de multa. Sostuvo al respecto que: “En efecto, al dictar sentencia en la causa I. 3361 ‘Herrera’, sent. de 19-XII-2012, el Tribunal resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 42 de la ley 11.477 por el que se exigía, en el marco del procedimiento de fiscalización pesquera provincial, el pago previo de la multa aplicada como condición de admisibilidad de los recursos de reposición y apelación previstos en dicho ordenamiento. Se sostuvo allí que la finalidad del solve et repete es la de preservar el normal desenvolvimiento de las finanzas públicas, poniéndolas a cubierto de argucias procesales o expedientes dilatorios (doctr. causas B. 55.283 ‘Pertenezer SA’, res. de 14-XII-1993; B. 55.927 ‘American Express Argentina SA’, res. de 6-VI-1995, entre otras), razón que no puede predicarse respecto de las multas aplicadas como resultado de un procedimiento de infracción, toda vez que no cabe sostener válidamente que aquéllas integran los recursos normales del sistema (doctr. causas B. 59.540 ‘Ancev SA’, sent. de 9-V-1989 y B. 53.829 ‘Luis Ángel Zaiden y Alfredo Osvlado Canevari Sociedad de Hecho’, res. de 3-XII-1991)” (“Telecom Personal S.A. c/ Provincia de Bs. As. s/ Inconst. Art. 76 Ley 14.652”, 18-10-2018).

Por su parte, a los pocos días del pronunciamiento anterior, en el marco de un recurso extraordinario, la Procuración General de la Suprema Corte provincial, respecto del artículo 70 de la Ley N° 13.133, propició ante el Alto Tribunal local, revocar una sentencia por la que se había declarado la inconstitucionalidad el requisito del pago previo, sobre la base de jurisprudencia federal y local que había admitido la validez del recaudo, y específicamente, por haberse acreditado en autos una imposibilidad de pago, o que dicha erogación pudiera generarle a la parte actora un obstáculo insalvable, y con ello la posible vulneración del acceso a la justicia (Dictamen del 28-12-2017, en autos “AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso sumario de ilegitimidad”). Dictámenes similares se replicaron en los numerosos casos que llegaron a la Suprema Corte en la materia.

Finalmente, la Suprema Corte, en oportunidad de tratar esos recursos extraordinarios, los consideró técnicamente insuficientes y los desestimó por mayoría, recordando en sustancia que los remedios extraordinarios sólo son viables con relación a las decisiones que, recayendo sobre el asunto principal objeto de la litis, ponen fin al pleito condenando o absolviendo al demandado, o aun refiriéndose a un artículo, producen el efecto de finalizar el mismo, haciendo imposible su continuación (entre tantas otras, sentencia del 27-05-2021, en autos “AMX Argentina S.A. contra Municipalidad de General San Martín sobre proceso sumario de ilegitimidad. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, Expediente A – 75325). De este modo, la SCBA, sin ingresar estrictamente al fondo de la cuestión, mantuvo las sentencias que declararon la inconstitucionalidad del requisito del pago previo.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, modificada por la Ley N° 27.742, en su artículo 25 bis, último párrafo, establece “Cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario”.

particular o general, la parte actora tendrá la opción de formular la pretensión bajo el régimen del proceso ordinario o mediante el proceso sumario de ilegitimidad.

Al respecto hay que decir que la vía del proceso ordinario, opera como opción por defecto, por lo cual, si el actor no manifiesta nada al respecto, ello equivale a que optó por el proceso ordinario.

A su vez, debe advertirse que el ejercicio de la opción a favor de la segunda alternativa -la del proceso sumario de ilegitimidad- no será necesariamente determinante, ya que el artículo 68 prevé una posible oposición de la demandada y la consiguiente resolución del juez como cuestión de previo y especial pronunciamiento.

Aquí cabe preguntarse si la opción es exclusiva del actor, o si eventualmente también el demandado podría optar por el proceso especial ante la decisión expresa o tácita (por defecto) del actor de incursionar por la vía ordinaria.

No se advierten, en rigor, objeciones de consideración para que el juez, ponderando a priori la subsunción del caso a la norma y las demás circunstancias imperantes y, por el otro, el debido resguardo del derecho de defensa de las partes, pueda permitirle el ejercicio de la opción al demandado.

Se encuentra como fundamento para ello, que no hay una prohibición en tal sentido en el CCA. Por otro lado, las facultades ordenatorias e instructorias con las que cuentan los jueces (art. 36, CPCC, por la remisión del art. 70, inc. 1º, del CCA), permitirían admitirlo. Y sobre todo, por la sencilla razón de que el derecho a obtener una decisión expeditiva, no debe atribuirse exclusivamente al interés del actor, ya que el demandado puede legítimamente aspirar también a una pronta conclusión de un proceso en su contra.

Naturalmente, esta posibilidad comporta para el demandado, la carga de aceptar que las prerrogativas propias del proceso ordinario consumidas por el actor hasta el momento del ejercicio de la opción y que no comprometan la continuidad del proceso bajo la estructura sumaria, quedarían convalidadas por preclusión en favor de este. Por ejemplo, si utilizó el plazo del proceso ordinario para demandar.

Por otra parte, también se propicia que los jueces puedan, de oficio, darle la oportunidad al actor para que ejerza la opción, cuando no lo hubiera hecho de motu

propio³⁹. No cabe más que coincidir con ello, lo cual permite incluso reafirmar la idea de que también es posible darle la oportunidad de opción al demandado.

Por su parte, la jurisprudencia dejó en claro que es un *error* sostener *que al consentir la demandada la vía optada por la contraria, no podría platear con posterioridad que la demanda debiera rechazarse por haberse interpuesto fuera del plazo de caducidad*⁴⁰, ya que son planteos independientes.

2.3.1. Procedimiento para ejercer la opción

El artículo 68 del CCA, especifica que la parte actora debe ejercer la opción en su primera presentación, esto es, con la presentación de la demanda.

En caso de ejercerse la opción por este proceso especial, el juez, luego de cumplir si correspondiere con el requisito del artículo 30 del CCA *premisión de expedientes administrativos por el ente demandado*- y, consiguientemente, con el del artículo 32 del CCA *-traslado al actor para ampliar o transformar la demanda-*⁴¹, debería hacer un primer examen de admisibilidad de la acción y de la opción efectuada, conforme con el artículo 31 y, en su caso, disponer la subsanación de defectos que pudieren corresponder.

Aquí corresponde hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, el examen de admisibilidad no es definitivo, tanto de la opción como de la acción, ya que la demandada puede, en primer lugar, oponerse a la opción efectuada, así como oponer excepciones con la contestación de demanda, entre las que se halla la de inadmisibilidad de la pretensión (art. 35, inc. i, del CCA).

39. Conf. MILANTA, Claudia A.M.: ob. cit., pág. 603. Por su parte, como recuerda OROZ, al quedar sin efecto la competencia originaria y transitoria de la Suprema Corte con fecha 15 de diciembre de 2003, el Címero Tribunal otorgó la posibilidad a los accionantes de optar por procesos especiales, en aquellos casos iniciados con anterioridad a esa fecha, si todavía la litis no se encontraba trabada, disponiéndose en ese caso las adecuaciones correspondientes (OROZ, Miguel H. E.: "Las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y derogatorias en el nuevo Código Procesal Administrativo Bonaerense", en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, págs. 728 y sgtes.

40. CCASM, "Alcalá, Sandra V. y otro/a c/ Municipalidad de Tres Lomas", 31-5-2017.

41. SCBA, "Altamirano, Beatriz S. c/ Municipalidad de Castelli", prov. del 3-3-2004. Ver también SCHRENGINGER, Marcelo: ob. cit., pág. 415.

En segundo lugar, con relación a las subsanaciones que puede disponer el juez, cabe preguntarse si ello es posible, en el caso que el actor ejerza la opción por el proceso sumario de ilegitimidad, e interponga la demanda fuera de su plazo, pero dentro del plazo previsto para la acción ordinaria. Pues, como se verá al analizar las diferencias estructurales entre el proceso ordinario y este proceso especial, el plazo de caducidad para interponer la demanda en el primer caso es de sesenta (60) días y en el segundo es de noventa (90) días.

Verdaderamente, es una situación de difícil solución. El apego a la norma conduciría a tener que disponer la caducidad de la acción y por ende el rechazo de la demanda. Por el contrario, hacer caso omiso a la prescripción procesal, convertiría en letra muerta a una de las características tipificantes de este proceso especial como es el plazo reducido para demandar, en este caso, en perjuicio de la demandada.

No obstante ello, en honor al principio *pro actione*, cabe propiciar una solución que admita la pretensión e incluso mantenga el trámite del proceso sumario, fundado en el plazo de caducidad que rige para el proceso ordinario. Y para no afectar la igualdad de las partes en el proceso, correspondería que el demandado cuente también para contestar la demanda con el plazo correspondiente al proceso ordinario. En lo demás, se seguiría el trámite del sumario.

Además del principio *pro actione* referido, abona la solución propuesta, precisamente, la expresa facultad de subsanación con que cuenta el juez en esta instancia. Y también existe la posibilidad de ampliar o transformar la demanda conforme lo habilita el artículo 32 del CCA y con ello se podría dejar sin efecto la opción ejercida, restableciéndose el plazo pleno para demandar del proceso ordinario. Por lo que, por más que en el caso concreto esa facultad de ampliación o modificación no sea usada y sea el juez el que deba ordenar subsanarlo, ello igualmente da la pauta de que no se trata en el caso del restablecimiento de un derecho irremediabilmente fenecido *ex lege*, e insubsanable, sino de una situación razonablemente remediable.

Sin embargo, la jurisprudencia, en un caso de este tipo, se pronunció contraria a la solución aquí propiciada⁴².

42. Se sostuvo al respecto que, deducida la demanda por el proceso sumario de ilegitimidad, cae el argumento que sin éxito ensaya la parte recurrente, quien no logra asidero en su prédica de remisión al mayor lapso previsto para la acción ordinaria, pues lo cierto es que su elección de promoción, por la mecánica del proceso sumario de ilegitimidad, la sujetó al menor previsto en el artículo 69 inciso 1º del código de forma, tal y como fuera decidido (CCALP, "OSIM Obra

Volviendo al procedimiento, declarada admisible la opción y la acción, corrido el traslado de la demanda, la demandada podrá oponerse a la opción ejercida por el accionante por el proceso especial, dentro de los primeros cinco (5) días de notificado ese traslado. Esta oposición suspenderá el plazo para contestar la demanda y formular excepciones.

Se entiende que la oposición de la demandada no debería ser infundada. Esto es, debería contar con alguna razón objetiva que torne improcedente el tipo de proceso propuesto. Ello lo puede fundar en defectos de la demanda interpuesta por el actor, en el caso que no cumpliera con los parámetros de esta vía, ya sea por el tipo de pretensión, las pruebas propuestas, etc. O bien, en la propia posición a adoptar en su contestación, en el caso que tuviera la intención de ofrecer pruebas no admitidas en este proceso, o de reconvenir con alguna pretensión que también lo excediese, todo lo cual debería contar como se anticipara, con una mínima dosis de verosimilitud, como para evitar estrategias meramente dilatorias⁴³.

En un caso, para hacer lugar a la oposición, se sostuvo que no es posible soslayar que el proceso sumario de ilegitimidad encuentra limitaciones en materia probatoria, en tanto no se admite la producción de prueba distinta de la documental acompañada por las partes y contenida en los expedientes administrativos agregados a la causa y directamente relacionados con la pretensión. Y se agregó que *si bien el recurrente no ha mencionado de qué prueba concreta distinta a la admitida por la norma- se vería privado de producir en el marco del trámite impuesto por la juez de grado, lo cierto es que tal circunstancia no posee mayor gravitación para resolver en el sentido que se indica*. En tales condiciones, se concluye que las limitaciones probatorias propias del proceso sumario de ilegitimidad pueden conspirar para su efectiva dilucidación, habida cuenta de los planteos -principalmente- de índole sustancial que integran la pretensión actoral⁴⁴.

En otro precedente, se sentó la regla que la opción debe jugar en favor del justiciable y no en contra. Y en tal sentido, consideró inaplicable la doctrina de la SCBA,

Social del Personal c/ Oficina Municipal de Defensa del Consumidor de La Plata”, 2-9-2014).

43. En un pronunciamiento se expresó que en el eventual e hipotético caso de comprobarse que la demandada pretendiera -por este medio (el de la oposición)- demorar injustificadamente la causa -como invoca la actora en su responde-, ello -en todo caso- deberá ser materia de examen en la oportunidad procesal pertinente (CCASM, “Elías, Alicia G. y otra c/ Municipalidad de La Matanza”, 1º-11-2007).

44. CCASM, “Elías, Alicia G. y otra c/ Municipalidad de La Matanza”, 1º-11-2007.

conocida como *la subsanación* que postula que la denegación de producción de prueba en sede administrativa no configura vulneración del derecho de defensa si, por un lado, no se demuestra el mérito que aquella prueba hubiese tenido para modificar la decisión en la causa y, por otro, se tuvo la vía del juicio pleno en el cual pudo ofrecer y producir aquella que estimase conducente. Pues bien, en el caso se sostuvo que en el *proceso sumario de ilegitimidad, la posibilidad de ofrecer y producir prueba a que alude la doctrina legal de la SCBA se encuentra limitada por las normas procesales aplicables*, admitiéndose únicamente la documental acompañada por las partes y la contenida en los expedientes administrativos agregados. Y se agregó que, aun cuando ha sido el propio actor quien optó por este tipo de proceso acotado, lo cierto es que ello constituye una opción procesal establecida en el código de rito a favor del justiciable y, en tal sentido, *la limitación probatoria que resulta aplicable, no puede en modo alguno ser interpretada en su contra*. Por lo tanto, pretender soslayar la ilegitimidad de la conducta administrativa con la omisión probatoria por parte del actor, cuando el proceso aplicable tal que, además, *la recurrente no se opuso*- no permite la producción de prueba más allá de la documental y la instrumental consistente en las actuaciones administrativas, resulta improcedente⁴⁵.

Frente al supuesto de la oposición por el demandado, el juez resolverá sobre la procedencia de la vía, como única cuestión de previo y especial pronunciamiento.

Esta es, en efecto, la única cuestión previa de este proceso, ya que las eventuales excepciones que pudiera interponer la demandada se resuelven con la sentencia, inclusive la de inadmisibilidad de la pretensión.

En el caso que se hiciera lugar a la oposición, el Juez resolverá la tramitación del proceso por las reglas del proceso ordinario, confiriéndose a la actora un plazo de treinta (30) días para adecuar la demanda, la que proseguirá su curso procesal de conformidad a las normas previstas en el Título I del Código.

Ello no significa que el actor deba adecuar necesariamente la demanda, por el contrario, siendo él quien ejerció la opción por la vía sumaria, se supone que si lo hizo es porque la consideró adecuada para su pretensión y que esta fue formulada de una manera meditada y completa.

45. CCASM, “Godoy Hugo Ariel c/ Provincia de Buenos Aires”, 7-12-2006.

Por otra parte, en ese supuesto, el actor y, si no se hiciera lugar a su oposición, el demandado, tienen la posibilidad de impugnar la decisión, tanto por vía del recurso de reposición dentro de los tres (3) días (art. 53, inc. 1 del CCA) como también por apelación⁴⁶, ya que se trataría de un gravamen que no podría ser reparado por la sentencia definitiva (art. 55, inc. c, CCA). En este caso, el recurso debe interponerse dentro de los cinco (5) días (art. 56, CCA), salvo que la apelación se interponga en subsidio al recurso de reposición, en que debe hacerse en el plazo de este último (art. 53, inc. 2, CCA).

En la práctica, se verifican también encuadramientos procesales de oficio. En orden a ello, la jurisprudencia sostuvo que si bien la *parte actora había pretendido encarar en su escrito postulatorio el litigio por la vía del proceso sumario de ilegitimidad*, el Sr. Juez de grado procedió a encuadrarlo en las normas del proceso ordinario y así fue sustanciado, no habiendo sido tal decisión objeto de oportuno cuestionamiento por parte de los litigantes y, por tal motivo, habiendo quedado *firme y consentida a su respecto, impide volver sobre ello*⁴⁷.

Finalmente, merecen señalarse aquí las diferencias que presenta el ejercicio de la opción por el proceso sumario de ilegitimidad en la regulación del CCA, respecto de lo previsto en el proceso de impugnación de resoluciones en materia de defensa del consumidor, previsto en el artículo 70 de la Ley N° 13.133, texto según Ley N° 14.652, el que por regla tramita por el proceso sumario de ilegitimidad.

En este aspecto, el artículo 70 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 13.133 establece, en su último párrafo, que “El proceso judicial respectivo tramitará por el proceso sumario de ilegitimidad del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, a menos que a solicitud de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más eficaz”.

Por lo que se advierten, al menos, tres diferencias en este supuesto, respecto del régimen de opción previsto en los artículos 67 y 68 del CCA, a saber: en primer lugar, la regla por defecto, en este caso, es la aplicación del proceso sumario de ilegitimidad

46. CCASM, “Elías, Alicia G. y otra c/ Municipalidad de La Matanza”, 1°-11-2007.

47. CCASM, “Garoto Argentina S.A. c/ Municipalidad de Carlos Casares”, 6-6-2017.

y no el proceso ordinario. En segundo lugar, según la letra del artículo, el ejercicio de la opción no es exclusivo de ninguna de las partes, sino que cualquiera de ellas puede solicitarlo. En tercer lugar, se establece aquí un parámetro al juez para decidir por una u otra vía, que se basa en la complejidad de la pretensión y también se hace explícita la necesidad de que la resolución del juez sea fundada⁴⁸.

Ambos procesos, tienen en común, como sede originaria, a los juzgados contenciosos administrativos provinciales⁴⁹.

2.3.2. Un caso sin opción

Por vía de sucesivas interpretaciones judiciales, se decidió que ciertos procesos tramiten, sin opción, por la vía del proceso sumario de ilegitimidad.

Se trata de la impugnación de resoluciones administrativas sancionatorias prevista en el artículo 22 de la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802, ya abrogada por el artículo 72 del Decreto N° 274/2019.

48. La jurisprudencia enfatizó que la denegatoria del juez en lo contencioso administrativo de un expreso pedido de ordinarizar el proceso sumario de ilegitimidad (conforme el artículo 70 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 13.133) por parte de un proveedor de bienes o servicios sancionado, *debe contar con un grado de motivación suficiente a partir de las constancias propias de la causa*. Mal podría convalidarse un rechazo jurisdiccional sustentado en la mera y superficial impresión del juzgador sobre la cuestión debatida -en cuanto a su complejidad o alcance-; es imprescindible patentizar en el decisorio cuál es el *thema decidendum*, las parcelas temáticas que motivaron el debate ante el Juez de Faltas, la factura del procedimiento probatorio llevado a cabo en sede administrativa, los pormenores fácticos del caso que justifican o no una rediscusión y evaluación en sede judicial; en suma, el juez de grado debe asegurarse de que las razones que esboza para descartar el proceso ordinario peticionado por el sancionado no representen a la postre una negación del control judicial amplio y suficiente que legitima constitucionalmente la propia habilitación competencial del órgano administrativo cuyo acto sancionatorio se encuentra cuestionado ante los estrados del juzgado (CCAMDP, “La Delicia Felipe Fort S.A.I.I.C. y F. c/ Municipalidad de General Pueyrredón”, 7-08-2014).

En otro caso, también en el marco de un proceso sumario de ilegitimidad del artículo 70 de la Ley N° 13.133, pero en un sentido inverso al anterior, se señaló que, al prescindir la apelante de aclarar cuál o cuáles habrían sido las puntuales circunstancias que pretendería acreditar por conducto de las pruebas pericial contable e informativa de cuya falta de producción se agravía, no resulta dable vislumbrar en la especie la presencia de una lesión concreta a la garantía de defensa en juicio (CCAMDP, “AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón”, 23-8-2016). Por su lado, con un criterio más amplio, se sostuvo, siempre en materia de defensa del consumidor, que toda vez que la producción de la prueba ofrecida por la actora fue denegada en sede administrativa y que dicha parte solicitó en su demanda que la acción tramite por la vía del proceso ordinario, denegar dicha solicitud configura vulnerar el derecho de defensa de su parte (CCASM, “Top West S.A. c/ Municipalidad de General San Martín”, 24-5-2017).

49. Así lo destacó, con relación al proceso sumario de ilegitimidad previsto en el artículo 70 de la Ley N° 13.133, la Cámara Contenciosa de San Martín, al sostener que, la competencia para entender en cuestiones como la debatida en autos, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. Y se aclara que ni el Código Contencioso Administrativo ni la Ley N° 12.074, establecen un recurso directo por ante la Alzada en los términos en que ha sido presentada la acción, pudiendo el Tribunal sólo intervenir en grado de apelación o queja de las decisiones de los jueces de primera instancia. En razón de ello, se concluye que la Cámara resulta incompetente en razón del grado para entender en autos, debiendo tomar intervención en los mismos el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo competente en razón del territorio y que por sorteo corresponda (CCASM, “AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General San Martín”, 9-12-2015; “Banco Itaú Argentina S.A. c. Municipalidad de San Martín”, 17-11-2015, entre otros).

Dicho artículo, en su última redacción vigente, según Ley N° 26.993, dispuso en su primer párrafo que: “Toda resolución condenatoria podrá ser impugnada solamente por vía de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante las Cámaras de Apelaciones competentes, según el asiento de la autoridad que dictó la resolución impugnada”.

En el marco de un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado y una Cámara del Fuero, la Suprema Corte provincial dispuso que “a partir de la letra del texto legal aplicable sólo es menester especificar a cuál Cámara de Apelación provincial compete el enjuiciamiento directo u originario de la decisión sancionatoria de la Administración interviniente”⁵⁰.

La Cámara interviniente, al implementar la decisión del Alto Tribunal, resolvió que “con la finalidad de garantizar un control judicial suficiente mediante la implementación de una vía abreviada de conocimiento dentro de la norma ritual del fuero, resulta adecuado imprimir a la presente el trámite del proceso sumario de ilegitimidad regulado por los arts. 67 y ss. del C.C.A., *sin opción*, con las adaptaciones que correspondan a la específica materia que se ventila en la causa”⁵¹. El destacado es propio.

Estimamos que, desde el punto de vista constitucional, la imposición rígida del proceso sumario de ilegitimidad “sin opción”, en algún caso podría resultar objetable bajo el prisma del requisito del control judicial suficiente que rige para este tipo de actuaciones administrativas, por ejemplo, si alguna de las partes quisiera hacer valer un medio probatorio no permitido por este procedimiento especial⁵².

2.4. Reglas procesales

En cuanto a las reglas del proceso sumario de ilegitimidad, el artículo 69 del CCA se encarga de establecer como principio general la aplicación de las reglas del proceso

50. SCBA, “Jumbo Retail Argentina Sociedad Anónima c/ Minist. de Producción (Direcc. de Comercio) s/ Pretensión Anulatoria –Confl. de Competencia Art. 7º, Inc. 1º Ley 12.008”, 13-2-2019.

51. CCALP, “Jumbo Retail Argentina Sociedad Anónima c/ Minist. de Producción-Direcc. de Comercio s/ Pretensión Anulatoria”, 24-5-2019.

52. Arg. doctrina receptada en el precedente CCAMP, “La Delicia Felipe Fort S.A.I.L.C. y F. c/ Municipalidad de General Pueyrredon”, 7-08-2014 referido *supra* en la nota 46 e *infra*, en la 55, junto con toda la tradición jurisprudencial en materia de control judicial suficiente de la denominada función jurisdiccional de la administración (Fallos 247:646, y concordantes).

ordinario del Título I del Código, e inmediatamente a continuación detalla las modificaciones propias de este proceso especial, en siete incisos. También hay que tener en cuenta la diferencia en el plazo de caducidad de instancia prevista en el artículo 62, así como toda otra previsión del Título I que no resultara enteramente compatible con este proceso.

En atención a la modalidad legislativa adoptada para detallar las particularidades de este proceso, ellas se entenderán mejor si se las observa en comparación con la previsión pertinente del proceso ordinario, a saber⁵³:

Tema	Proceso ordinario	Proceso sumario
Plazo para promover la demanda	Noventa (90) días (art. 18)	Sesenta (60) días (art. 69, inc. 1)
Plazo de traslado de la demanda	Cuarenta y cinco (45) días (art. 38)	Veinte (20) días (art. 69, inc. 2)
Traslado a la actora de la contestación de demanda	Sí, en caso de interponer excepciones previas (art. 34, inc. 3), de reconvenir o de presentación de documentos por el demandado (art. 77, inc.1, del CCA y art. 356 del CPCCPBA)	No (art. 69, inc. 3) ⁵⁴
Audiencia para la determinación de los hechos y de la prueba	Sí (art. 41)	No (art. 69, inc. 3)

53. Las normas citadas en el cuadro corresponden al CCA salvo aclaración en contrario.

54. Se sostiene que pese a la previsión, igualmente debe correrse traslado de los documentos presentados con la contestación, de las excepciones opuestas que serán resueltas en la sentencia y, en su caso, de resultar compatible con la estructura del proceso, de una eventual reconvencción (SCHRENGINGER, Marcelo, ob. cit., pág. 416).

Prueba	Admite toda clase de pruebas (art. 27, inc. 7)	Solo prueba documental y de los expedientes administrativos agregados a la causa y directamente relacionados con la pretensión (art. 69, inc. 4)
Interposición de excepciones previas	Se interponen dentro de los primeros quince (15) días para contestar la demanda y se resuelven previamente (art. 36)	Deben ser planteadas en el escrito de contestación de la demanda y se resuelven en la sentencia (art. 69, inc. 5)
Alegato	Plazo común de diez (10) días para producirlo (art. 48, inc. 1) o cinco (5) días si no hay prueba a producir o si ésta consiste únicamente en las constancias del expediente o en la documental ya agregada y no cuestionada (art. 41, inc. 2)	Plazo común de cinco (5) días para producirlo (art. 69, inc. 6)
Sentencia	Debe dictarse en el plazo de sesenta (60) días (art. 49)	Debe dictarse en el plazo de treinta (30) días (art. 69, inc. 7)
Caducidad de instancia	Seis (6) meses (art. 62)	Tres (3) meses (art. 62) ⁵⁵

Como se observa, además de las limitaciones de objeto ya analizadas, también se produce una simplificación del trámite procesal consistente, fundamentalmente,

55. CCASM, “Banco Macro S.A. c/ Municipalidad de Vicente López”, 6-7-2017; “Coto C.I.C.S.A. c/ Municipalidad de Vicente López s/ Proceso Sumario de Ilegitimidad”, 31-10-2017.

en un acortamiento de plazos (por ej., para demandar, contestar demanda, dictar sentencia, etc.), limitación de las pruebas (solo documental y expediente administrativo), supresión de etapas (no se hace la audiencia del art. 41), y concentración de actos (las excepciones se interponen con la demanda y se resuelven en la sentencia).

No obstante, en mayor o menor medida, todos los capítulos del Título I tienen previsiones aplicables a ese proceso, pero en cada caso deben realizarse las modificaciones que expresamente prevé el artículo 69, así como toda otra adecuación que resulte de la naturaleza del proceso especial. Esos capítulos, cabe recordar, son los siguientes: capítulo I (De la Competencia Contencioso Administrativa); capítulo II (De la Representación Estatal y los Terceros); capítulo III (De las Pretensiones); capítulo IV (Medidas Cautelares)⁵⁶; capítulo V (De la Demanda); capítulo VI (De las Excepciones); capítulo VII (De la Contestación de la Demanda); capítulo VIII (De la Prueba y los Alegatos); capítulo IX (De la Sentencia); capítulo X (De los Recursos); capítulo XI (Otros Modos de Terminación del Proceso); capítulo XII (De la Ejecución de la Sentencia contra los Órganos o Entes Estatales).

A lo que cabe agregar también, la aplicación a este proceso especial, del artículo 77, inc. 1, del CCA, que establece que serán de aplicación al trámite de los procesos administrativos, en cuanto no sean incompatibles con las prescripciones del CCA, las normas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial. Esto es así pues, pese a que la norma de remisión no se encuentre prevista en el Título I al que remite el artículo 69 sino en el Título III, ella rige para todos los procesos.

Es de destacar que, en materia probatoria, hay precedentes que se ciñeron con bastante rigidez a la letra del artículo 69, inc. 4, del CCA, que la circunscribe a la documental y a la de los expedientes administrativos agregados a la causa y directamente relacionados con la pretensión⁵⁷. Y también se advierte que se denegó la

56. En un precedente, se concluyó que no se encontraba configurada la verosimilitud en el derecho, como así tampoco el peligro en la demora, en particular, pues al tratarse de un proceso sumario de ilegitimidad el análisis con mayores elementos de convicción será llevado a cabo en un plazo breve, al momento de dictarse la sentencia definitiva (CCASM, “Gervasi, Oscar R. c/ Intendencia municipal de Malvinas Argentinas”, 15-10-2012). Naturalmente, no creemos que esta sea una solución generalizable.

57. En un supuesto, en el que el actor había desconocido los documentos administrativos aportados por la demandada, se dijo que el proceso sumario de ilegitimidad -por el que optó el propio actor- encuentra limitaciones en materia probatoria, en tanto “no se admite la producción de prueba distinta de la documental acompañada por las partes y contenida en los expedientes administrativos agregados a la causa y directamente relacionados con la pretensión” (CCASM, “Czysezon, Pablo c/ Municipalidad de Vicente López”, 4-9-2008).

En otro caso, en materia de defensa del consumidor, se sostuvo que no se observa cómo la pretensión actora podría canalizarse válidamente bajo las normas del proceso sumario, desde que las restricciones probatorias que rigen

tramitación de hechos nuevos⁵⁸.

Con relación al proceso sumario de ilegitimidad al que se remite en el artículo 70 de la Ley N° 13.133 (texto según Ley N° 14.652), para la impugnación de resoluciones en materia de defensa del consumidor, también se encuentran algunas diferencias en materia de reglas procesales.

Así, la acción judicial debe iniciarse ante la misma autoridad (administrativa) que dictó el acto⁵⁹ e interponerse dentro de los veinte (20) días hábiles de notificada. Dentro de los diez (10) días de recibida la demanda, el Organismo remitirá la misma junto con el expediente administrativo al Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo competente (art. 70, primer párrafo, Ley N° 13.133, texto según Ley N° 14.652).

2.5. Sentencia

La regulación del proceso sumario de ilegitimidad es clara en dos premisas. Por un lado, en cuanto a que el objeto del proceso persigue la declaración de nulidad de los actos administrativos de alcance particular o general. Por otro, que no pueden reclamarse por su vía daños y perjuicios, aún cuando fueran consecuencia de la declaración de nulidad de esos actos.

Cabe analizar, entonces, cuál puede ser el alcance de la sentencia.

en dicho escenario atentarían seriamente contra el derecho de defensa de su parte, al haber ofrecido un espectro probatorio merecedor de un razonable marco de debate y, consecuentemente, necesitado de un derrotero procesal que, sin perder eficacia, pueda ajustarse a aquellas exigencias (CCAMDP, “La Delicia Felipe Fort S.A.I.I.C. y F. c/ Municipalidad de General Pueyrredon”, 7-08-2014).

En sentido contrario al anterior, en un caso donde el accionante pidió en su demanda que el trámite discurra por la vía del proceso sumario pero a su vez ofreció prueba informativa, el juez le dio ese trámite rechazando la prueba, y ante el agravio de la actora por considerar relevante dicha prueba, la alzada confirmó el fallo con fundamento en la doctrina de los propios actos (CCASM, “Despegar Com Ar S.A. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Proceso Sumario de Ilegitimidad”, 2-5-2019).

58. Así, se señaló que, sin perjuicio de que la presentación del hecho nuevo fue efectuada una vez transcurrido un excesivo lapso temporal desde la articulación del recurso de apelación, lo cierto es que el código contencioso administrativo no admite la alegación de hechos nuevos en los procesos sumarios de ilegitimidad, trámite que se había impreso en el caso (CCASM, “Visa Argentina S.A. c/ Municipalidad de Chivilcoy”, 19-6-2016).

59. Sin embargo, la jurisprudencia convalidó un caso en que la demanda fue interpuesta directamente en el poder judicial: “De ese modo, teniendo en cuenta que la actora ha fundado su pretensión en la normativa prevista en la ley procesal de la materia, la disposición que prevé que la acción judicial deberá interponerse ante una oficina comunal resulta inoponible como óbice al acceso a la jurisdicción y a la admisibilidad de una pretensión deducida con arreglo a las normas constitucionales y a su ley reglamentaria, en tanto ello implicaría convertir a la función administrativa en judicial, provocando una alteración del sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa (art. 15 y 166, últ. ap., Const. local; CPCA)” (CCALP, “Aguas Bonaerenses S.A. c/ Municipalidad de San Vicente s/ Pretensión Anulatoria – Otros Juicios”, 8-5-2018).

Al respecto, el artículo 70 del CCA, en su primer párrafo, establece que el pronunciamiento deberá limitarse a desestimar la pretensión o a declarar la nulidad total o parcial del acto administrativo impugnado.

Pero el segundo párrafo del artículo, con mayor amplitud, establece que junto con la declaración de nulidad, el juzgado, de acuerdo con las circunstancias del caso, ordenará a la demandada la conducta a seguir, con ajuste a la pretensión procesal articulada o procederá a devolver las actuaciones para que se dicte un nuevo acto.

Ese segundo párrafo del artículo 70 del CCA, no deja dudas en cuanto a la posibilidad, por un lado, de que junto con la mera prerrogativa anulatoria, el juez pueda ordenar un curso de acción determinado o incluso, cabe inferir razonablemente, pueda sustituirse a la Administración reemplazando positivamente en la sentencia la decisión impugnada.

Se estima que esta última posibilidad, se verá acrecentada en una medida inversamente proporcional a la discrecionalidad del accionar administrativo reflejado en el acto impugnado⁶⁰. En otras palabras, si se está ante un acto dictado en ejercicio de facultades administrativas regladas, cuyos extremos el juez puede verificar de manera incontestable en el marco cognoscitivo de la acción, pues entonces en principio no habrá impedimentos para que el judicante sustituya la decisión anulada o bien indique con precisión los lineamientos que deberá cumplir el nuevo acto a dictar por la administración. De no proceder de esa manera, cuando ello resulte plausible, se incurriría, incluso, en una afectación al principio de tutela judicial efectiva que emerge del artículo 15 de la Constitución Provincial.

En atención a que creemos que el acento debe estar puesto en el carácter discrecional o reglado del acto anulado, será más factible el ejercicio de una medida positiva por parte del juez en casos en que se trate de actos administrativos particulares, no así, en principio, en contratos o actos generales.

En la segunda alternativa regulada en el segundo párrafo del artículo 70 del CCA, consistente en la mera devolución de las actuaciones para que se dicte un nuevo

60. Ver al respecto COMADIRA, Julio R.: "Control judicial de la actividad discrecional de la Administración Pública", en *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, BOTASSI, Carlos A. (Director), OROZ, Miguel H.E. (Coordinador), 3era edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 300, en especial, nota al pie 93.

acto, el *iudex* no fija los lineamientos para el dictado de ese acto, aunque lógicamente la administración no podrá reiterar temperamentos que estuviesen alcanzados por la autoridad de cosa juzgada de la sentencia anulatoria. Lo cual, de ocurrir, contaría con la cobertura del artículo 64 del CCA, en cuanto permite la impugnación de estos actos en el proceso de ejecución de sentencia sin necesidad de iniciar un nuevo juicio.

Una u otra posibilidad, dependerá fundamentalmente de las características del acto anulado, en especial, del grado de discrecionalidad que pudiera comportar el acto en cuestión y también del vicio determinante de la nulidad. Pues si el vicio es de tipo formal, como la ausencia de dictamen jurídico del acto o la falta de realización de una audiencia pública u otra violación al debido proceso, pues entonces el juez se limitará a declararlo y a indicarle a la administración que dicte otro acto subsanando esos defectos⁶¹. En cambio, si el vicio radicara en otros elementos, como en la causa o en el objeto, y si se trata de un acto eminentemente reglado, las posibilidades de instrucción o sustitución del juez a la administración se verán robustecidas.

En cuanto a la exclusión de la pretensión de daños y perjuicios, cabe aquí hacer las siguientes digresiones. Por un lado, que ello no impide la revisión de actos en los que se hubiera dispuesto una condena pecuniaria en ejercicio de la denominada función administrativa jurisdiccional⁶². La declaración de nulidad de un acto administrativo no necesariamente va a revelar la existencia de un daño que deba resarcirse económicamente. Ello puede ocurrir, o no, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Sin embargo, la limitación del objeto del proceso sumario de ilegitimidad no significa que esté reservado solo para aquellas acciones que no den lugar a la reparación de daños y perjuicios. Lejos de ello, el pretensor que opte por esta vía, puede tener además una aspiración a reclamar la reparación de eventuales daños y perjuicios. Sólo que en esa hipótesis, la acción reparatoria tendrá que tramitar en un proceso autónomo posterior.

61. En un caso, ante la omisión del a quo que no ordenó a la demandada conducta alguna ni dispuso la devolución de las actuaciones para el dictado de un nuevo acto, la alzada sostuvo que si bien se acreditó que en la tramitación del sumario administrativo se había incurrido en un vicio formal que invalidaba el procedimiento, ello no necesariamente implica la inocencia del imputado. En ese marco, de conformidad con lo previsto en la última parte del art. 70 del CCA, dispuso devolver las actuaciones sumariales a la demandada a fin de que ejerza su potestad disciplinaria, observando las pautas fijadas en el fallo, y respetando el derecho de defensa, no sólo en ese estadio sino a lo largo de todo el procedimiento (CCASM, “Godoy Hugo Ariel c/ Provincia de Buenos Aires”, 7-12-2016).

62. Así, en un precedente, se decidió confirmar la declaración de nulidad de una resolución de un órgano de control que determinó de manera improcedente el resarcimiento de daños ocasionados en artefactos eléctricos de un usuario, y también confirmó la condena a que se dicte un nuevo acto de conformidad con el procedimiento correspondiente (CCALP, “E.D.E.A. SA c/ OCEBA”, 14-12.2007).

La jurisprudencia, sin embargo, en un proceso sumario de ilegitimidad sostuvo que *si no ha sido objeto de cuestionamiento la sentencia de grado, en cuanto introduce una condena de pago a favor del actor, en concepto de perjuicio económico derivado del exceso temporal ilegítimo en el cese, y sin perjuicio de resultar o no ajustada a derecho la estimación efectuada, encontrándose tal decisión fuera de toda impugnación por ambas partes, no corresponde emitir pronunciamiento a su respecto*⁶³.

En otro precedente, al contrario, se señaló al encuadre procesal, como un condicionante que condujo a la revocación de un pronunciamiento, en ejercicio de las facultades ordenatorias e instructorias que competen al órgano judicial, puestas en movimiento con motivo de la intervención en instancia de alzada. En efecto, el proceso se abrió en los términos del artículo 69 del CCA conforme lo solicitara el accionante, y se sustanció con arreglo a sus disposiciones, tal como lo decidiera el a-quo. *Ello así, hasta la oportunidad de adoptarse la resolución apelada, que lo fue bajo los parámetros del proceso ordinario, aspecto -el de la vía pertinente- que se consideró que no queda desplazado por el hecho de que las partes hubiesen formulado alegaciones propias del tipo procesal amplio, en virtud que consintieron el trámite de la litis por la vía del sumario de ilegitimidad.* Por ello, se dejó sin efecto el pronunciamiento, devolviendo la causa al juzgado de origen a fin de que, en el momento procesal oportuno, emita la sentencia definitiva de conformidad a las previsiones del artículo 69 del CCA⁶⁴.

Por último, con relación al alcance de la sentencia, no debería confundirse la pretensión resarcitoria, vedada según expresas previsiones del artículo 70, con los efectos de las nulidades. Esta aclaración es importante, porque hay casos en que la nulidad misma del acto puede comportar efectos patrimoniales, los que no deberían excluirse al amparo de las limitaciones del objeto de condena.

En efecto, la declaración de nulidad de un acto, no importa necesariamente solo su efecto extintivo. En ese sentido, el artículo 390 del Código Civil y Comercial, establece que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido.

63. CCALP, “Signoriello, Héctor A. c/ Ministerio de Salud y otros”, 21-4-2016.

64. CCALP, “Trefilio, Jorge H. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, 11-02-2014.

En consecuencia, si el objeto de un proceso sumario de ilegitimidad consiste en la pretensión de anulación de un acto administrativo que, por ejemplo, estableció un cargo deudor al actor, y esa demanda prospera, pues entonces el juez no debería limitarse a anular el acto, sino que tendría que retrotraer el estado de cosas al tiempo anterior al dictado del acto anulado, lo que supone la devolución de las sumas indebidamente percibidas por ese concepto. Para ello, no sería necesario realizar un proceso autónomo, ya que no se trata de un resarcimiento de daños y perjuicios cuya existencia y medida deba probarse, sino la simple restitución de lo percibido a causa del acto nulo, siendo la sentencia título suficiente para ello⁶⁵.

Para los casos en que debe iniciarse un juicio de daños y perjuicios, la norma no aclara qué tipo de proceso autónomo corresponde, pero no habría otra respuesta posible más que la de un proceso ordinario del Título I del CCA. Por su lado, ese proceso autónomo posterior, debe iniciarse dentro del plazo prescripción, cuyo cómputo se inicia con la sentencia firme del proceso anterior que declara la nulidad del acto⁶⁶, y debe cumplirse, como ya se dijo, con los demás requisitos de admisibilidad que correspondan.

Analizado el alcance, cabe ahora hacer referencia a otros aspectos de la sentencia, como la singularidad o generalidad de sus efectos, lo que claramente también va a estar relacionado con las características del acto administrativo anulado.

Pues si el acto es particular, los efectos serán individuales, sin perjuicio de que corresponda determinar, al comienzo del juicio, si la eventual nulidad pudiera afectar derechos de un tercero para, en ese caso, citarlo a juicio bajo la figura que correspondiere y permitirle ejercer las defensas pertinentes.

65. Bajo un criterio similar, la jurisprudencia admitió la procedencia, por esta vía, de una demanda de repetición “No asiste razón a la demandada, en cuanto pretende encuadrar el pedido de devolución de las sumas cuya repetición fuera rechazada en sede administrativa –a través del acto cuya nulidad se pretende– como una pretensión de resarcimiento por daños y perjuicios, sino que se trataría del propio reclamo que formulara en dicha sede –reclamo de repetición– y cuya desestimación es cuestionada a través del proceso sumario en cuestión”. Y se agrega “Por lo demás, y tal como surge de la referencia jurisprudencial que efectúa la magistrada de grado en el decisorio en crisis, no resulta novedosa la inclusión dentro los alcances de la condena –como consecuencia propia de la decisión anulatoria y el restablecimiento del derecho vulnerado–, de la orden de abonar la prestación previsional que resultara denegada en sede administrativa, en el marco de pronunciamientos en materia previsional (v. CCALP causas N° 4606, ‘Antonioli’, sent. del 5-6-08; N° 3760 ‘Alvarez’, sent. del 2-2-09; N° 13.973 ‘Abitale’, sent. del 13-6-13; entre otros)” (CCALP, “Farmacia Torres S.C.S C/ A.R.B.A S/ Proceso Sumario de Ilegitimidad – Otros Juicios – Legajo de Apelación”, 9-10-2018).

66. SORIA, Daniel F.: ob. cit., pág. 199, criterio que se comparte.

Y si el acto administrativo es general, ya sea normativo o no normativo, habrá que determinar si corresponde darle solo efectos que se circunscriban al caso concreto, o bien efectos *erga omnes*. El carácter excepcional de esta última determinación, impone al juez analizar detenidamente y con prudencia todas las implicancias económicas, sociales, institucionales, etc., que la medida pudiera aparejar.

En este último caso, y con mayor razón aún que en el supuesto anterior, el juez debe determinar de antemano esta posibilidad (que en rigor debería estar planteada en la demanda) y, de ser así, adaptar el proceso, a la necesidad de resguardar los derechos de los que pudieran resultar alcanzados por la expansión de los efectos de las sentencias.

Esta posibilidad, se vio potenciada en la última década a partir de la recepción jurisprudencial amplia de las acciones colectivas o de clase fundadas en el artículo 43 de la Constitución Nacional, tanto por la Corte Nacional⁶⁷, como por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, lo que también tuvo impacto legislativo⁶⁸; destacándose, en lo que aquí interesa, la expresa admisión de que dichas acciones puedan tramitar por diversos carriles procesales -esto es, no solamente por la vía del amparo- y entre esos carriles, sin dudas, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se debe incluir al proceso sumario de ilegitimidad de los artículos 67 a 70 del CCA⁶⁹.

67. CSJN, “Halabi, Ernesto c. PEN”, 24-2-2009; “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”, 21-8-2013; “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.”, 23-9-2014; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MINEM)”, 18-8-2016; “Abarca, Walter J. y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otro”, del 6-9-2016; entre otros. En la Provincia de Buenos Aires, SCBA causa “López, Rodolfo O. c. Cooperativa Eléctrica de Pehuajó”, 26-3-2014, entre otros.

68. Existen también recepciones legislativas y reglamentarias específicas de las acciones de clase o colectivas. A nivel nacional, por ej., Ley N° 24.240, art. 55, según modificación por la Ley N° 26.361; en la Provincia, art. 28, inc. a), Ley N° 13.133; artículo 7 de la Ley N° 13.928, texto según Ley N° 14.192. Y también fueron creados y reglamentados, registros de procesos de incidencia colectiva por vía de Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (N° 32/2014 y 12/2016) y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sobre la base de la manda del artículo 21 de la Ley N° 13.928, modificada por la Ley N° 14.192, que lo estableció para el proceso de amparo, pero que la SCBA subsumió dentro de un registro general de procesos de incidencia colectiva (N° 3660/2013, con excepción de los casos de habeas corpus, regidos por la N° 3595/2012).

69. En el caso “López” citado dos notas más arriba, la SCBA, al reseñar los precedentes del Alto Tribunal Federal, a los que toma como guía, destaca que “Por lo demás, lejos de circunscribir la vía para el encauzamiento de dichos procesos al ámbito amparístico (art. 43, Const. nac.), ha considerado viable su tratamiento por medio de acciones declarativas (Fallos: 320:690), habeas corpus colectivo (Fallos: 328:1146) y hasta mediante un proceso ordinario (“Padec”)” (voto del Juez Hitters, seguido en lo interesa por los Jueces Kogan, Genoud, Soria, Pettigiani, Negri y de Lázzari).

En línea con ello, la Acordada 3660/2013, que crea el Registro de Procesos Colectivos en el ámbito de la Suprema Corte (citada en la nota al pie anterior), en el segundo párrafo del Considerando, estableció “Que resulta necesario incorporar al Registro creado legislativamente los procesos tramitados en esta provincia que resulten de incidencia colectiva aun cuando no constituyan amparos propiamente dichos, sino otro tipo de litigios, con exclusión de los habeas corpus por agravamiento de las condiciones de detención que deben anotarse en el Registro creado al efecto por la Acordada 3415, dependiente de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad”.

Por último, cabe señalar, que las decisiones dictadas en procesos sumarios de ilegitimidad, en particular las sentencias, no solo son susceptibles de ser impugnadas por el recurso de apelación (CCA, art. 55)⁷⁰, sino también, en su caso y siempre que se cumplan todos los restantes requisitos específicos correspondientes, por los medios recursivos extraordinarios, ya que pese a tratarse de un proceso abreviado, revisten el carácter de sentencias definitivas en los términos de los artículos 278, 296, 299 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial local⁷¹, y del artículo 14 de la Ley N° 48 y del artículo 6 de la Ley N° 4055, a los fines del recurso extraordinario federal.

70. TULIA, Mauro A. “Proceso sumario...” ob. cit., pág. 62.

71. CCASM, “Almirón, María del C. c/ Municipalidad de Tres de Febrero”, 31-05-2007, entre tantos otros.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 3: Aspectos generales del Derecho Administrativo

El control público no judicial

Miguel Carlos Blanco

El control público no judicial

Por Miguel Carlos Blanco¹

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

LOS TRIBUNALES DE CUENTAS

Los antecedentes históricos del Tribunal de Cuentas se remontan al reinado de Juan II de Castilla (1406-1454), quien dispuso la creación de la Casa de Cuentas de Valladolid y la Contaduría Mayor de Cuentas.

El Tribunal de Real Audiencia de Cuentas fue instituido en 1605. Sus principales funciones fueron la toma de cuentas a los oficiales reales y al contador de tributos - donde hubiera este oficio -; así como el control de la jurisdicción de los comisarios y el conocimiento de delitos de fraude y contrabando.

Luego del descubrimiento de América, la distancia entre España y América exigió la existencia de una instancia de control que asegurase la transparencia y eficiencia del gasto en el Nuevo Mundo.

En la época colonial, las funciones que hoy ejerce el Tribunal de Cuentas eran ejercidas por diferentes instituciones, como la Contaduría Mayor, la Junta Superior de Real Hacienda, comisiones parlamentarias y la Oficina de Contabilidad. Estas entidades estaban encargadas del control administrativo, la revisión de cuentas y la

1. Contador Público, UBA. Fue Presidente y Director de IDEA. Se desempeñó como Gerente General y vicepresidente segundo de Argencard SA, Director y Chief Financial Officer de The Exxel Group, Presidente de Interbaires SA, Vicepresidente de Edcadas SA y director de Supermercados Norte SA, Fargo SA, Havanna SA y otras compañías del grupo. Fue socio y miembro del Comité Directivo de Coopers & Lybrand en Argentina, Paraguay, Bolivia y Uruguay y Síndico de bancos y empresas comerciales e industriales. En 2014 recibió el Premio al Liderazgo Corporativo en comunicaciones otorgado por el Consejo Profesional de Relaciones Públicas y en 2015 el Premio Comunidad y Empresa por la Asociación Dirigentes de Empresas (ADE). Como docente fue Profesor Titular de las Cátedras de Auditoría y Estados Contables (Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, UCA), Profesor Titular de la Cátedra de Auditoría de Sistemas Computarizados (Facultad de Ciencias Económicas, UBA) y Profesor Asociado y Profesor Adjunto de la Cátedra de Auditoría (Facultad de Ciencias Económicas, UBA). Fue Director General del Centro de Estudios Científicos y Técnicos (CECYT), Presidente de la Comisión de Estudios sobre Contabilidad de Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Presidente del Instituto Técnico de Contadores Públicos, Asesor de la Comisión Nacional de Valores y Miembro de la Comisión de Normas Contables y de las Sociedades de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Ex Síndico General de la Nación.

fiscalización de la gestión económico-financiera pública.

Con la Revolución de Mayo - que dio fin al virreinato español sobre las provincias del Río de la Plata - y la posterior Declaración de Independencia de la Argentina, esa figura de órgano de control continuó existiendo, aunque no reportaba a España. Pero recién en 1873 se planteó una nueva concepción para el control de las cuentas públicas: la formación de un Tribunal de Cuentas inspirado en el modelo vigente en la corte francesa, aunque con ciertas variantes, al asignársele un carácter autónomo e independiente.

Un hecho trascendental ocurrió el 6 de febrero de 1891, cuando se constituyó el Tribunal de Cuentas, en la forma en que hoy lo conocemos, celebrando su primera sesión en la sede del Palacio Legislativo, bajo la presidencia del Dr. Juan M. Ferreyra, primera autoridad de este Honorable Organismo.

LA SINDICATURA GENERAL DE EMPRESAS PUBLICAS (SIGEP)

La SIGEP fue creada por la ley N° 21.801 del 18 de mayo de 1978. Esta sindicatura, que sustituyó a la Corporación de Empresas Nacionales (creada en 1973), tenía como objetivo ejercer el control externo de las empresas públicas a través del control de legalidad, el control de auditoría y el control de gestión.

LA LEY N° 24.156 DE ADMINISTRACION FINANCIERA Y DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DEL SECTOR PUBLICO NACIONAL

El 30 de noviembre de 1992 se sancionó la Ley 24.156 denominada de “Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional”, que fue promulgada el 26 de octubre de 1992 y entró en vigencia el 1° de enero de 1993.

Esta ley fue sancionada en el marco del proceso de Reforma del Estado, iniciado con la ley 23.696, por la que se declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la Administración Pública Nacional (centralizada y descentralizada), así como de las empresas y sociedades del Estado con participación estatal mayoritaria y los servicios de cuentas especiales, entre otras.

Como resultado de la ley 24.156, el contralor que anteriormente reposaba sobre

la Contaduría General de la Nación, el Tribunal de Cuentas de la Nación y la Sindicatura General de Empresas Públicas fue sustituido por dos nuevos organismos nítidamente diferenciados:

La Sindicatura General de la Nación (SIGEN), encargada del control interno del Poder Ejecutivo Nacional;

y la Auditoría General de la Nación (AGN), responsable del control externo del sector público nacional, como órgano de asistencia técnica del Congreso de la Nación en su rol de fiscalizador.

La ley define a la administración financiera como el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que permiten la obtención de recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado.

El principio rector de la ejecución de los recursos públicos, según la ley, es el de “descentralización operativa y centralización normativa”. Por tal motivo, y para dictar las políticas y normativa aplicable, se crean organismos para los distintos sistemas, todos relacionados entre sí:

Oficina Nacional de Presupuesto, para el sistema presupuestario

Oficina Nacional de Crédito Público, para el sistema de crédito público

Tesorería General de la Nación, para el sistema de contabilidad

FUNCIONES DE LA SIGEN – Título VI de la Ley 24.156

La SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación y es materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica. (arts. 97 y 98).

Así, el sistema de control interno del Sector Público Nacional queda conformado por SIGEN, órgano normativo, de supervisión y coordinación y por las unidades de

auditoría interna (art. 100).

Conforme al artículo 104 de la ley 24.156, son sus funciones:

- a) Dictar y aplicar normas de control interno, en coordinación con la Auditoría General de la Nación;
- b) Emitir y supervisar la aplicación de las normas de auditoría interna por parte de las unidades correspondientes;
- c) Realizar o coordinar auditorías financieras, de legalidad y de gestión; investigaciones especiales; pericias financieras u otras, ya sea directamente o mediante estudios profesionales de auditores independientes; además de orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones
- d) Vigilar el cumplimiento de las normas contables emanadas de la Contaduría General de la Nación;
- e) Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando la labor de la Auditoría General de la Nación;
- f) Establecer requisitos de calidad técnica para el personal de las unidades de auditoría interna;
- g) Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna, y orientar y supervisar su ejecución y resultado;
- h) Comprobar la implementación, por parte de los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones formuladas por las unidades de auditoría interna y acordadas con los responsables;
- i) Atender los pedidos de asesoría formulados por el Poder Ejecutivo Nacional y por las autoridades de sus jurisdicciones y entidades en materia de control y auditoría
- j) Formular recomendaciones directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, para asegurar el cumplimiento normativo y la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los principios de economía, efi-

ciencia y eficacia;

k) Informar al Presidente de la Nación sobre actos que hubieran ocasionado o pudieran ocasionar perjuicios significativos para el patrimonio público;

l) Mantener un registro central de auditores y consultores para facilitar la utilización de sus servicios;

m) Ejercer las funciones del artículo 20 de la ley 23.696 en materia de privatizaciones, sin perjuicio de la actuación del ente de control externo.

Estas funciones se complementan con las de fiscalización, derivadas de lo dispuesto en el art. 114 de la ley, en relación a la facultad para proponer síndicos para integrar las comisiones fiscalizadoras en las sociedades anónimas en las que el Estado tenga participación.

Por último, merece hacer mención a lo establecido en el artículo 107, en cuanto al deber de informar:

a) Al Presidente de la Nación, sobre la gestión financiera y operativa de los organismos comprendidos dentro del ámbito de su competencia;

b) A la Auditoria General de la Nación, sobre la gestión cumplida por los entes bajo fiscalización de la sindicatura, sin perjuicio de atender consultas y requerimientos específicos formulados por el órgano externo de control;

c) A la opinión pública, en forma periódica.

2. ALCANCE DE LA TAREA DE SIGEN

RECURSOS PUBLICOS

Uno de los aspectos fundamentales de la tarea de SIGEN es el control de la aplicación de los recursos públicos para el cumplimiento de los objetivos y políticas del Estado.

Los recursos públicos son los ingresos de dinero y bienes que el Estado utiliza

para financiar sus actividades, servicios y obligaciones, como el pago de salarios, la inversión en obras públicas y la prestación de servicios esenciales como defensa, seguridad, salud y educación. Estos recursos provienen de diversas fuentes, incluyendo impuestos, tasas, venta de bienes y servicios, y operaciones de financiamiento tanto interno como externo.

Dichos recursos se aplican a los propósitos del Estado mediante asignaciones previstas en el presupuesto nacional o decididas por el Poder Ejecutivo Nacional, como son los Aportes del Tesoro Nacional (ATN), canalizados a través de ministerios, entes desconcentrados y descentralizados, provincias, municipios, empresas del Estado, fideicomisos estatales (también llamados fondos fiduciarios), universidades nacionales, entre otros. También se consideran aplicaciones de recursos públicos los contratos celebrados entre reparticiones del Estado Nacional con entes públicos y privados.

LOS ORGANISMOS Y REPARTICIONES DEL ESTADO SUJETOS AL CONTROL DE SIGEN: Este es el detalle a la fecha:

- Presidencia de la Nación
- Jefatura de Gabinete de Ministros
- Ministerios (con sus respectivas Secretarías)
 - Capital Humano
 - Defensa
 - Desregulación y Transformación del Estado
 - Economía
 - Justicia
 - Relaciones Exteriores, Comercio Internacional t Culto
 - Salud

- Seguridad
- Organismos descentralizados
 - Eran 71 antes de la reestructuración que está en curso. Incluyen ARCA, ANSES, AnMat, la Autoridad Regulatoria Nuclear, Migraciones, Vialidad Nacional, entre otros.
- Organismos desconcentrados
 - Eran 47 antes de la reestructuración que está en curso. Incluyen el INDEC, el Instituto Nacional de Educación Tecnológica (INet), la Oficina Anticorrupción, los Estados Mayores de las Fuerzas Armadas, Gendarmería, el Servicio Penitenciario Federal, entre otros.
- Empresas con participación estatal mayoritaria
 - Son más de 100 entre empresas principales y subsidiarias e incluyen AYSA, Banco de la Nación Argentina SA, Banco de Inversión y Comercio Exterior SA, Banco Hipotecario SA, Belgrano Cargas y Logística SA, Fabricaciones Militares SA, entre otras.
- Fideicomisos estatales (también llamados fondos fiduciarios)
 - En 2024, a partir del Decreto 215/2024 que encargó a SIGEN una auditoría integral de gestión de los fondos fiduciarios integrados total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado Nacional, se realizaron 23 auditorías cuyos resultados asistieron al Ministerio de Economía en la decisión acerca del destino final de estos fideicomisos.
 - Previamente, a partir de la Ley 27.591 del año 2021, complementaria de la ley de presupuesto, los fondos fiduciarios fueron incluidos en el alcance de SIGEN y fueron auditados como parte del plan anual de auditoría del Ministerio o Secretaria fiduciante.

- Universidades Nacionales
 - Las universidades Nacionales en Argentina son 56.
 - Hasta el año 2022 estaban sujetas al control de SIGEN, dado que se trata de entidades autónomas, pero no autárquicas, pues requieren recursos públicos para su funcionamiento. En ese año un dictamen de la Procuración del Tesoro impidió a SIGEN continuar con dicho control.
 - Este dictamen fue revertido en 2024 por las nuevas autoridades de la Procuración del Tesoro por lo cual SIGEN está retomando paulatinamente su función de control.

LA RED FEDERAL DE CONTROL PUBLICO

Frente a la crisis que afectó a Argentina en el año 2001 y a partir de la asistencia que debió asumir el Estado Nacional para asistir a aquellos que, afectados por las consecuencias económicas de dicha crisis, habían quedado fuera del circuito educativo y productivo y con necesidades sanitarias concretas, se encomendó a SIGEN el control de los fondos transferidos con afectación específica a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La amplia superficie de nuestro país y la dispersión geográfica de su población representaban un desafío y una dificultad concreta para llevar a cabo dicha tarea.

Es así como en el año 2004 el Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas, Órganos y Organismos de Control Externo de la República Argentina se integran a la Red Federal de Control Público con el objetivo de trabajar en forma conjunta con SIGEN en el control de los programas de asistencia a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires que eran llevados a cabo por los distintos ministerios del Estado Nacional.

Actualmente la Red Federal de Control Público, presidida por el Síndico General de la Nación, está integrada por 22 Tribunales de Cuentas provinciales, 18 Tribunales de Cuentas municipales, 3 Sindicaturas Generales provinciales, 2 Auditorías Generales y otros 3 Organismos de Control.

Además de las tareas de control, el personal de estos organismos participa de los programas de capacitación del Instituto Superior de Control de la Gestión Pública de SIGEN.

3. LA ORGANIZACIÓN DE SIGEN

ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

Según la ley 24156, SIGEN está a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación, designado por el Poder Ejecutivo Nacional que depende directamente del Presidente de la Nación con rango de Secretario de Estado.

Debe tener título universitario en Ciencias Económicas o Derecho y una experiencia en Administración Financiera y Auditoría no inferior a ocho (8) años.

El Síndico General será asistido por tres (3) Síndicos Generales adjuntos, que lo sustituirán en caso de ausencia, licencia o impedimento. Los Síndicos Generales adjuntos tienen requisitos similares a los del Síndico General y son designados por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Síndico General.

La estructura incluye cuatro (4) secretarías:

- **Secretaría General**

La Secretaría General se encarga del despacho de los asuntos en los que intervengan las autoridades superiores de SIGEN, a quienes asiste en la tramitación de los convenios y acuerdos institucionales y en coordinar la gestión de la documental ingresante y entender en la guarda de documentación institucional.

También administra el registro y archivo digital de las resoluciones suscriptas por el Síndico General de la Nación y de todo instrumento y/o acto administrativo que cuente con la intervención la máxima autoridad de la SIGEN o por delegación dicho funcionario.

- **Secretaría Normativa**

Sus funciones son el dictado de las Normas Generales de Control Interno, las

correspondientes a Tecnología de la Información, las Normas de Auditoría Interna Gubernamental y el proceso y la definición de perfiles para la designación de auditores internos.

También tiene a su cargo la emisión de Precios Testigo, servicio que alcanza las compras y contrataciones de bienes normalizados o de características homogéneas, comprendiendo los bienes estandarizados o de uso común cuyas características técnicas puedan ser inequívocamente especificadas e identificadas.

La intervención de la SIGEN no tiene carácter vinculante para el organismo solicitante, debiendo considerarse como una herramienta de control en la etapa de evaluación de ofertas, cuyo objeto es contribuir en la determinación de la razonabilidad de los precios ofrecidos al momento de analizar los distintos parámetros.

- **Secretaría Administrativa**

Esta Secretaría se encarga del manejo interno de las actividades de SIGEN y supervisa a las Gerencias de Coordinación Administrativa, de Capital Humano y de Tecnología Informática.

- **Secretaría Operativa**

La Secretaría Operativa es la responsable de las tareas de auditoría y de evaluación del funcionamiento del sistema de control interno de la Administración Pública Nacional que realiza directamente o a través de las Unidades de Auditoría Interna existentes en cada uno de los organismos y reparticiones.

Está estructurada en cuatro (4) Gerencias:

- de Control Sector Productivo
- Se encarga de las áreas de Desarrollo Productivo, Transporte, Obras Públicas, Agricultura, Ganadería y Pesca, Turismo y Deportes, Ambiente y Desarrollo Sostenible, Desarrollo Territorial y Hábitat e Ingresos Públicos

- de Control Sector Social
 - Se encarga de las áreas de Salud, Cultura, Educación, Desarrollo Social, Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Administración Nacional de la Seguridad Social, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados - PAMI
- de Control Sector Institucional
 - Se encarga de Presidencia de la Nación, de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de los Ministerios de Economía, Defensa, Justicia, Seguridad, Interior, Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y Ciencia, Tecnología e Innovación
- de Control de Proyectos Especiales
 - Se encarga de en la realización de auditorías técnicas, proyectos, estudios y consultorías especiales,
 - incluyendo auditorías de la tecnología y de los sistemas de información, auditorías ambientales, de higiene y seguridad, de obras públicas, en el marco de convenios de asistencia técnica y otras de carácter especial que la normativa vigente no asigne a otra Unidad Organizativa,

En los tres primeros casos las Gerencias dirigen una estructura de Síndicos Jurisdiccionales que supervisan a las Unidades de Auditoría Interna de cada organismo o repartición, aprueban los programas de auditoría anuales, revisan su cumplimiento y los informes emitidos, califican la actuación del auditor interno, el funcionamiento del Comité de Control y la receptividad de las autoridades a las observaciones y recomendaciones de SIGEN.

- **Las Unidades de Auditoría Interna**

Las Unidades de Auditoría Interna (UAI) son parte integrante del sistema de control interno y cumplen funciones en cada jurisdicción y en las entidades del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y actúan coordinadas técnicamente por SIGEN. A partir del De-

creto 72/2018, modificatorio del Decreto 1344/2007, el Síndico General de la Nación es el responsable de la designación y remoción de los auditores internos titulares. A tal efecto, la Sindicatura General de la Nación dispone de un registro de postulantes para cubrir cargos en las Unidades de Auditoría Interna.

- **Las comisiones fiscalizadoras en empresas públicas**

En las empresas con participación estatal mayoritaria, SIGEN es responsable de proponer la terna de síndicos titulares y suplentes que van a representar al accionista en la Comisión Fiscalizadora.

En las empresas privadas en que el Estado Nacional tiene una participación minoritaria, por ejemplo, las participaciones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad que maneja ANSES, SIGEN también propone al síndico titular y suplente que representa al Estado Nacional, quien integra la Comisión Fiscalizadora juntamente con los propuestos por el capital privado.

Los síndicos pertenecen al personal de SIGEN y sus roles y responsabilidades son las que establece la ley 19.550 de Sociedades Comerciales.

- **El mapa de riesgos**

SIGEN prepara anualmente el Mapa de Riesgos de los Ministerios, Organismos descentralizados e Instituciones de la Seguridad Social como así también de las empresas con participación estatal mayoritaria. Al efecto considera 35 diferentes aspectos de la operatoria de cada uno de ellos en el primer caso y 7 adicionales en el caso de las empresas públicas para llegar a un total de 42 aspectos a evaluar.

Se considera riesgo a cualquier evento contingente que pueda impedir o comprometer el logro de los objetivos institucionales, considerando la probabilidad de materialización y el impacto que puede tener dicho evento y contemplando tanto las actividades sustantivas como las de apoyo.

- **El plan anual de auditoría**

Mediante el plan anual cada unidad de auditoría interna determina las acciones que realizará en un determinado ejercicio. La labor de planeamiento considera los re-

querimientos específicos de la autoridad superior del organismo o repartición y de SIGEN y el Mapa de Riesgos correspondiente. Una vez elaborados, los planes requieren la aprobación de la máxima autoridad del ente y la de este organismo rector del sistema de control interno.

- **Los Comités de Control**

El Decreto N° 72/18, que modificó su similar N° 1344/2007, reglamentario de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, estableció la obligatoriedad, para todos los entes de dicho sector, de realizar al menos dos reuniones anuales al máximo nivel. Dichas reuniones se denominaron Comités de Control Interno.

El Comité de Control Interno es un órgano colegiado creado para tratar temas específicos del sistema de control y constituye un ámbito de interacción permanente que contribuye indirectamente al logro de los objetivos estratégicos organizacionales, en tanto busca fortalecer el sistema de control. Lo integran las más altas autoridades del ente del que se trate, su Unidad de Auditoría Interna y SIGEN.

- **Los informes de auditoría**

Los informes de auditoría son el principal medio de comunicación que tienen, tanto SIGEN como las Unidades de Auditoría Interna, para comunicar el resultado de su trabajo, las debilidades de control identificadas y las recomendaciones para subsanar dichas debilidades y mejorar el sistema de control interno imperante en el ente.

Teniendo en cuenta que dichos informes están dirigidos a las más altas autoridades de cada ente y, en el caso de los emitidos por SIGEN, al Presidente de la Nación, al Jefe del Gabinete de Ministros y a la Secretaría General de la Nación, es crítico que un Resumen Ejecutivo los encabece. en el cual se resalten en forma sintética los temas más importantes que se quieren comunicar, referenciados con el Informe Analítico, donde dichos temas se desarrollan en detalle y en los que se incluyen las recomendaciones de mejora y la opinión del auditado.

Los informes deben incluir a continuación un detalle del alcance del trabajo, la muestra de transacciones analizada y las tareas realizadas, el marco normativo que se tuvo en cuenta y toda otra información relevante para interpretar los resultados

del trabajo.

Los informes emitidos pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- Informes emitidos por SIGEN
 - Informe sobre la Evaluación del Sistema de Control interno (IESCI)

Se emite anualmente, resume todas las observaciones relevantes pendientes de solución que, surgen tanto de los informes de SIGEN como de las UAI y la calificación de la tarea del auditor interno, del Comité de Control, de la receptividad de las autoridades y del sistema de control interno.

- Informe de Situación Empresaria (ISE)

Se emite anualmente y resume la situación empresaria de cada una de las empresas de participación estatal mayoritaria.

- Informes especiales

Son informes preparados por el personal de SIGEN, a menudo sobre temas que afectan a toda la Administración Pública, tales como la situación de ciberseguridad, la contratación de servicios de limpieza, entre otros. También se incluyen los trabajos sobre el pago de deudas públicas con bonos de consolidación, el pago de indemnizaciones y las tareas realizadas sobre el cumplimiento de las cláusulas de préstamos internacionales.

- Informes de auditoría

Son informes donde se exponen los resultados de las tareas de auditoría llevadas a cabo directamente por equipos destacados por la propia SIGEN. Estas auditorías pueden ser planificadas, no planificadas o, en ocasiones, a requerimiento de las propias autoridades de la administración nacional o del Poder Judicial.

- Informes emitidos por las Unidades de Auditoría Interna

Son los informes que emiten las UAI en cumplimiento de cada uno de los procedimientos previstos en el Plan Anual de Auditoría.

- El Sistema de Seguimiento de Acciones Correctivas (SISAC)

El SISAC es un sistema de información que concentra todas las observaciones en los distintos informes de auditoría antes mencionados y las mantiene pendientes hasta que éstas son “regularizadas” o sea solucionada la debilidad del sistema que les dio origen o consideradas “no regularizables”, por haber desaparecido la circunstancia que la constituía en una debilidad de control interno.

Es una herramienta fundamental, tanto para el seguimiento de las observaciones hasta que se produce la acción correctiva como para, a través del análisis transversal, detectar debilidades sistémicas que afectan a varios entes a la vez.

4. EL INTERCAMBIO DE INFORMACION INTERNACIONAL

La Reunión Especializada de Organismos Gubernamentales de Control Interno del Mercosur (REOGCI) fue creada en el año 2004 con el objetivo de establecer una agenda común que permita el intercambio de experiencias orientadas al fortalecimiento de los organismos de control de la Región. Su finalidad es promover relaciones de cooperación científica, técnica y operativa en el área del control interno de la gestión gubernamental, en un marco de integración y trabajo conjunto que favorezca la mejora de los sistemas de control y la uniformidad de criterios.

Como parte de sus actividades, se realizan jornadas técnicas, con la participación de las máximas autoridades de los organismos encargados de la fiscalización del uso de los fondos públicos y del control interno de las reparticiones y empresas del Estado responsables de su ejecución.

Estas reuniones son organizadas por el país que cada año tiene la presidencia “pro tempore” del Mercosur y se llevan a cabo en modalidad presencial y/o virtual.

5. LOS RESULTADOS DEL CONTROL. LAS DEBILIDADES Y PROBLEMAS MAS COMUNES

Para finalizar este resumen acerca del control público no judicial ejercido por SIGEN y las Unidades de Auditoría interna, se detallan a continuación algunas de las principales debilidades recurrentes detectadas durante el desarrollo de nuestra tarea, en las que actualmente se enfocan los entes supervisados.

La infraestructura tecnológica

El tamaño del Estado Nacional y el volumen, diversidad y significatividad de las transacciones realizadas por sus reparticiones exigen una infraestructura tecnológica moderna y adecuada a las necesidades. no sólo para la gestión diaria, sino para la producción de información útil para la toma de decisiones.

En un contexto de vertiginosa evolución tecnológica, con creciente protagonismo de la inteligencia artificial, los sistemas informáticos del Estado Nacional - con algunas excepciones- presentan antigüedad en su concepción y lenguaje, equipamiento desactualizado y debilidades en materia de ciberseguridad.

Esta situación se agrava por las dificultades en incorporar y retener personal calificado en estas áreas debido a la alta demanda nacional e internacional de profesionales especializados.

El control sobre la aplicación de los recursos públicos

Tanto en aquellos programas financiados por el Estado Nacional que se ejecutan en provincias y municipios como en los que se canalizan a través de fideicomisos estatales (fondos fiduciarios) se observan problemas comunes:

- **Falta o demora en la rendición de cuentas**

Las demoras o falta de presentación de rendiciones de cuenta por parte de los beneficiarios o ejecutores de los programas se deben, entre otras causas, a la falta de instrucciones claras sobre los requisitos que deben reunir las rendiciones de cuenta, la ausencia de documentación respaldatoria (extractos bancarios, facturas, recibos, etc) que acompañen las

rendiciones y permitan su control y la falta de acciones de reclamo por parte de los responsables del control.

- **Ausencia de acciones para el recupero de préstamos**

Tanto en el caso de los fideicomisos en los que se otorgan préstamos de fomento o garantías, como en aquellos casos de aportes no reintegrables que no se han destinado al proyecto comprometido debe haber una estructura de personal y procedimientos específicos dedicados al recupero de los montos a cobrar. Cuando esto no ocurre se incrementa el riesgo de incobrabilidad de los créditos.

- **Manejo de los recursos pendientes de aplicación**

Tanto en el caso de los fideicomisos estatales como en aquellos programas con fines específicos puede darse el caso que existan fondos pendientes de aplicación los que, sobre todo en contextos inflacionarios, deben invertirse temporariamente para protegerlos del deterioro del poder adquisitivo de la moneda.

Se han observado casos en que esto no ha ocurrido, generando pérdidas significativas por exposición a la inflación y afectando la obtención del objetivo, ya que la redeterminación de costos de las obras objeto del programa superó los fondos disponibles.

- **Utilización de los recursos públicos para fines distintos a los objetivos del programa o del fideicomiso**

Las fallas de control sobre la ejecución de los recursos públicos permiten que, en algunos casos, dichos recursos sean utilizados para fines distintos a los originariamente previstos.

- **Falta de evaluación del impacto o resultados del programa**

Tanto en el caso de los préstamos como en el de los aportes no reintegrables, se debe evaluar el impacto de cada programa, para determinar si se cumplió con el objetivo perseguido. Dicha evaluación puede ser,

según corresponda, mediante la verificación en situ de las obras realizadas, el aumento de la producción y/o las exportaciones, encuestas a los beneficiarios de las obras o cualquier otro método que permita evaluar el cumplimiento del objetivo.

Es imprescindible una evaluación de impacto que informe a la sociedad la efectividad del programa en el que se utilizaron fondos públicos.

- **La falta o desactualización de los Manuales de Procedimientos**

Los Manuales de Procedimientos son una herramienta fundamental para guiar la actuación de los funcionarios públicos encargados de la ejecución y control de los recursos públicos y la capacitación de los nuevos empleados que se incorporen.

Estos manuales deben bajar a detalle, tarea por tarea, las directivas incluidas en leyes, decretos y resoluciones que reglan las actividades que desarrolla cada unidad dentro de la Administración Pública Nacional.

La preparación de Manuales de Procedimientos es una tarea compleja debido a la cantidad de normas existentes y su continua actualización.

La ausencia o actualización de los Manuales de Procedimientos es la causa directa de algunos de los problemas antes mencionados en este acápite.

6. COMENTARIO FINAL

Este capítulo tuvo como propósito resumir la tarea de control de los recursos públicos realizado por SIGEN, como estamos organizados para llevarlo a cabo y señalar algunas de las debilidades más frecuentes que hemos encontrado en el desarrollo de nuestra labor.

La importancia, diversidad e impacto en la sociedad que poseen las tareas que tiene a su cargo la Administración Pública Nacional requieren el respaldo de un sistema de control interno sólido que garantice la transparencia, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

La misión de SIGEN es contribuir a este objetivo, identificando las debilidades del sistema y colaborando activamente con su fortalecimiento



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

El control de la acusación en el proceso argentino y comparado

Horacio J. Romero Villanueva

El control de la acusación en el proceso argentino y comparado

Por Horacio J. Romero Villanueva¹

1. INTRODUCCIÓN

El principio de inocencia, pilar de todo Estado de Derecho, demanda que la persecución penal no se traduzca en una afectación irrazonable de los ciudadanos. De allí que la llave de cualquier proceso penal es la acusación como presupuesto indispensable para la apertura de un juicio penal, y su correcta formulación es una garantía esencial para el imputado a fin de evitar un enjuiciamiento arbitrario.

El control judicial de la acusación cumple una doble función. Por un lado, la de impedir que la persona acusada sea sometida a la “pena de banquillo”⁽²⁾, evitando que prosperen acusaciones infundadas, con el consiguiente estigma y desgaste, si hay un fundamento probatorio serio y razonable; por otro lado, la de asegurar que haya podido defenderse durante la investigación de los hechos que se le imputan, asegurando que sea clara, precisa y esté respaldada por evidencia.

Es, sin lugar a dudas, el punto de equilibrio entre la potestad punitiva del Estado y las libertades individuales.

En este contexto, el control de la acusación emerge como un punto neurálgico del proceso penal, cuyo propósito es examinar la viabilidad de la imputación formal an-

1. Abogado especializado en derecho penal y penal económico. Profesor titular de derecho penal en la Universidad del Salvador. Profesor Asociado de la Universidad Argentina de la Empresa de derecho penal. Miembro del consejo consultivo de la Cámara Argentina de Sociedades Anónimas. Miembro de distintos comités académicos de revistas jurídicas en la Argentina. Miembro del Comité de Reforma del Código Penal y Subdirector de la Especialización en Derecho Procesal Penal de la Universidad del Museo Social Argentino.

2. Estamos en presencia de un término coloquial que implica el sometimiento a un juicio público frente a acusaciones sin un mínimo de consistencia, en el caso de no evidenciarse este pronóstico de condena, el Juez de Control no deberá dictar el auto de apertura a juicio, evitando de este modo lo que en doctrina se denomina la “pena del banquillo” dado los efectos negativos de la publicidad de un proceso penal son muchas veces más terribles que la pena misma a imponerse.

tes de pasar a juicio oral y público³.

Este filtro procesal, también conocido como etapa intermedia, busca evitar juicios innecesarios y resguardar las garantías de la defensa en juicio. Si bien su implementación es un denominador común en los sistemas acusatorios, la extensión y profundidad de este control varían significativamente, reflejando las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

El presente ensayo se propone analizar la figura del control de acusación en el derecho procesal penal argentino, comparándola con modelos extranjeros, a fin de identificar similitudes, diferencias y posibles áreas de mejora.

2. FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Desde los propios cimientos jurídicos de nuestra organización nacional, y como consecuencia de la filosofía política que inspira nuestra arquitectura constitucional originaria, como asimismo de las normas convencionales a ella incorporadas con igual rango (art. 75 inc. 22 C.N.), posteriormente, claramente surge que nuestro orden procesal adhiere al sistema acusatorio de enjuiciamiento penal (arts. 18, 53 y 59 –juicio político- y 118 –juicio por jurados- de la Constitución Nacional, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos).

Hay acuerdo en que la acusación es un acto esencial del debido proceso que –a la par de la sentencia- constituye el acto procesal más importante y un punto neurálgico alrededor de la cual gira el ejercicio de muchas de las herramientas de garantías, en especial las vinculadas con la defensa efectiva y a la producción de prueba”.

Estamos en presencia de un acto esencial del proceso, que fija el objeto del litigio y habilita la jurisdicción del tribunal, que solo puede condenar en los límites de aquella. Con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo

3. En palabras de Mauricio Duce “...el establecimiento de audiencias de juicio oral como forma de resolución de los casos impuso también la necesidad de regular con mucho más detalle las instancias preparatorias del mismo con el objetivo de facilitar su realización. Uno de los temas claves a resolver antes del juicio es precisamente la determinación de la evidencia considerada admisible” (Duce, Mauricio “La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile2 en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22365/26150>)

ciudadano al conocimiento previo de los cargos que es un derecho que integra la garantía de defensa en juicio.

En virtud de la presunción de inocencia, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y explicitada en sus alcances en los instrumentos internacionales sobre DDHH, la decisión de llevar a una persona debe ser respaldada por una acusación seria y fundada, ya que la correcta formulación de la imputación es la “llave” que abre la posibilidad de ejercer eficientemente el derecho de defensa ⁽⁴⁾.

Son estos requisitos los que determinan que, aún en los sistemas acusatorios de última generación, la acusación sea formal, escrita y sustancialmente controlada.

La acusación implica un acto procesal motivado por el cual el fiscal o el querellante, generalmente por escrito, formula una imputación delictiva contra una o varias personas, en función de la significación legal de un hecho histórico que constituye el epicentro de la actividad probatoria ⁽⁵⁾, siendo una condición necesaria para que un caso pueda ser elevado a juicio.

En nuestro procedimiento punitivo, es el escenario donde se concretará y aclarará el marco de la acción penal que persigue la Fiscalía, se desprende por su naturaleza la garantía para el cabal ejercicio del derecho de defensa, el debido proceso y la reducción de cualquier desgaste procesal evitando sobrecargar el sistema.

Si partimos de la idea de que esta información permite ejercer su derecho a la defensa nos encontramos frente al conocimiento preciso y circunstanciado de exactamente de qué se lo acusa y puede preparar una estrategia para refutar los cargos.

Sin acusación, no hay juicio, y sin juicio, no puede haber condena (*“Nullum indicium sine accusatione”*).

4. Maier, Julio B. J., “Derecho procesal penal. Fundamentos”, T. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 553

5. En efecto, tal como explica el Ferrajoli, la epistemología subyacente a los modernos procesos judiciales se apoya en el método de prueba y refutación de hipótesis, propio de toda disciplina cuyo objeto de estudio sea la verificación empírica de la ocurrencia de un acontecimiento Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1.ª ed. 1995, p. 606).

Este axioma es una de las bases de su modelo de limitación al poder punitivo del Estado de derecho penal, que se caracteriza por la separación de funciones entre la acusación y el juzgamiento, y por la estricta sujeción del juez a los hechos y pruebas presentados por la acusación ⁽⁶⁾, que se identifica no sólo con la exigencia previa de acusación como requisito para aplicar una pena, sino también para la tramitación de un proceso.

De hecho, esta exigencia como forma sustancial en todo proceso penal, es indispensable para salvaguardar la defensa en juicio del justiciable y condenar sin que medie dicho acto procesa ⁽⁷⁾ pone al descubierto una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por jueces naturales ⁽⁸⁾.

En un proceso penal acusatorio —tal como es establecido por los artículos 116 y 120 de la Constitución Nacional— esto se concreta en la“... la formulación de la imputación, con la que se formaliza la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*); el derecho de defensa atribuido al imputado (*nulla probatio sine defensione*)” ⁽⁹⁾.

Tal como se señaló más arriba, esta exigencia se extiende a todo aspecto fáctico que fundamente la conceptualización de una conducta como delito, en la medida en que la fijación de cualquier extremo con un referente empírico deberá ajustarse a los presupuestos epistemológicos mencionados anteriormente.

También la necesidad de la existencia de acusación como elemento integrativo de la garantía innominada del debido proceso ha sido postulada en innumerables

6. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1.ª ed. 1995, p. 93

7. CSJN, Fallos: 143:5; 321:2021, en particular considerando 10º-

8. CSJN 125:10

9. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1.ª ed. 1995, p. 606

oportunidades por la CSJN ⁽¹⁰⁾ y con ese argumento ha revocado en reiteradas oportunidades sentencias de los tribunales inferiores que condenaban al imputado sin que existiera una acusación previa.

Y el control de la acusación también es una manifestación del debido proceso legal dado que garantiza que el proceso se desarrolle con respeto a las reglas preestablecidas, asegurando que la acusación sea clara, precisa y esté respaldada por evidencia.

Para que el imputado pueda defenderse eficazmente, debe conocer de forma clara y detallada los hechos que se le imputan, este derecho a conocer la acusación formulada contra él reclama, no solo su determinación, sino también la información respecto al hecho delictivo, cuya comisión se le imputa, ello a fin de que pueda exculparse de él. El control de la acusación verifica que el requerimiento fiscal contenga una relación circunstanciada de los hechos, lo que permite al imputado y a su abogado preparar una estrategia de defensa adecuada.

3. LA FAZ INTERMEDIA

Sobre la etapa intermedia se han desarrollado categorías acerca del modo en que los ordenamientos procesales la han regulado.

Clariá Olmedo ha planteado que el control puede ser imperativo, facultativo o negativo¹¹ y, sobre esa base, Álvarez ha desarrollado tres fórmulas existentes en el derecho comparado: elevación directa a juicio (la defensa no tiene oportunidad de manifestarse sobre el mérito de la investigación preliminar y sólo puede invocar hechos paralizadores o extintivos de la acción penal); la segunda, donde el control de la acusación es sólo provocado por la oposición que plantee la defensa a la elevación a juicio y, en caso de que esto no ocurra, la sola presentación de la acusación provoca la realización del debate; y la tercera, que instaura el control de la acusación como obligatorio, esto es, provoca la evaluación del mérito del requerimiento por su sola presentación, independientemente de la oposición que la defensa plantee ⁽¹²⁾-

10. El respeto a la garantía de [1] debido proceso ha dicho el Máximo Tribunal, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio como por los demás actores del proceso [...] consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia" (Fallos", 116:23; 119:284; 125:10; 125:268; 127:36; 189:34; 272:188; 306:1705; 308:1386; 310:2078; 314:1447; 321:3396, 325:1530, entre muchos otros).

11. Clariá Olmedo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tº VI, EDIAR, Buenos Aires, 1967, p. 133.

12. Álvarez, Alejandro, "El control de la acusación", en Revista Pena y Estado, núm. 2, "Ministerio Público", Buenos

Esta tercera posición es la que adoptan los modelos procesales acusatorios adversariales. El cierre de la investigación dará lugar a la audiencia de control de acusación, entendida como una fase intermedia o crítica, en la que se discuten los requerimientos conclusivos de la investigación y las excepciones que puedan plantear las partes.

Básicamente constituye una valoración proyectiva de los resultados de la etapa de investigación preparatoria en pos de la apertura de juicio oral o en mira, para resolver su correcta clausura ⁽¹³⁾.

El estadio procesal en el que se ubica la audiencia de control de acusación, que es una de las más complejas e importante del proceso ⁽¹⁴⁾ además de ser “el último filtro” ⁽¹⁵⁾ antes de ingresar a la etapa crucial del proceso, el juicio oral.

Según Binder esta fase está marcada por la preparación del juicio y se convertirá en algo así como la “sintonía fina” del control sobre el proceso. Por el contrario, si la etapa intermedia o de control de la acusación no se halla lo suficientemente desarrollada, la etapa de preparación del juicio contribuirá también al control formal o sustancial de la acusación¹⁶.

En el sistema procesal penal argentino, el control de la acusación se encuentra regulado en la etapa intermedia entre la investigación penal preparatoria y el juicio oral. Una vez finalizada la recolección de pruebas, el fiscal eleva un requerimiento de elevación a juicio, que es sometido al control del juez de garantías o del tribunal de juicio, según el sistema procesal vigente. Por lo que, esta etapa queda determinada por la acusación, por medio de la cual el representante del ministerio Público fiscal

Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1997, p. 17

13. Quintero Jiménez, Camilo A., “Fase intermedia y control de los actos acusatorios en el proceso penal”, 1ª edición, Marcial Pons Madrid, 2021, p. 67,

14. Siguiendo a Alberto Binder podemos sostener que esta fase cumple un rol importante en el proceso. “La experiencia demuestra que son pocos los casos que llegan a juicio. El mayor peso o carga de trabajo de los sistemas procesales recae en esta etapa intermedia, que muchas veces suele ser considerada con poca atención. En gran medida, además, los efectos distorsionados del proceso -su utilización como método de coerción, por ejemplo se producen en esta etapa o alrededor de ella y de las decisiones que le son propias. El carácter poco contradictorio de la instrucción se corrige con este debate preliminar, de modo que las garantías procesales, la posibilidad de defensa, el principio de inocencia, etc., no cumplan su función solo en el juicio, sino que, extienda su poder benéfico a lo largo de todo el proceso penal, resguardando el valor intangible de la persona humana” (Binder, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 1ª edición AdHoc, Buenos Aires, ps. 231- 232).

15. González Postigo, Leonel “Juezas y jueces de garantías en la litigación penal”, 1ª edición Didot, 2021, Buenos Aires, p. 165.

16. Binder, Alberto M., “Introducción al derecho procesal penal” 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 257.

y/o querellante 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 sostiene ⁽¹⁷⁾

En la mayoría de las legislaciones comparadas, este control se centra en aspectos formales y sustanciales, tales como en Alemania, donde este procedimiento intermedio (199 y ss StPO) a cargo de los miembros letrados del tribunal se revisa la acusación en cuanto a la existencia de una sospecha ahora “suficiente”. Esta fase termina o con sobreseimiento (§206a, 206b StPO) o por la “admisión de la acusación”). Formalmente, se verifica que la acusación contenga la descripción clara del hecho, la calificación legal y la prueba en la que se sustenta. Sustancialmente, el juez evalúa si la prueba colectada es suficiente para sustentar la acusación y si existe una probabilidad seria de condena.

En esta etapa, la defensa tiene la oportunidad de oponerse a la elevación a juicio, proponer el sobreseimiento o el cambio de calificación legal. La importancia de este control radica en que previene la realización de un debate oral cuando la acusación carece de un respaldo probatorio mínimo.

En el procedimiento penal italiano, el control de la acusación ocurre principalmente en la «udienza preliminare» (audiencia preliminar), una etapa intermedia donde un juez, el giudice per le indagini preliminari (GIP), verifica la fundamentación de la solicitud de juicio presentada por el Ministero Pubblico (fiscalía). El juez evalúa si existen pruebas suficientes para abrir el juicio oral y si se respetaron las garantías procesales durante la investigación. Si hay fundamento, el juez dicta el decreto di rinvio a giudizio (decreto de remisión a juicio); de lo contrario, decreta el sobreseimiento.

A diferencia de la legislación chilena, en relación a otros países, que considera una “etapa de preparación del juicio”, destinado a resolver aquellas cuestiones básicas para que el juicio oral pudiera ser desarrollado de manera organizada y efectiva ⁽¹⁸⁾. Dentro de estas cuestiones, una de las centrales fue la determinación de las pruebas

17. Borinsky, Mariano H. -Catalano, Maria I., “Sistema Acusatorio. Lineamientos del Código Procesal Penal Federal”, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2021, p. 273.

18. Estas razones quedaron reflejadas en el Mensaje del CPP que señaló sobre esta materia: “Las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y, con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces.”

que debieran rendirse en juicio a partir de analizar las solicitudes respecto de ellas presentadas por los intervinientes y una vez concluida la audiencia de preparación del juicio oral, si no se ha dado lugar a alguna de las excepciones de previo y especial pronunciamiento que ponen término al procedimiento en forma inmediata, entonces el juez de garantía como resultado de la misma, pero más que de ello, como resultado de toda la instrucción, dicta una resolución en virtud de la cual delimita lo que será el juicio oral, denominado “auto de apertura del juicio oral”.

La razón de optar por este modelo tuvo mucho que ver con la experiencia crítica que se conocía de los países que ya tenían sistemas acusatorios y habían optado por el modelo tradicional de etapa intermedia. En especial preocupaban dos cosas: (1) que la aprobación judicial de la acusación del fiscal pudiera significar una suerte de anticipación del juicio allí donde precisamente se estaba intentado instalar una nueva cultura de juicios orales como forma de resolver conflictos penales; y, (2) que esto significara abrir una puerta de intromisión de los jueces en las facultades de persecución penal de los fiscales, nuevamente en un contexto en el que se intentaba separar claramente las aguas entre estas funciones que históricamente habían estado confundidas en manos de los jueces del crimen.

A diferencia de lo que acontece dentro de la instrucción formal, la etapa intermedia cobra una especial importancia, revistiendo plenamente su sentido de etapa crítica en torno a las conclusiones de la investigación preparatoria.

En este aspecto resulta importante determinar si la etapa intermedia, en cuanto establece el control jurisdiccional del requerimiento de citación a juicio del Fiscal, es una garantía para el imputado. El primer aspecto que debe destacarse es que la intervención judicial para el control de los requerimientos conclusivos o desincriminatorios del Ministerio Público es una consecuencia de la vigencia del principio de legalidad.

De este modo, el objetivo de esta instancia radica en verificar que estén dadas las condiciones de fondo mínimas para que se pueda llevar adelante el debate, que encarna el núcleo del proceso penal.

Es así que el juez de garantías debe ceñir su intervención y análisis a la admisibilidad de la evidencia que recolectaron las partes y que ofrecen como prueba para ser debatidas en el juicio, quedando sujeto a resolver exclusivamente respecto de lo que éstas traen.

Ello, a los efectos de evitar que el juez con funciones de juicio conozca respecto de las vicisitudes procesales acontecidas en etapas ya prelucidas, evitando, que forme previamente un juicio de valor sobre el imputado y su responsabilidad. De este modo, su labor se verá reflejada y limitada a un análisis crítico del plexo probatorio traído a su conocimiento.

A través de los referidos procedimientos, se intenta descartar toda duda que las partes puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad y, a su vez, remarca la vigencia del principio de inocencia (v.gr. A tal punto se prioriza la ajenidad del magistrado que no puede acceder al auto de apertura a juicio).

La función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que se formule acusación contra un procesado sin fundamento material o probatorio suficiente.

En resumen, la etapa intermedia es una fase de “apreciación y análisis” para decidir cuál será el devenir de la causa en juzgamiento, sometiénndose toda actividad que haya sido realizada durante la investigación preparatoria a «controles necesarios de legalidad y pertinencia»

Sin dicha función de control, o la violación de esta por diversos motivos, desaparecerían los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, teniendo como consecuencia que los demás procesos de trabajo se relajen y la reforma procesal sencillamente colapse.

Al ser la oralidad una característica del nuevo sistema procesal, el juez de la investigación preparatoria debe realizar un riguroso control de los escenarios de las audiencias y de la actuación del fiscal desde el inicio de su actividad procesal.

Por lo que, una vez llegada la etapa intermedia, las actuaciones del fiscal habrán pasado por tamices previos que garanticen que el representante del Ministerio Público, al momento de pronunciarse, dicte requerimientos que estén acordes con lo que vio y actuó a lo largo de su investigación.

Es importante señalar que durante dicha etapa únicamente se actúan las pruebas llegadas hasta dicho punto, es decir, no puede realizarse durante la investigación preparatoria ningún acto ni de investigación ni de prueba (artículo 351)

4. MODALIDADES Y CLASES DE CONTROL

En las distintas legislaciones procesales, tanto extranjeras como locales, existen mecanismos formales para realizar el control de la acusación y la admisión de la prueba ofrecida para el debate, y se lo hace con antelación al juicio propiamente dicho.

Dentro de la etapa procesal intermedia un juez verifica la formalidad y suficiencia de la acusación del Ministerio Público para asegurar la defensa del imputado y la correcta continuación del proceso. Este control se divide en un control formal, que revisa requisitos de contenido como la identificación del imputado y la claridad del hecho, y un control sustancial o material, que evalúa si la acusación se basa en pruebas suficientes para considerar probable la conducta punible y la participación del imputado.

Sus alternativas ⁽¹⁹⁾ son las que siguen:

(a) Algunos ordenamientos prevén la realización de ambos mecanismos en una misma etapa/momento/audiencia; otros los tienen claramente diferenciados y su realización está prevista en distintas etapas del proceso —por ejemplo, se controla la acusación/revisa el requerimiento de elevación antes de enviar el caso a la etapa de juicio y se admite la prueba cuando la causa ya se encuentra en poder del tribunal que conocerá en el debate—.

(b) A su vez, algunas legislaciones la prevén sólo para los casos en que es solicitada por la defensa; y otras de manera necesaria/obligatoria.

(c) Asimismo, algunas legislaciones establecen la audiencia oral para este control, mientras que otras la prevén de modo escrito; incluso en algunos se realiza el control de la acusación de manera escrita y la admisibilidad probatoria de manera oral.

Otro parámetro de diferenciación es el relativo al órgano jurisdiccional que los lleva adelante, y así puede ser: (a) el mismo juzgado que intervino en la etapa preparatoria, (b) el juez que intervendrá en juicio, o (c) un juzgado que interviene únicamente en

19. CCCF, sala II, causa N° CFP 15448/2016/28/1/CA9 - “S., D. A. s/ rechazo de nulidad”, rta, el 5/06/2025, en particular el voto del juez Roberto José Boico que efectúa la clasificación que transcribimos.

la etapa intermedia.

En algunas, como observaremos, controla la acusación un órgano jurisdiccional y admite la prueba uno distinto, en otros, ambas tareas las realiza el mismo tribunal.

Con estos parámetros es posible establecer distintos grupos. En efecto, respecto a la unión/división de estos mecanismos, tendremos -a un lado legislaciones en las que: (1) tanto el control de la acusación como la admisibilidad de la prueba se lleva a cabo en un mismo momento procesal y por un mismo tribunal, y las que: (2) separan los controles en distintas etapas procesales y en distintos órganos jurisdiccionales. Respecto de su realización, tendremos legislaciones en las que el control de la acusación es necesario -se realiza obligatoriamente- o eventual -se realiza únicamente si es solicitado por la defensa-.

En cuanto al órgano jurisdiccional que lo lleva adelante, existe la posibilidad de que intervenga: (a) el mismo tribunal de la etapa preparatoria, (b) el mismo que interviendrá en juicio, (c) un tribunal que interviene únicamente en esta etapa -por lo que no conoció antes, ni conocerá luego-.

Estos mecanismos pueden tener distintas características. Sobre el control de la acusación, tendremos aquellos que llevan adelante solo un control formal y aquellos que también realizan un control sustantivo, en tanto además de controlar los requisitos de forma, el órgano jurisdiccional verifica que la acusación se sustente en elementos que permitan afirmar que existe un hecho penalmente relevante y que es razonable pensar que la persona señalada como autora lo habría cometido. A su vez, algunos se realizan en audiencia oral, mientras que en otros de modo escrito.

El diseño procesal que se escoja, empero, no puede desatender consignas constitucionales que hacen a la validez del litigio criminal.

Así, no podrá existir juzgamiento sin una pretensión punitiva que enlace conducta con norma penal. Y no solo debe realizarse el ensamble, técnicamente subsunción, sino que deberán justificarse los mecanismos por los cuales se tiene, provisoriamente, por verificado el hecho que se juzgará.

En breve síntesis, no hay juicio sin acusación, y no hay condena sin juicio. De allí que el presupuesto para toda condena criminal es la existencia previa de una acusación,

integrada por recaudos formales y materiales. Por lo tanto, al juez le cabe la tarea jurisdiccional de controlar, en principio y a pedido de parte, el cumplimiento de los indicados recaudos formales y sustanciales que hacen a la pretensión punitiva (acusación), de modo de habilitar, si se superan los filtros analíticos necesarios, la iniciación de la etapa típica de juzgamiento. Si bien no es la oportunidad, adelanto que diseños de control amplio de la acusación vendrán a partir de la implementación del nuevo código de litigación penal federal.

5. FUNCIÓN DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

El principio acusatorio exige la separación de roles entre quien acusa (el fiscal) y quien juzga (el juez).

El control de la acusación evita que el juez se convierta en un mero homologador de la voluntad fiscal, obligándolo a ejercer una función de garantía y control para asegurar que la acusación sea legítima.

Debemos entender que el fiscal se decanta por una acusación cuando, a consecuencia de las diligencias realizadas durante la etapa de investigación preparatoria (preliminar y formal), y habiéndose recopilado los elementos probatorios pertinentes, aquel llega a un nivel de certidumbre de que el hecho imputado ha sido aparejado de elementos suficientes de convicción y que se encuentra corroborada la participación del imputado en el mismo, por lo que al solicitar la apertura del juicio oral aquel va a pretender demostrar las aseveraciones de la responsabilidad del imputado, buscando la emisión de una sentencia condenatoria.

Roxin señala. - como veremos más adelante - que la acusación es el requerimiento al tribunal decisor de que se debe realizar un juicio oral. Agrega que la fiscalía, en virtud del principio de legalidad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen «motivos suficientes para la promoción de la acción pública» ⁽²⁰⁾, esto es,

20. A diferencia de la sospecha, “inicial” “que como tal sólo abre el camino a una investigación (no pública) la sospecha que abre la puerta al tribunal tiene que ser tan consolidada que justifica exponer una persona a un debate principal público. Entonces, por “sospecha suficiente” se entiende una prognosis positiva en cuanto a un resultado condenatorio del juicio oral, partiendo de la hipótesis de la comprobación en el debate principal público de todos los hechos mencionados en el escrito de acusación. Esta prognosis depende no sólo de la situación probatoria, sino también de la existencia de los llamados “presupuestos del procedimiento”; por ejemplo, no puede pronosticarse una condena por un delito prescrito.

cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible ⁽²¹⁾, en el sentido del § 203 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana ⁽²²⁾.

En los ordenamientos jurídicos europeos, la fase intermedia se configura como un control negativo sobre la acusación, especialmente en aquellos países en donde el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, como es el caso de Alemania e Italia. Incluso en Francia, en que la investigación preparatoria se encuentra entregada al juez de instrucción, existe un periodo intermedio cuyo objeto es revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación formulada para resolver si procede o no abrir juicio. Este control negativo se asienta en la idea que el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, no cuenta con una figura explícita de “control de la acusación” tal como se entiende en otros sistemas, pues es un cuerpo legal con una estructura más tradicional, orientada a la investigación a cargo del juez (art. 622 LECrim)²³.

En el derecho español, el control de la acusación se lleva a cabo en el marco del procedimiento abreviado (arts. 780, 781 y 782 LECrim). Una vez que el fiscal presenta su escrito de acusación, el juez de instrucción da traslado a la defensa, que puede solicitar el sobreseimiento, la práctica de nuevas diligencias o la apertura del juicio oral. Este control, similar al argentino, se basa en la valoración del material probatorio disponible para determinar la solidez de la acusación.

21. El valor de esta fase es discutible y discutido pues la admisión de la acusación en base de un mero escrito de la fiscalía puede ser (mal) interpretada como ser peligrosa para la imparcialidad del tribunal. Por el otro lado hay que ver lo siguiente: Aunque la existencia de los presupuestos de procedimiento ha de considerarse de oficio en cada instante del procedimiento, es aquí donde el tribunal por primera vez toma contacto con el caso y puede reaccionar frente a la falta de tales presupuestos –y esto es importante– sin exponer al acusado a un juicio oral y público. Se puede decir también que la necesidad de dos decisiones idénticas de distintos órganos estatales es una doble garantía respecto a la exposición pública

22. Roxin, Claus, “Derecho procesal penal”, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p.338

23. Reza el art. 622 de la LECrim que “Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito [...] Cuando no haya acusador privado y el Ministerio Fiscal considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, lo hará presente al Juez de instrucción para que, sin más dilaciones, se remita lo actuado al Tribunal competente”.

En el proceso penal alemán, el control de la acusación se lleva a cabo principalmente en la fase intermedia, que transcurre entre la finalización de la investigación preliminar (dirigida por la fiscalía) y el inicio del juicio oral. Esta etapa, conocida como fase de apertura del procedimiento principal (Eröffnungsverfahren), es crucial porque el juez no se limita a una simple formalidad; realiza un control sustantivo sobre la acusación presentada por el fiscal.

Una vez que la fiscalía presenta la acusación (Anklageschrift) ante el tribunal competente, el juez de la sala principal (Richter der Hauptverhandlung) examina los siguientes aspectos: (a) El juez debe determinar si, basándose en el material probatorio recabado en la fase de instrucción, existe una sospecha suficiente (hinreichender Tatverdacht) de que el acusado ha cometido el delito. Esto significa que la condena del acusado debe ser más probable que su absolución. Si la sospecha es insuficiente, el tribunal rechaza la apertura del procedimiento principal (Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens); (b): El juez verifica que el tribunal al que se ha presentado la acusación es el competente para conocer del caso, y (c) Se revisa que la acusación cumpla con los requisitos formales establecidos en el § 200 del Código de Procedimiento Penal Alemán (StPO).

El control de la acusación puede dar lugar a tres resultados principales, que son decisiones judiciales formales: (a) Apertura del procedimiento principal (Eröffnung des Hauptverfahrens), y se emite una resolución formal, se fija la fecha del juicio y se notifica al acusado y a su defensa; (b) Se rechaza la apertura del procedimiento principal (Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens), dado que el tribunal considera que la sospecha es insuficiente o que el acto no constituye un delito. En este caso, se archiva el proceso, siendo recurrible por el acusador; y (c) La suspensión del procedimiento (Einstellung des Verfahrens), puede, en circunstancias especiales (como la falta de interés público o un delito de menor importancia), suspender el proceso. Esta decisión puede ser definitiva o condicional, por ejemplo, si el acusado cumple con ciertos requisitos (como el pago de una multa).

El modelo italiano es semejante al de la regulación alemana de la etapa intermedia. El Codice di Procedura Penale italiano establece que concluida la fase de investigación preparatoria, sin que el Fiscal proceda al archivo de las actuaciones ⁽²⁴⁾, se abre

24. El artículo 112 de la constitución italiana es difícil de traducir. Podría traducirse literalmente de la siguiente forma: "El fiscal debe ejercer la acción penal obligatoria", pero sería más correcto intentar traducir este artículo como

una etapa contradictoria denominada audiencia preliminar ante un órgano judicial unipersonal, durante la cual se debate sobre los resultados de la investigación.

La etapa intermedia en el proceso penal peruano se establece mediante un sistema de audiencias optativas y necesarias²⁵; las primeras se van dando solución a los pedidos y diferencias iniciales existentes entre las partes, y las segundas sirven para establecer el saneamiento del proceso y la culpabilidad o inocencia del imputado.

Mediante esta audiencia preliminar se observará y debatirá la procedencia o no de la acusación, realizándose un saneamiento procesal o una preparación para iniciar el juicio oral. La convocatoria se lleva a cabo no antes de cinco ni luego de veinte días del plazo concedido a las partes con la notificación de la acusación. En este acto se discute si existe legitimidad de las pretensiones punitivas (la existencia del delito y la individualización de autores y/o cómplices), las pretensiones resarcitorias (si el actor civil está legitimado o no de reclamar la reparación) y las vinculadas con las consecuencias accesorias (decomiso o sobre personas jurídicas). Las resoluciones que el juez emita sobre los medios de prueba o las convenciones probatorias, son irrecurribles

De este modo se autoriza al juez de la investigación preparatoria controlar la acusación y, en el caso de la defensa, cuestionar el fondo de la misma. Cada una de las partes tendrá la oportunidad de pronunciarse oralmente durante dicha audiencia; y, posteriormente, el juez correrá traslado a las demás partes para la absolución de lo antedicho (artículo 351, inciso 3).

El nuevo Código Procesal Penal Federal determina el proceso en una estructura de tres etapas, propio de un sistema acusatorio puro: la investigación preparatoria; la etapa intermedia de control de la acusación; y el debate oral.

Y el control de la acusación, contemplado en el artículo 279 y sgts. del CPPF, se ejerce en la etapa intermedia, en miras de colocar al tribunal con funciones de juicio en

sigue: “El fiscal debe denunciar si tiene razones para considerar que se ha cometido un delito”

25. Sánchez Velarde, indica: “Toda actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros o controles necesarios de legalidad y pertinencia, para su admisión a juicio. La etapa intermedia comprende desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento (art. 353°) del proceso, o cuando el juez se decide por el sobreseimiento del proceso (art. 347°)” (Sánchez Velarde, Pablo, “Introducción al nuevo Proceso Penal”, 1ª edición, IDEMSA, Lima, 2005, p. 111)

situaciones ajenas con la admisibilidad y producción de la prueba²⁶ y se estructura bajo el formato de audiencia oral donde se verifica si la acusación fiscal es correcta y tiene bases legales y probatorias suficientes para ir a juicio (²⁷), y el acusado puede presentar excepciones y defensas previas, solicitar procedimientos alternativos o proponer la unificación de hechos. Un juez de revisión preside esta audiencia, que busca asegurar un equilibrio entre las partes y es el último filtro antes del juicio oral²⁸.

Riquert concibe esta fase como la llave de paso que regula el flujo de casos que habrán de recibir juzgamiento oral, debiendo operar como un filtro o tamiz que impida el pasaje a juicio de aquellas investigaciones que por su endeblez no constituyan una verdadera promesa de juicio (²⁹).

De la mera comparación normativa surge que el control de la acusación cumple funciones esenciales para el correcto funcionamiento del sistema penal, dado que la selectividad de los casos es la característica de todo el sistema acusatorio y exige que las partes evalúen las salidas alternativas al juicio, en especial, los acuerdos conciliatorios o de composición del conflicto, que esa lo que debe tender el proceso penal en “ilícitos de baja lesividad” (³⁰).

La principal función del control de la acusación es proteger al imputado de una

26. Daray, Roberto R. y otros, “Código Procesal Penal Federal”, T. 3, 4ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, p. 46; ídem Hairabedián, Maximiliano, 2Código Procesal Penal Federal2, 1ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2021, p. 559_ ídem La Rosa, Mariano; Romero Villanueva, Horacio J., 2Código Procesal Penal Federal2, T. 3., 2ª edición, La Ley, Buenos Aires: , p. 107.

27. Según Jauchen “no sólo el control de la acusación, sino también el control de legalidad y constitucionalidad de las pruebas que habrán de incorporarse al juicio oral, de modo que las partes pueden objetar no sólo su admisibilidad por resultar impertinentes o superabundantes sino también la aplicación de la regla de exclusión si en su conocimiento, obtención o incorporación se han vulnerado garantías constitucionales. Se evaluará, solicitará y debatirá si a pesar de que el fiscal formuló acusación existe evidencia de alguna causal de sobreseimiento” (Jauchen, Eduardo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. III, 1ª edición revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 221)

28. 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) Controlarla calidad de la información en el proceso; y c) realizar un debate relacionado con la admisibilidad y exclusión probatoria (Vargas, María J., “Las Convenciones Probatorias. Errores y aciertos en su aplicación2, AAVV, “Sistema acusatorio: Desafíos y nuevas perspectivas”, (Direc.) Carlos Casas Nóbrega, Agustín Chit y Anselmo Castelli, Editores Fondo Editorial, Buenos Aires, 2025 p. 70)

29. Riquert, Marcelo, Cistoldi, Pablo y Celsi, Leonardo “Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público. Nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense”, Ediar, Bs.As., 2001, p. 95

30. Martin, Adrián N., “En base a qué se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma”, en Debido proceso Penal, V.1, (Dir.) Angela Ledesma, 1ª edición, 2ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 122

“persecución penal injustificada”⁽³¹⁾, a partir de la (conocida en algunas legislaciones como audiencia de la etapa intermedia), en función a la importancia que consideramos debe darse a ese momento procesal para transformarlo en algo más que un simple trámite para acceder al juicio y posibilitar un verdadero control de casos, con “información de alta calidad”⁽³²⁾.

Chaia señala que se erige, literalmente hablando, en el espacio central del proceso y resulta el nexo entre la actividad investigativa y desformalizada dirigida “objetivamente” por un fiscal con el control del juez y de las partes —permanente y continuo: “horizontal”—, hacia un juicio público, contradictorio y fundamentalmente guiado por un tribunal imparcial. Desde esta perspectiva, el éxito o fracaso del juicio dependerá, en buena medida, de la preparación que se practique en esta instancia, de allí que se la conozca como etapa de “saneamiento”, o “depuración”, pues tiene como propósito evitar llevar a juicio legajos inconsistentes, que no presenten las condiciones técnicas o legales requeridas. De allí se colige que su función político criminal primordial es controlar —formalmente— el requerimiento acusatorio y evitar que cualquier persona pueda ser infundadamente expuesta al juicio oral ⁽³³⁾.

Al no tener que esperar hasta el final del juicio para que se dicte un sobreseimiento o una absolución, se minimiza el daño reputacional y personal que implica un proceso penal.

Finalmente, la audiencia de control de la acusación será el último reducto defensorista para obturar el avance del proceso hacia el juicio oral y, nuevamente, en esa audiencia va a ser determinante la prueba de respaldo que se haya podido obtener para refutar el caso del fiscal y sostener, argumentativamente y con constancias objetivas, la hipótesis que pretende ser el corolario de la síntesis de la decisión jurisdiccional; sea para obtener un dictamen de sobreseimiento, sea para proponer salidas de resolución alternativas del conflicto.

31. San Martín Castro, César, “Derecho Procesal Penal “ Lecciones”, 2ª edición, INPECC, 2022, Lima, p. 540

32. González Postigo, Leonel, “La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control de la acusación”, en AAVV, “Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Acusatorio”, (Coord.) Jaime Arellano Quintana; Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas, 1ª edición, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Chile, 2020, p.223

33. Chaia, Rubén A., “La etapa intermedia en el nuevo código procesal penal de la Nación. Reflexiones en torno al juicio de la acusación”, JA. 2015-IV, 1303

6. CONCLUSIÓN

En las distintas legislaciones procesales, existen mecanismos formales para realizar el control de la acusación y la admisión de la prueba ofrecida para el debate, y se lo hace con antelación al juicio propiamente dicho.

Dicho control, en sus diversas manifestaciones, es un componente esencial de un sistema penal justo y es fundamental para la protección de los derechos del acusado y para la eficiencia del sistema judicial.

Evita que se celebren juicios innecesarios y costosos cuando no hay pruebas suficientes para una condena, sirviendo como un filtro esencial para garantizar que solo los casos sólidos lleguen a la fase de juicio oral

La acusación esta llamada a ser la espina dorsal del proceso, permite desplegar, en toda su dimensión, la teoría del caso del fiscal pero además, resulta imprescindible para la defensa, pues a partir de ella, vertebrará su trabajo, su estrategia, contemplará sus debilidades y verificará sus fortalezas, lo que permite inferir que conociendo la acusación cada parte sabrá, exactamente, dónde está parado, cuáles son sus chances de triunfar o sucumbir ante el adversario. No menos importante es reconocer que en este estadio, previa verificación de los antecedentes y posibilidades, deben buscar salidas alternativas y más convenientes que el juicio.

En Argentina, este mecanismo garantiza que solo las acusaciones con un sustento probatorio serio lleguen a la instancia del juicio oral, salvaguardando así el principio de inocencia y la economía procesal.

En comparación con los modelos de Alemania y España, se observa que el enfoque argentino es más judicializado y público, lo que fortalece la transparencia y la participación de la defensa. La experiencia de otros países, como el sistema del Gran Jurado en los Estados Unidos³⁴, aunque diferente en su naturaleza, resalta la importancia de que la viabilidad de una acusación no dependa exclusivamente de la

34. En los Estados Unidos, todos los elementos probatorios recogidos en la investigación preliminar que fundan la acusación pueden presentarse a instancias del fiscal al Gran Jurado o jurado de acusación. Lo más habitual será que el fiscal traiga a sus testigos principales y que la defensa los contrainterrogue.³ El Gran Jurado determinará si debe o no ingresar el caso a juicio (Hendler, Edmundo, “Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 183 y ss)

autoridad persecutoria. La evolución del derecho procesal penal en Argentina, con la transición al sistema acusatorio, ha reforzado la relevancia de esta etapa, consolidándola como un verdadero control de legalidad y suficiencia probatoria. Este filtro procesal no solo beneficia al imputado, sino que también contribuye a la eficiencia del sistema de justicia, evitando juicios innecesarios y permitiendo que los recursos se concentren en los casos que verdaderamente lo ameritan, centrando la atención en la garantía de imparcialidad de quienes la conducen y en que el interés público en la persecución garantice la efectiva realización del derecho penal (“nulla poena sine iudicio”).

Desde esta perspectiva, se vuelve necesario dar un debate muy profundo desde la práctica (más allá de las denominaciones legales) sobre el modo en que la etapa intermedia podría consolidarse una fase crucial del proceso y un control real del mérito de la acusación que formule el fiscal o la querrela³⁵.

35. González Postigo, Leonel, “La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control de la acusación”, en AAVV, “Diálogo regional sobre acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Acusatorio”, (Coord.) Jaime Arellano Quintana; Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas, 1ª edición, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Chile, 2020, p.237



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

Desafíos orgánicos y procesales para un Ministerio Público Fiscal eficiente, en un modelo acusatorio

Maximiliano Rusconi

Desafíos orgánicos y procesales para un Ministerio Público Fiscal eficiente, en un modelo acusatorio

Por Maximiliano Rusconi¹

1. INTRODUCCIÓN. LA TRASCENDENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL

Hace varias décadas me animé a formular y subrayar la trascendencia relativamente mayor del ministerio público fiscal como institución y del propio representante de ese organismo en el sistema procesal, en relación con lo demás sujetos procesales y, particularmente, en la definición del resguardo del principio constitucional de división de poderes².

Eran épocas en las cuales los desafíos eran muy claros y precisos³, posiblemente por un defecto visual y algún reduccionismo dogmático, tenían que ver predominantemente con el abandono de un modelo al que denominábamos inquisitivo⁴ y que sin duda aglutinaba los peores datos de un sistema penal que atravesaba una enorme crisis ética, operativa, conceptual y social⁵.

Empezábamos a tener claro que un sistema de justicia exclusivamente profesional, exclusivamente escrito, junto con la adjudicación de funciones contradictorias al

1. Doctor en Derecho (UBA). Dr. hc. Universidad Católica de Cuenca (Ecuador). Profesor titular de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires. Profesor honorario Universidad San Martín de Porres (Lima). Ex-Fiscal General de la Procuración General de la Nación.

2. Ver un resumen de estas ideas en Rusconi, Maximiliano, "Sistema de enjuiciamiento en materia penal. Los riesgos neoinquisitivos", Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 180 y sgtes.

3. Ver, Maier, J.B.J/ Struensee, E. Introducción, en Maier-Ambos-Woischnik, "Las reformas procesales penales en América Latina", Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2000, pág. 17 y sgtes.

4. Vinculando el abandono de la inquisición con el rol del Ministerio Público, muy claro, Peters, Karl, Strafprozeß, C.F. Müller, Heidelberg, 1985, pág. 161.

5. Ver ya Rusconi, Maximiliano, "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Publico", La ley, 1991, D., pág. 1130 y sgtes. En lo que respecta a su ubicación constitucional ver también, Rusconi, Maximiliano, "Reforma procesal y la ubicación institucional del Ministerio Publico", Doctrina Penal, año 13/52, editorial Depalma, Buenos Aires, 1991.

llamado Juez instructor, ya no podía sostenerse ni siquiera través de los requisitos del más básico sentido común pre-jurídico⁶.

Por un conjunto de razones una transformación del sistema imperante, del antiguo régimen, si pretendía impactar de modo genuino en las razones de la crisis debía comenzar por hacer eje en el rol del fiscal y del ministerio público⁷ como institución del sistema democrático.⁸

Siempre fue evidente, pero en ese momento histórico fue mucho más visible, que cualquier reforma que no hiciera eje en el ministerio público fiscal estaba condenada, como había sucedido con un listado interminable de reformas parciales, burocráticas, desvinculadas del problema político criminal que se habían sucedido desde el comienzo del siglo XX, a un nuevo fracaso y una renovada desilusión comunitaria.

2. CRISIS JUDICIAL⁹

Es claro que cualquier reflexión histórica y de proyección de los desafíos del ministerio público de ningún modo puede prescindir de asumir una enorme crisis en varias de las dimensiones del poder penal del Estado.

Los niveles de resguardo de garantías constitucionales de gran parte de las decisiones judiciales, la ausencia de una aplicación sistemática e igualitaria de la ley penal,

6. Sobre estos procesos en la región y una evaluación optimista ver Binder, Alberto, “La nueva justicia penal en América Latina. Etapas y desarrollo del proceso de cambio”, Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto, 2019.

7. Mas allá de la “posiciónn híbrida” que le otorga, por ejemplo, Kindhäuser. Ver, Urs Kindhäuser, “Strafprozessrecht”, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2010, pág. 53, ¶ 5.

Sobre el rol del Ministerio público, ver también, negando su rol de “parte”, Klaus Volk, Grundkurs StPO, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, pág. 21.

Hay traducción al español de A. Nanzer/ Noelia Núñez, D. Pastor y E. Sarraibayrouse, Volk, Klaus, “Curso fundamental de Derecho Procesal Penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Una muy correcta caracterización del rol jurídico del Ministerio Público, en Seiler, Stefan, “Strafprozessrecht”, 14 Auflage, facultas wuv, Wien, 2015, pág. 79.

8. Como lo recuerdan Roxin/ Schünemann: “En el proceso inquisitivo del Derecho común, que se practicó en Alemania hasta entrado el siglo XIX, no se hizo ninguna diferenciación entre la persecución penal y la sentencia, de manera que, no existió ni espacio, ni necesidad para una fiscalía, a la que al lado del Tribunal se le confie la persecución penal. A la inversa, tampoco necesito el proceso de partes ingles ninguna fiscalía, porque las investigaciones se podían realizar a través de la policía y porque, en el juicio oral originariamente el imputado se defendía de la acusación y luego lo hizo, Caso por Caso, el abogado comisionado por la corona. La instauración de un fiscal autónomo surgió por primera vez en Francia en el curso de la revolución francesa..” Roxin, Claus/ Schünemann, Eberhard, “Derecho procesal penal”, traducción de la 29 edición alemana por M. Amoretti/ D. Rolon, Didot, Buenos Aires, 2019, pág. 124 y sgtes.

9. Ver, Rusconi, Maximiliano, “Justicia prófuga”, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 2024. Ver también, Rusconi, Maximiliano, “Crisis del sistema judicial en materia penal y caminos para una transformación necesaria”, en Bailone-Risso, “Poder judicial y estado de derecho”, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 161 y sgtes.

la falta de confianza en la virtud de las decisiones desde el punto de vista comunitario, la baja calidad de los mensajes que la actuación de los jueces envía a cada uno de los ciudadanos, exponen a nuestra vida comunitaria e institucional a un nivel de deslegitimación de la actividad judicial de una envergadura digna de mejores causas.

La idea exorbitante de que un Juez en la solución de un caso puede alejarse casi sin limitación de lo que prescriben las normas constitucionales la ley penal y la ley procesal, transita para el observador popular un escenario de obviedad difícil de modificar.

Nuestra comunidad casi nunca cree que las decisiones judiciales son correctas, pero está dispuesta a empatizar con un veredicto si es que esta decisión coincide con la expectativa que han instalado los grandes medios de comunicación.

Estamos en presencia de un modelo judicial que no tiene una buena imagen en la comunidad, en general, pero que si la logra respecto de una decisión, tendrá el aplauso momentáneo (por malas razones) pero nunca por haber creído en la reconstrucción institucional de los hechos que está siempre muy lejos del alcance de cada ciudadano.

Esa empatía coyuntural ha generado un ida y vuelta entre el sistema judicial, medios de comunicación y la opinión popular muy destructivo para el sistema republicano.

Podemos decir sin embargo que si existe una esperanza (o dos) de reconstruir el sistema de justicia acercándolo a las mejores bases ético institucionales eso pasará por aumentar la participación popular y por mejorar los sistemas de investigación a cargo del ministerio público fiscal.

En lo que sigue intentaré desarrollar la última de estas ideas.

3. LOS DESAFÍOS CONCEPTUALES DEL MINISTERIO PUBLICO HACIA EL FUTURO

Sin lugar a dudas en las próximas décadas el ministerio público nacional y de la totalidad de las provincias de nuestro país tiene que profundizar un intenso debate interdisciplinario sobre el mejor modo de cumplir los desafíos que la comunidad y el sistema institucional esperan de la actuación de los fiscales.

Si el ministerio público en términos de diseño procesal era absolutamente relevante a la hora de dar el paso hacia un abandono de las bases inquisitivas de nuestros modelos procesales, hoy esa ascendencia ya ha salido de lo formal para transformarse en la piedra de toque de una justicia penal que en los hechos tiene que producir una mejora comunitaria.

El ministerio público como es evidente y quizá por su propia caracterización de adolescente¹⁰ en términos históricos es un organismo que está sometido a la misma intensidad de transformación que el propio sistema procesal en el desarrollo del llamado abandono del sistema inquisitivo. Se trata de una institución frente a la cual se comete un grave error si se la entendiera como un organismo absolutamente consolidado. Por el contrario, nos enfrentamos a una institución en permanente evolución y que por su propia característica se encuentra en un proceso enorme de permeabilidad comunitaria, político criminal e institucional.

Cualquier proceso de transformación que no haga eje en el ministerio público fiscal posiblemente se arriesgue a un enorme fracaso estratégico. Ello es así particularmente en lo que tiene que ver con el resguardo de las reglas del estado de derecho en el ámbito de la justicia penal.

Todo esto nos lleva a la necesidad de definir, por supuesto en un listado no exhaustivo, un conjunto de dimensiones particularmente importantes en el marco de las cuales hay que tomar decisiones que pueden facilitar o al contrario obstaculizar una actividad de un ministerio público sometido al debido proceso.

a. Hecho e investigación del hecho¹¹

El primer lugar debemos detenernos en la relación entre la actividad del fiscal y del ministerio público globalmente considerado, en relación con el descubrimiento de la verdad histórica del hecho que se juzga.

¹⁰. Ver, Maier, Julio, “El ministerio público: un adolescente?”, en AA.VV, “El ministerio público en el proceso penal”, págs. 17 y sgtes.

¹¹. Una excelente investigación sobre este problema y los condicionamientos en la averiguación institucional de la verdad en, Gascón Abellán, M, “Los hechos en el derecho”, 3era edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, particularmente págs., 113 y sgtes.

Perogrullo podría decir: “sin descripción del hecho no puede haber acusación” y Perogrullo (h) culminaría: “sin acusación no puede haber condena”.

Como se ha afirmado con claridad:” La exigencia de verdad no cumpliría cabalmente su papel si no se concretara en la primera y basal garantía dentro del sistema: la exigencia de que el acusador conecte la petición de pena con un hecho concreto y preciso.”¹²

El problema no es nuevo, pero en las últimas décadas se exhibe un proceso de pérdida de ascendencia de la búsqueda de la verdad como fuente de legitimación de las decisiones judiciales.

Aquí se requiere una mirada histórica.

En el sistema inquisitivo¹³, sin duda, podemos encontrar varios de los paradigmas que describen al sistema de justicia penal como una función del Estado y aquellos que van a dominar gran parte de la historia universal del proceso penal. El modelo del sistema de enjuiciamiento de la inquisición implicaba la completa asunción del caso por parte del poder central: la decisión de la persecución penal *ex officio*:

Aparece una fuerte vocación por el escriturismo y el culto a las actas, la paulatina aparición al secreto de la investigación, la tortura como método para obtener la verdad que ya se había transformado en la meta absoluta y descollante del procedimiento penal. Como lo afirma Julio Maier: “Esa meta absoluta de la persecución penal -averiguar la verdad- no reparó en razones humanitarias o atinentes a la dignidad humana, ni las entendió.”¹⁴

No es éste el lugar para un análisis profundo de las formas de enjuiciamiento desarrolladas durante el poderío de la inquisición europea, pero podemos afirmar que la búsqueda de la verdad, por las razones que fueran, se había constituido en un eje

12. Binder, Alberto, “Derecho procesal penal. Tomo V”, Ad hoc, Buenos Aires, 2021, págs.. 291.

13. En este punto sigo lo afirmado en Rusconi, Maximiliano, “¿Elogio de la no adversariedad?”, en Leonardo Pitlevnik -dir-, “Implementación del sistema acusatorio. Análisis, críticas y resultados de la reforma de la justicia penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, págs.. 19 y sgtes.

14. Maier, Julio, “Derecho procesal penal argentino”, 1. B., Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 62.

político criminal de primera magnitud. Es posible que ese mandato de fuerza ética visible de buscar la verdad tuviera apoyo en los mismos presupuestos religiosos que inspiraban a todo este sector del poder en esa época.

El problema, aquí evidenciado en forma histórica (pero en verdad siempre presente), ha residido en la desconexión antisistémica entre el objetivo de la verdad y un modelo operativo de cierta vocación de éxito para acceder a esa proclamada verdad que brillaba por su ausencia¹⁵.

La desprotección moral e institucional del individuo, la centralidad del poder, lo ilimitado de su ejercicio, el compromiso ético religioso con descubrir la verdad (inquisidor: el que indaga, inquiere, interroga sobre un hecho), y la falta de destreza para investigar el suceso histórico, terminaron por poner en primer lugar los objetivos del poder y del proceso, lo cual implicaba la obtención de la verdad de parte del relato de los protagonistas (básicamente el sospechado como autor), sin límites en ésta búsqueda, a cualquier costo, incluso a través del no resguardo de la integridad física del acusado (tortura).

Ello explica la importancia que adquieren los tormentos sobre el imputado en general como mecanismo usual de obtener la confesión y con ello un relato que habilitara la imposición de la pena propia de la condena.

Se trata de una época en donde se advierte la superioridad moral de la búsqueda de la verdad¹⁶ por sobre la dignidad de la persona sometida a investigación.

El modelo inquisitivo, como ya sabemos, va dejando su lugar de protagonismo cultural en Europa central hasta la irrupción del pensamiento iluminista y reformista que particularmente hace eclosión en Francia hacia fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Particularmente nos hemos acostumbrado a ubicar con cierta razón al abandono del *Ancien Régime*, en el Código de Instrucción Criminal Napoleónico de 1808. Se trató de un modelo al que luego se lo denominó sistema mixto. La verdadera mixtura se traducían en ciertas concesiones al pasado inquisitivo y otras al nacimien-

15. Una opinión posiblemente distinta sobre la trascendencia ética de la búsqueda de la verdad histórica en Bovino, Alberto, "Juicio y verdad en el procedimiento penal", en "Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio Maier", Editores del Puerto, año 2005, pág. 239.

16. Mas allá de que los tormentos y torturas sobre el sospechado no garantizaban de ningún modo un relato fidedigno, sino solo un camino para limitar los suplicios.

to del resguardo del individuo y de su propia dignidad ya como ser humano. Se trató de una mixtura cultural.

En primer lugar, el modelo mixto parte de una enorme concesión al *Ancien Régime*, la persecución penal pública. El caso sigue manifestando una expropiación del conflicto autor-víctima a favor del poder central.

Por otro lado, el sistema mixto mantiene la búsqueda de la verdad histórica como un objetivo esencial del proceso penal. El proceso penal implica paz social, en principio, si hace de la verdad histórica la propia verdad oficial, el relato institucional.

Más allá de las críticas usuales al llamado modelo inquisitivo, los modelos posteriores al abandono del *Ancien Régime*, nunca abandonaron una de las razones de la existencia del inquisidor: el hecho como referencia histórica.

La búsqueda de la verdad, histórica, formal, material, etc., con los aditamentos conceptuales que uno quiera adjudicarle, siempre ha sido un eje de legitimación de la labor judicial del mayor nivel: hasta el punto que en ámbitos absolutamente trascendentes, como la investigación de delitos de lesa humanidad, cuando la función punitiva *stricto sensu* estaba cuestionada o limitada, se pretendió que la justicia penal siga con su función aún para garantizar que aunque sea el logro de la memoria social no desvanezca, dando lugar a los famosos “juicios de la verdad”.

Sin embargo, como ya se lo ha visto, hay un problema: ni los sistemas de enjuiciamiento de todo el mundo ni los operadores tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, ni tampoco los modelos de organización judicial imperantes, están preparados para ese camino de reconstrucción histórica sobre el hecho.

Ni los fiscales han recibido nunca formación para la investigación de un hecho histórico ni esa función parece haber sido determinante al montar las actuales mega estructuras organizativas que parecen homenajear en forma permanente y casi religiosa a la burocracia. Yendo un poco más atrás tampoco los abogados han sido formados para la investigación. De hecho, un sociólogo, un filósofo, un antropólogo, un historiador, es seguro que cuentan con mayores herramientas para esa tarea.

Por esta razón el relato del hecho, por los protagonistas o por los observadores, cobra en la cultura inquisitiva y post-inquisitiva un papel tan importante y legitimador. El inquisidor, que no sabe investigar, necesita del relato como el agua.

A este cuadro le debería haber seguido un desarrollo exhaustivo de estrategias investigativas novedosas, un cambio de paradigma en materia orgánica, sistemas novedosos de búsqueda de la información, nuevas materias y modelos de capacitación, etc. Hubo tiempo para ello: más de dos siglos.

Las consecuencias de este *cocktail* han sido negativas: lesión del *in dubio pro reo*, la pena como materia de negocio entre el imputado y el fiscal, desarrollo de conceptos vagos para que nada quede afuera de la imputación, etc.

Los medios de comunicación potencian la necesidad de eficiencia en la investigación de los delitos de gran impacto económico, ilícitos que ponen en tela de juicio la integridad ética de los funcionarios públicos, que expresan redes operativas permanente de actuación transnacional, de enorme gravedad en la lesión de los bienes jurídicos protegidos, en pocas palabras, en el tipo de conductas que se engloban en la a veces mal llamada “delincuencia organizada”.

Se dramatiza la frustrante sensación que, justo en aquellos casos en los cuales la comunidad desarrolla una fuerte expectativa sobre la reconstrucción de la verdad histórica del suceso, sobre la ansiada reparación del daño social o personal, o en última instancia, sobre la misma sanción punitiva de los responsables, allí, increíblemente, el sistema penal muestra la peor de las imágenes de la ineficiencia: un aparato burocrático enormemente violento, con reducida creatividad, con una fuerte incapacidad lograr su cometido esencial.

Lo que se viene describiendo explica que desde las iniciativas de los máximos niveles de los organismos internacionales se hayan popularizado un conjunto de herramientas conceptuales, algunas con mayor impacto en el derecho penal sustantivo, algunas en cambio de claras consecuencias procesales, que se presentan como la solución a estos problemas de ineficacia.

A pesar de que la posmodernidad, también en materia jurídica, se esfuerza en colocar la verdad material en el cajón de las cosas *démodé*, aquí se cree que el mejor modo de re-legitimar la actividad estatal de la persecución penal y del propio ministerio público

fiscal, se relaciona con el desarrollo de una investigación eficiente, multidisciplinaria, ágil, y que tenga la capacidad de producirse en el marco de un relato institucional, que se acerque genuinamente a aquella reconstrucción histórica y que de este modo logre una explicación a la comunidad y a la víctima de cuál es el hecho (y su gravedad) por el cual se reacciona y cuáles son las razones normativas que explican que se ponga en funcionamiento la maquinaria de distribución social de castigo.

Si el hecho pierde importancia y con ello se desdibuja el sentido moral de la búsqueda de la verdad, entonces se pierde todo baremo para limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial que no sólo tiene que ver con la interpretación de las normas sino también con la valoración caprichosa y falta de sustento en la construcción de la premisa menor de la solución del caso.

Genera cierta nostalgia, por último, recordar que uno de los grandes debates de las discusiones procesales en materia penal en la década de los años 80 y 90 del siglo pasado pasaba por definir los límites que tenía el Estado en la averiguación de la verdad. Hoy no deja de sorprender que estamos atravesando una época en donde siquiera hay que recordar que el Estado debe averiguar la verdad como meta más admisible previa a la distribución de castigo punitivo.

b. Evitar la seducción de los relatos pactados

Lo que acabamos de afirmar en el punto anterior es el mejor antídoto para evitar otro de los riesgos que el ministerio público del presente y del futuro debe evitar: la seducción frente a la producción indiscriminada de relatos pactados entre fiscal e imputado. En el futuro, en mi criterio, los Ministerios públicos de todo el país y en el ámbito federal deberán evitar la peligrosa seducción de los relatos pactados para esquivar la búsqueda de la verdad.

La idea de negociar con uno de los autores del hecho y pagar en moneda de impunidad la información que pusiera tener sobre otros responsables, hay que decirlo, es una derivación directa de la crisis por la cual atraviesa la justicia penal de todo el mundo en relación a una de sus funciones básicas: la reconstrucción, lo más fiel posible, del hecho histórico.

De eso se trata por ejemplo el caso del “arrepentido”: un instrumento que lejos de contribuir a una justicia penal más digna se transformará en la quintaesencia de la

crisis del Estado de Derecho. Con reflejos políticamente (in) correctos se deja al proceso penal en casos trascendentes servido en un plato desde el cual se invita a los manipuleos más crueles. Como lo he dicho alguna vez: ni Torquemada se atrevió a tanto. Tomamos lo peor de la inquisición y lo combinamos en un *blend* trágico con lo peor de los modelos anglosajones.

No podemos olvidar adicionalmente que el camino que proponga el imputado co-laborador puede dejar a un porcentaje de las víctimas sin representación procesal.

Como hemos visto, la Argentina atraviesa un momento particular en el cual el sistema de justicia parece confiar en exceso en las bondades de este tipo de institutos (sobre todo ante las incapacidades investigativas de las últimas décadas).

c. La ausencia de juicio

Lo que venimos afirmando se vincula también con la permanente pérdida de vigencia institucional del juicio que en forma ideal ha estado en el pensamiento de nuestro constituyente y en todos aquellos que han influido en la redacción de la mayor parte de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

Es llamativo como todos los procesos de transformación, en su formulación siempre virtuosos, que se han sucedido en los últimos 30 años en América Latina se han basado en la idea de fortalecer al juicio como instancia ineludiblemente legitimadora del castigo estatal.

La idea de la oralidad, transparencia, intermediación, igualdad de armas, objetividad del tribunal, ha significado casi la totalidad de la dotación de sentido de todos estos procesos de transformación basados en la idea de abandono de la inquisición. Sin embargo, también hace décadas que basados en la crítica que exponía el porcentaje de casos que con salidas de baja calidad procesal reducía el caudal de conflictos que luego llegaban a la instancia de definición, hemos multiplicado la cantidad de atajos que también están destinados a producir decisiones jurisdiccionales antes del juicio mismo y la decisión que emana del debate público y contradictorio.

Uno podría estar de acuerdo que la decisión producto de un juicio abreviado es de mejor calidad procesal, por ejemplo, que la prescripción. Pero la construcción de un ministerio público cuya función es también la consolidación del Estado de derecho

en una república debe tomar en cuenta que obviamente hay menor calidad también en el instituto mencionado del juicio abreviado que en la decisión final que emana de un juicio en el que se pone a estudio y debate toda la prueba sobre el segmento de historia fáctica que se somete a decisión.

Cualquier negociación entre imputado y fiscal antes del juicio debe partir de considerar las enormes posibilidades de que ese intercambio se desarrolle en un contexto de desigualdad estructural muy agravante para los derechos individuales del sometido a proceso.

Es por eso que un gran desafío también del ministerio público fiscal es no ceder a la necesidad de la construcción de una estadística punitiva que se nutra del alejamiento de la búsqueda de la verdad como eje de consolidación de la ética institucional.

d. ¿Modelo adversarial?

El ministerio público de hoy y de mañana se encuentra en el centro del debate cultural que plantea el camino hacia el llamado modelo adversarial.

En las últimas décadas se ha instalado, en el ámbito de la ciencia procesal la idea de la adversariedad¹⁷ como un *desiderátum* al cual todo modelo procesal que se precie debe apuntar.

Incluso la imagen de un modelo procesal adversarial se ha instalado como el tardío descubrimiento del sendero por el cual de una vez y para siempre podremos superar el dilema de la superación de los resabios inquisitivos¹⁸ que tantos obstáculos generó a la ya aparentemente superada concepción del modelo acusatorio¹⁹.

17. Gonzalo **Rua** y Leonel **González**. “El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias”. Sistemas judiciales.org. En: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/reflexiones_ruaygonzalez-1.pdf

18. Muy crítico sobre esta definición del “pleito” conceptual: **Montero Aroca**, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

19. “El sistema de proceder criminalmente es «adversarial», y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Ambos términos, «adversarial» y acusatorio, se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo. En el entender de estos autores, «adversarial» significa que son las partes la que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre

En el imaginario social y académico (aunque en algún grado superficial) la adversariedad implica el reino de la agilidad, la eficacia, la velocidad, la informalidad. Un virtual y vertiginoso sobrevuelo por el, hasta ahora, aburrido, siglo XXI. El modelo adversarial no sería solo la contemporánea modernidad sino un detalle puntilloso del mundo procesal del futuro²⁰.

Incluso quienes pretenden participar con voz propia del debate intelectual no sólo deben superar rápidamente cualquier intento de debatir sobre el virtuosismo (o no) del modelo adversarial, sino que mucho más útil es incorporar rápidamente el lenguaje iniciático que implica formar parte del futuro.

La primera batalla ha sido en verdad ganada por quienes sostienen esta evolución: aun cuando no quede claro entre los interlocutores de qué se habla cuando hablamos de adversariedad, es indudable que en la ciencia procesal y en el mundo jurisdiccional, pareciera que quien defiende la adversariedad defiende lo correcto.

Ahora bien, ¿qué se quiere elogiar cuando se elogia al modelo adversarial?²¹

La puesta en valor de la supuesta concepción adversarial, según puedo ver, lleva aparejada, de modo preliminar, un haz de reflejos imaginados como positivos.

En primer lugar, pareciera que de la idea de adversariedad depende un proceso penal con acotamiento de un aparente rol sobredimensionado de la figura del juez. Es paradójico que luego de que en la década de los años 90, por lo menos en América latina, se había logrado cierto consenso en un juez concentrado, en un contexto de investigación a cargo del ministerio público (modelo acusatorio formal), en las ga-

la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. En este juego, la posición del Juez (con el Jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa. La última evolución de sistema «adversarial» y proceso acusatorio lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo frente a lo que está sucediendo ante él, sino que debe tener un mayor protagonismo, y también a entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses". También, aún antes, Juan Luis Gómez Colomer, "Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo", Revista Penal, n.o 20.—Julio 2007. paf. 74 y sites.

20. Sobre los procesos de reforma en España, ver: Juan-Luis Gómez Colomer, "El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción", In Dret, Enero, 2017.

21. Teresa Armenta Deu, "SISTEMAS PROCESALES PENALES: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?. Marcial Pons, MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES 2012, pág. 19 y sites.

rantías, se destaque como objetivo declarado de los modelos adversariales convocar al juez a un papel de testigo privilegiado del debate procesal entre “partes”.

El imputado tiene derecho a no mostrar mucho agradecimiento frente a un modelo procesal que hace eje en reducir a la mínima expresión el rol de quien, hasta ese momento, era “el magistrado de las garantías”. Un sobrevuelo republicano sobre los sistemas de enjuiciamiento siempre debería exigir protagonismo del guardián de las garantías.

Frente a una estructural desigualdad de oportunidades de convicción entre acusado y acusadores (estatales y privados), el protagonismo esencial del Juez se debatía en su eficacia para asegurar el imperio de los límites constitucionales a la averiguación de la verdad. Las garantías no son sólo un interés del acusado, sino que nuestra cultura comunitaria, por lo menos hasta ahora, ha decidido que la vigencia de ellas es esencial al estado de derecho y la paz social.

e. La vigencia de las garantías

El tránsito hacia un sistema adversarial aumenta los riesgos de un alejamiento del fiscal del resguardo de las garantías constitucionales del imputado. Ello hay que evitarlo.

Por otro lado, sin necesidad de hacer ningún juego lingüístico, el concepto de adversario puede llegar a tener consecuencias en el ámbito del proceso penal que provienen de su propia definición por lo menos en el idioma español: *persona contraria o enemiga*. El vocablo proviene de la voz latina *adversarius*. Se trata de dos o más personas que tienen intereses contrapuestos y que, cada una de ellas, hará todo lo posible para ganar en el marco de la contienda que se trate. Para ganar, se dice, es necesario oponerse al rival.

Calificar a un modelo de enjuiciamiento como adversarial, si las palabras (incluidos los neologismos) se toman en serio, acerca el riesgo de ingresar en un *oxímoron*. El concepto de adversario es realmente poco lo que puede aportar a los diseños procesales que respetan el estado de derecho.

En primer lugar, es realmente peligroso que se invite a una institución de la enorme trascendencia del Ministerio Público a cumplir el papel de adversario del imputado. Bastante violencia se despliega en el caso penal para conceder tanto al uso del

lenguaje, incluso cuando acudamos a caminos figurativos o lúdicos. Ningún representante del Estado, en el lugar funcional que sea, puede ser visto ni imaginado como un adversario de un ciudadano, en cualquier circunstancia en la que este se encuentre.

La idea de la adversariedad llega en momentos de alta aceptación social del punitivismo y de gran influencia de los medios de comunicación que, para colmo de males, también colocan a la pena estatal como un eventual sanalotodo comunitario. En un modelo regido por estas influencias es muy factible que el fiscal pierda la sensibilidad necesaria para comprender la complejidad de la textura del conflicto base a favor de sólo guiarse por el máximo estándar punitivo posible. Un adversario busca la mayor pena posible, podría ser un lamentable axioma.

Es decir: la colocación del Fiscal bajo la lógica de la adversariedad genera un problema adicional. Se trata del alejamiento de la protección de las garantías constitucionales de la propia configuración esencial de la identidad procesal del Fiscal. Salvo detalles no esenciales las garantías están pensadas para defender al individuo (imputado) frente al Estado (Fiscal). Ello genera una primera consecuencia argumental: las garantías se encuentran siempre del lado del imputado. Algo que nadie se animaba a discutir a mediados del siglo XX. La segunda consecuencia que se genera de la concepción de las garantías del lado del acusado, en términos de la propuesta adversarial, es más difícil de aceptar: ¿El fiscal es adversario de las garantías? ¿El fiscal debe vencer (y ganar) frente a los principios constitucionales y derechos fundamentales? Pareciera que no es sostenible tamaña conclusión, pero entonces hay un problema en los postulados propios del mundo adversarial. En particular, tamaño posicionamiento del Ministerio Público parece poco menos que escandaloso frente a formulas como el art. 120 de la Constitución Nacional que establece la función del organismo en el contexto de la defensa “de los intereses generales de la sociedad...”.

f. El control sobre la actividad policial

Un desafío repetido en su necesidad, incumplido hasta ahora e indispensable para el futuro se ubica en la relación entre Ministerio Público Fiscal e instancia policial.

Nuestro sistema penal, por lo menos el conocido, ha sido, es y, lamentablemente, seguirá siendo, selectivo, inequitativo y un exponente social de envergadura de la peor imagen de la discrecionalidad.

Hoy ya es bastante claro que por razones atribuibles a la ingeniería organizacional y procesal del sistema judicial en materia penal y por otras directamente vinculadas con los modelos imperantes de diseño de la actuación de la agencia policial, en esta última recae, normalmente, para mal, el poder de selección.²²

Las “razones policiales” son evidentes: una enorme capacidad de despliegue territorial, una visible ausencia de control externo contemporáneo durante el ejercicio de sus facultades orgánicas, una ideología propia, una relación decididamente monopólica con la comunidad²³ y un caudal informativo muy trascendente de información social. Hay que sumar una relación muy profunda, como ejes conceptuales del cumplimiento de su rol, de criterios de permanente “adelantamiento”²⁴ de su intervención en la forma de ejercicio de control de violencia directa, como son los paradigmas de “conducta peligrosa”, “conducta sospechosa”, “sujeto peligroso”, “estado predelictual”, “riesgo”, “peligro”, que han terminado por configurar una política criminal decididamente opuesta al aplaudido y pretendidamente resguardado derecho penal de acto.²⁵

Todo esto ha terminado por configurar un cuadro según el cual la instancia policial define de forma decididamente protagónica, insistimos, los casos que ingresan al sistema. El tipo de casos, claro, responde casi siempre al mismo tipo de criminalidad: delitos violentos, contra la propiedad; en resumen y más allá de otros criterios de clasificación criminológica, todos ilícitos vinculados a sectores sociales menos favorecidos o excluidos. Se trata, no casualmente, de aquella criminalidad que suele ser objeto de reflexión a la hora de responder a los reclamos de mayor “seguridad ciudadana”.

22. Para una visión histórica en nuestro país del problema policial, ver, Maier, Julio B.J., “Breve historia institucional de la policía argentina”, en “Justicia en la calle, ensayos sobre la policía en América Latina”, Konrad-Adenauer-Stiftung, CIEDLA, ISLA. Editor Peter Waldmann, 1996, págs. 127 y sgtes.

23. Ver, Winfried Hassemer, “La Policía en el Estado de Derecho”, en “Persona, Mundo y Responsabilidad”, Temis, Trad. de F. Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, 1999, Págs. 141 y sgtes.

24. Amadeu Recasens i Brunet y José Luis Domínguez Figueirido, “Aparato y Espacio Policial”, en Roberto Bergalli, “Control Social Punitivo”, Ed. M.J. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 41

25. Alicia Oliveira y Sofía Tiscornia, “Estructura y prácticas de las policías en la Argentina. Las redes de la ilegalidad”, pp. 68 y sgtes, Cels, Buenos Aires, 1997.

Debe sumarse las pocas chances que ejerce el Ministerio Público, particularmente en la Provincia de Buenos Aires (aunque es un problema general de todo el país), de condicionar este cuadro.

Una de las razones de necesidad de transformación orgánica se relaciona con la concepción de un Ministerio público con capacidad de transformarse en la orientación necesaria de la política criminal, que no se resigne a ceder a la agencia policial el contacto absoluto y la interrelación con el tejido comunitario y que ya no asuma pacíficamente un rol tardío en la investigación de los delitos. De otro modo, con seguridad, esta institución no podrá modificar ni redefinir el incorrecto y exagerado condicionamiento policial sobre el sistema de enjuiciamiento.

A modo de resumen provisional podemos sugerir que el carácter selectivo del sistema penal proviene de razones, también, orgánicas y de definición de un discurso procesal que sigue atado a paradigmas inquisitivos.²⁶

Ello debe cambiar y se transforma en un desafío de primer orden.

g. El debate sobre las instrucciones

No cabe duda que, más allá de las discusiones conceptuales que se han generado alrededor del concepto, el ministerio público como formulador de parte esencial de la política criminal del Estado debe buscar la coherencia institucional. En este sentido no es objetable un ministerio público regido por cierto verticalismo. En esa dimensión juez y fiscal representan instituciones normativas y orgánicamente diversas.

Más allá de que pueda ser discutido, hay buenas razones para pensar en la legitimidad de instrucciones tanto generales como, en ocasiones, particulares.

Frente a esta capacidad del jefe de la institución, por ejemplo, es indispensable regular un sistema transparente en el cual el fiscal receptor de esa instrucción puede plantear la posible ilegitimidad del mandato recibido.

26. Ver, M.Garrido, F. Guariglia, G. Palmieri, "Control judicial de las actividades preventivas y de investigación policiales en el ámbito de la justicia nacional y federal", en "Control democrático de los organismos de seguridad interior en la República Argentina", Cels, Bs. As., 1997, pp. 91 y sgtes.

Ese conflicto no puede ser resuelto solo verticalmente sino que debe justificar la intervención del consejo del ministerio público²⁷ que debe tener la función de evaluar la instrucción, considerar las objeciones del fiscal receptor y emitir una decisión vinculante tanto para la jefatura del organismo como para el fiscal que formuló la crítica institucional.

Un sistema muy similar al descrito fue propuesto en el marco del anteproyecto de ley orgánica del ministerio público fiscal emanado principalmente de la pluma de Julio Maier (1986). Algunas regulaciones procesales provinciales han recogido el concepto, pero con regulaciones deficientes y, luego, una puesta en práctica que concluyó por desconfigurar todo lo bueno que puede acercar ese debate político criminal para la institución.

La política criminal²⁸ desarrollada por el organismo debe ser expuesta y debe tener la posibilidad de ser sometida a discusión institucional y social.

h. Los sistemas de organización

Otro de los desafíos que las diferentes conducciones del ministerio público deben encarar de modo indispensable es el profundizar los cambios y procedimientos en la puesta en funcionamiento de los nuevos modelos orgánicos que se requieren para la paulatina transformación de funciones que se ponen en práctica.

Quizá también por razones originadas en la cultura inquisitiva del sistema judicial ha habido cierto desprecio a la autonomía verdadera del organismo, y por ello mismo no se ha trabajado lo suficiente en toda la región, pero particularmente nuestro país, sobre los aportes que puede ofrecer la ciencia de la organización de los últimos 50 años y que puedan colaborar a responder a las nuevas demandas institucionales y comunitarias del organismo.

27. Cuanta mayor transversalidad, interdisciplina y legitimidad institucional y comunitaria tenga ese Consejo en su integración mayor será la calidad del debate político criminal interno. Por ello el texto se refiere a un Consejo del Ministerio Público (y no de “fiscales” como se encuentra regulado en el art. 100 de la ley 14442 de la Provincia de Buenos Aires). Ese Consejo debiera tener una integración diversa y multisectorial (aun manteniendo su agilidad institucional) que lo acerque mucho más a la comunidad y empatice y legitime la intervención de la institución frente a los ojos de la comunidad.

28. Ver, Santamarina, Pablo, comentario a los Arts. 56 y sgtes del CPP, en Torres, S.-Basilico, R., “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires”, Buenos Aires, 2022, pags. 213 y sgtes.

Debe ser una preocupación permanente el reflexionar sobre los cambios necesarios en materia organizacional. Más allá de algún extremo particular, en general los actuales ministerios públicos en todo el derecho público provincial y también a nivel nacional muestran, por supuesto con sus diferencias jurisdiccionales, serios déficits organizacionales. No es posible que ministerios públicos cuyas matrices se han estructurado a partir de las ruinas de los modelos inquisitivos respondan sólo con reformas cosméticas a desafíos políticos criminales que eran inimaginables hace 40 años.

i. La interdisciplina

Estrechamente vinculado con el punto anterior se encuentra la necesidad de que los fiscales trabajen en contextos interdisciplinarios desde el comienzo y hasta el final de su intervención. La idea de que sólo un abogado puede ser útil en la investigación de un caso judicial responde a prejuicios absolutamente injustificables. Por el contrario, la formación jurídica casi no brinda herramientas útiles que puedan ayudar a futuros investigadores.

Una de las razones más contundentes de la falta de legitimidad operativa de la función judicial y del Ministerio Público tiene que ver con el incumplimiento estructural de una de las razones fundamentales de su función que es la reconstrucción histórica del hecho materia de conflicto.

La crisis del sistema de justicia también está vinculada a la actitud refractaria de otras ciencias que poseen muchas más herramientas conceptuales y operativas para reconstruir la verdad histórica. La relación egocéntrica entre el poder judicial y el saber jurídico ha permitido que durante siglos se pague el costo del alejamiento de la verdad. El saber jurídico ha colonizado a la justicia y ha renunciado a la verdad con tal de no compartir ese supuesto poder con otras ciencias. Insistimos: hoy no se cumple en la mayor cantidad de ocasiones con el objetivo básico de descubrir la verdad. Las razones, como estamos viendo, son numerosas y complejas, pero sin duda gran parte de la explicación pasa por no haber comprendido que la formación jurídica y la organización del sistema de justicia no ha tenido en cuenta la necesidad de buscar la verdad. La trascendencia operativa de la interdisciplina (permanente y no coyuntural) es tan indudable como inexistente en términos globales de organización.

j. El despliegue territorial

Asimismo, sin ninguna duda, forma parte de una preocupación que debe ser atendida en mayor medida, el logro de una presencia territorial²⁹ que permita en primer lugar romper la relación monopólica con el tejido comunitario que han logrado las instancias policiales y, por otro, fomentar la cercanía con el lugar de los hechos de los llamados delitos comunes.

No cabe ninguna duda que una cosa es lograr índices razonables de presencia territorial en jurisdicciones como la ciudad autónoma de Buenos Aires y otra es hacerlo en provincias de gran extensión como muchas de las que componen nuestro territorio nacional. Pero en muchas ocasiones estos despliegues territoriales se han producido de modo insuficiente y a veces, en términos organizacionales, de modo irracional. No podemos ocultar que esta dimensión ha estado a menudo guiada por intereses políticos (en el peor sentido de la expresión).

La cercanía de la función del fiscal al lugar en donde desarrolla la vida cotidiana del ciudadano es uno de los ejes de legitimidad social de un organismo como el ministerio público.

4. CONCLUSIÓN: ¿NUEVOS DESAFÍOS O LOS OBJETIVOS DE SIEMPRE EN EL DEBIDO PROCESO?

Aquellas ideas que aquí se proponen para la discusión en última instancia no deberían ser definidas de ningún modo como novedosas. Se trata ayer, hoy y siempre de los mismos objetivos. Se busca un camino de construcción de una justicia penal que renueve su legitimación comunitaria en base a la búsqueda de la verdad y al resguardo de las garantías. En lo que respecta al ministerio público fiscal se trata de recordar que un pacto que consensúa un relato no es igual que la verdad histórica y que la aplicación de una pena violando el sistema de garantías no es otra cosa que un retroceso a épocas anteriores a la revolución francesa.

29. En el llamado proyecto Maier se propuso un completo modelo de descentralización de las unidades fiscales en la ciudad de Buenos Aires. A más de 30 años de esa propuesta todavía se podría hacer grandes avances en esa temática.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

Anatomía de la imputación necesaria en el proceso penal de Corrientes

Carlos A. Coria García

Anatomía de la imputación necesaria en el proceso penal de Corrientes

Por Carlos A. Coria García¹

1. INTRODUCCIÓN

Se ha pensado y escrito mucho sobre el tema que nos convoca, es así que en este texto se pretende ordenar las ideas en torno a la norma procesal penal de la provincia de Corrientes haciendo, en algunos casos, una suerte de parangón con la norma procesal penal federal que, en definitiva, podríamos decir que es la madre de la norma ritual correntina.

Una tarea en la que se pretende descifrar qué quiso decir el legislador procesal y cuál es, sería o debería ser la fuente normativa y referencia de interpretación a los fines de acogerse al Estado de derecho que auspicia la Constitución Nacional de la República Argentina.

Un recorrido por varios autores que nos invitan a seguir en la tarea de pensar para el futuro a través del pensamiento crítico. En definitiva, la trascendencia que tiene un proceso penal en un país será el reflejo al mundo.

Cuenta Rosler que la famosa frase de Clint Eastwood en la película; *El principiante* lo inspiró para titular su obra: *Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora*.

En efecto, el proceso penal se jacta de estar plagado de garantías constitucionales durante su desarrollo, pero ¿es cierto?

1. Abogado especializado en Derecho Penal y académico en Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos. Egresado de la Universidad Nacional del Nordeste, complementó su formación en políticas públicas (UNCAUS), derechos humanos y migraciones en The New School (Nueva York), y justicia transicional en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, se formó en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Económico en la Universidad de Palermo. Fue becario académico en Dimensión Ambiental (Universidades de Quilmes y Jujuy) y miembro de distintas instituciones jurídicas nacionales e internacionales. Se desempeña en los estudios jurídicos Coria García & Tognola y Themis Global, y colabora como autor en diversas publicaciones jurídicas.

En todos los códigos reformados -enseña Armenta Deu-, la apelación al “nomen” de los sistemas se ha convertido en un clásico, de manera que, con independencia de su carácter parcial o más amplio, todos repiten la consabida apelación a las bondades indiscutibles del sistema acusatorio o adversativo, a modo de invocación que sin más explicaciones cierra cualquier juicio desfavorable en torno a su necesidad, o a sus posible desventajas². Tanto el *principio acusatorio* y el *sistema acusatorio* se diferencian sustancialmente pues, no son sinónimos, cada uno guarda su naturaleza que vale la pena mencionar al menos, de manera sintética.

El principio acusatorio no es más que uno de los principios configuradores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación -el objeto del proceso- ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez. Los orígenes del principio acusatorio, así formulado, se remontan a los postulados iluministas concretados con posterioridad a la revolución francesa que buscaban dejar atrás el principio inquisitivo del *Ancien Régime*, pero sin retrotraerse a los modelos acusatorios históricos, desdoblando entonces las funciones estatales de acusar y juzgar en dos autoridades diversas, conocido como principio acusatorio formal². La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio-, sino también, y sobre todo, el papel de parte -en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado³.

Por otro lado, el sistema acusatorio implica la vigencia de principios procesales y la aplicación de reglas relativas tanto a la sustancia como a la configuración externa del proceso penal, y no se conforma con la separación acusador-juzgador ni la imparcialidad en el enjuiciamiento a que éste atiende. Se mencionan entre dichos

2. Armenta Deu, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

3. Ferrajoli, Luigi (1995) *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal, Ed, Trotta, Madrid, p.567.

principios y reglas, el principio de contradicción, la igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la *reformatio in peius*, y también, el principio acusatorio. El sistema procesal acusatorio supone entonces una gama de principios y reglas que sumadas dan por resultado la configuración total del proceso⁴.

2. A PROPÓSITO DEL PROCESO PENAL. ALGO SOBRE SU DEFINICIÓN

En la nueva era “acusatoria”, las corrientes académicas que impulsan en Latinoamérica hace décadas la definitiva operatividad del llamado sistema procesal penal acusatorio -en sentido contrario al sistema procesal inquisitivo o mixto-, vale entonces, citar una y principal característica del primero que cambia absolutamente la lógica procesal penal.

Dicha característica es de simple entendimiento, a saber: el sistema acusatorio divide tajantemente las funciones entre investigar y juzgar, el primero privativo del Ministerio Público Fiscal, el segundo, de los jueces (de garantías, de juicio, de revisión, de casación, etc.). El sistema inquisitivo-mixto por el contrario, se caracteriza por unir o fundir en cabeza del mismo sujeto procesal (y parte), las funciones de investigar y juzgar, era el caso del *juez de instrucción*, esa fusión de funciones -contraria al diseño constitucional- se tornaba inadmisibile, a pesar de ello seguía operativa.

La sola diferencia alcanza para que el proceso penal -dentro de la lógica acusatoria- cambie rotundamente su operatividad, para más claridad basta leer el artículo 2⁵ de la norma procesal correntina.

Compartimos con Ghirardi cuando enseña que, el proceso es un diálogo: es contradictorio y es diálogo. Es ésta, ciertamente, la metodología elegida para llegar a la verdad. Más que un diálogo, es un triálogo por la intervención capital que el juez tiene. La dialéctica y la retórica se asocian inextricablemente y se complementan en sus respectivas funciones; la primera como marco metódico y como columna verte-

4. Armenta Deu, Teresa. Op. cit., Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.vii1.7>

5. Código Procesal penal de Corrientes. Artículo 2. Principios del proceso acusatorio. Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

bral del proceso; y la segunda como dinámica de los razonamientos que se vierten⁶.

Recordamos en este sentido al maestro Alvarado Velloso cuando decía, si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza), ante un tercero (que, como tal es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Los principios procesales son: la imparcialidad del juzgador, la igualdad de las partes, la transitoriedad del proceso, la eficacia de la serie procedimental y la moralidad en el debate⁷.

En la *Teoría del proceso* como en toda disciplina del derecho, el concepto es fundacional, el concepto, -enseña Kopnin- viene a ser como una peculiar reducción de juicios, conservando al mismo tiempo, lo más esencial de su contenido; afianza lo ya conseguido y constituye un peldaño para la sucesiva trayectoria del pensamiento⁸.

Por ejemplo, Villanueva Haro sostiene que, el proceso penal es una estructura dinámica, funcional, institucional, útil, secuencial, integradora, protectora, valorativa, decisoria y necesaria; la cual tiene como fines: limitar el poder punitivo estatal; hacer respetar los principios de legalidad, de responsabilidad subjetiva (la pena requiere de la responsabilidad penal de la persona, en consecuencia de su acción u omisión voluntaria, consentida o silenciosa sea de naturaleza dolosa o culposa⁹.

El proceso penal es, para Mixan Mass, una compleja y preordenada actividad jurisdiccional regulada coercitivamente, que, a su vez, constituye el único medio necesario, ineludible e idóneo para el esclarecimiento omnímodo e imparcial de la verdad concreta respecto de la conducta objeto del proceso y para la consiguiente

6. Ghirardi Olsen A., Modalidades del razonamiento judicial, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p.3. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/art-modalidades.pdf>

7. Alvarado Velloso, Adolfo E. (2015) *Teoría general del proceso: el proceso judicial*, t. 1, 1ª edición, Editorial Astres, Buenos Aires, p. 105

8. Kopnin, Pavel V. (1966) *Lógica dialéctica*, México, Grijalbo, p. 194.

9. Benito Villanueva Haro La reconstrucción de los hechos y su valor probatorio en el proceso penal. Publicado en: <https://derechopenalonline.com/la-reconstruccion-de-los-hechos-y-su-valor-probatorio-en-el-proceso-penal/>

determinación rigurosa de si es aplicable o no (realizable o no), en el caso singular, la ley penal¹⁰.

Corresponde a Eduardo Couture, creemos, la certera observación de que el derecho procesal reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución, agregando que de la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático, idea que guarda plena correlación con lo que ya indicamos y que permite una hermenéutica en torno al tipo de proceso que se desprende del texto y espíritu constitucional, y que como el autor citado, entre otros, señala, dista de haberse concretado en muchas de las legislaciones vigentes¹¹.

Entonces, un proceso -enseña Cavani- no es otra cosa que un procedimiento. El proceso, en efecto, es un acto jurídico de formación sucesiva que integra un conjunto de actos ordenados, posee una finalidad y que está orientado hacia un acto final¹².

3. HECHOS. EL RELATO DE LOS HECHOS.

El proceso penal, en definitiva, es un *juicio a los hechos*, lo que se discute, investiga, alega y prueba son los hechos, más allá de cualquier otra vicisitud, el cuerpo articulador del proceso penal son los hechos y sus circunstancias.

Los elementos fácticos o hechos del relato constituyen el objeto del proceso penal. Ellos pretenden describir el hecho histórico supuestamente acaecido en el mundo real y, consecuentemente, conjeturado por la acusación como lo ocurrido en la realidad¹³.

En el mismo sentido, -Torres Esquivel, Martens y Martínez Mercado- sostienen que, un hecho es el imperativo epistemológico esencial del proceso que, es una determinada configuración de entidades en el mundo, perceptible de alguna manera por medio de los sentidos y que constituye el elemento de corroboración o contraste de

10. Mixan Mass, Florencio (1983) *Derecho procesal penal*, Tomo II, 2ª edición, Ankor, Trujillo, p. 69

11. Couture, Eduardo J. (1948) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, Tomo. I, pp. 20-21.

12. Cavani, Renzo (2019) *El concepto de "proceso" entre estructura y función en La teoría y filosofía del derecho en el estado constitucional: problemas fundamentales*, Enrique Sotomayor Trelles editor, Ed. Zela. Puno, p. 278

13. Mendoza Díaz, Juan La correlación entre la acusación y la sentencia. una visión Americanaius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 149-171 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Puebla, México.

conjeturas acerca de eventos de ese mismo mundo. Las conjeturas que superan dicho contraste o corroboración permanecen como conocimiento aceptado, en tanto y en cuanto no son refutadas por los hechos¹⁴.

Los hechos entonces deberán ser precisos y circunstanciados en modo, tiempo y lugar como exigencia fondal tanto constitucional como así también, convencional.

Ese “trozo de la vida” del procesado -dice Gómez Orbaneja-, es lo que hizo ese día, en ese lugar, desde tal hora a tal otra, apreciado desde una doble determinación espacial y temporal. Ese “trozo de la vida”, tomado en su integridad, como acontecimiento puramente natural, lo que determina la unidad e integridad del hecho objeto del proceso es la identidad del imputado, unido a las condicionantes de tiempo y lugar de ocurrencia del hecho¹⁵.

El hecho es la materialidad de la conducta con sus elementos objetivo, subjetivo, y condicionantes de la imputación, con abstracción de su calificación penal. Resulta práctico echar mano a las tres identidades clásicas de la elaboración de la cosa juzgada: persona, objeto y causa de persecución, las que deben coexistir para la identidad total, Eadem personam es la proyección subjetiva. Sólo se protege a la misma persona que está siendo perseguida, o cuya persecución concluyó ya por sobreseimiento, absolución o condena firme. Eadem re es la proyección objetiva. Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa o consumación. Eadem causa petenái es el elemento causal que pone en juego el agotamiento o no agotamiento de la pretensión deducida¹⁶.

Tales recaudos típicos encuentran su razón de ser en que la garantía se dirige a res-

14. Luz María Teresita Torres Esquivel, Juan Martens, Arnaldo Martínez Mercado, El relato de los hechos en los autos de apertura a juicio oral y público de los Juzgados Penales de Garantías de Salto del Guairá, años 2019-2020. ACADEMO, vol. 10, núm. 1, pp. 88-102, 2023. Universidad Americana.

15. Citado por Mendoza Díaz, Juan en: La correlación entre la acusación y la sentencia. una visión Americanaius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 149-171 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.

16. Claria Olmedo Jorge A., (2008) *Derecho Procesal Penal* Tomo I, actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 74.

petar al individuo que ya ha sufrido la persecución del Estado contra la reiteración del ejercicio de la pretensión punitiva ya sea en un proceso concluido o en trámite. Garantías en el proceso penal¹⁷.

4. LA ACTIVIDAD PRE-PROCESAL

En la investigación criminal podemos decir, existen dos fases, la primera, es la actividad que llamaremos pre-procesal siendo aquella donde el Ministerio Público Fiscal realiza la investigación e incluso produce actos como ser diligencias preliminares, todo ello sin tener al sospechado o sospechados siendo partes en el proceso penal y, la segunda fase, es donde aparecen las partes identificadas y participando del proceso penal propiamente dicho, es lo que sucede a partir de la *formalización de imputación*, que no es otra cosa que decir: normalmente (en el proceso penal) se tiene un *imputado*.

A diferencia de la norma procesal penal correntina que no cuenta con la regla pre-procesal, el Código Procesal Penal Federal en su artículo 253, la describe en los siguientes términos:

“Investigación previa a la formalización. 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.”

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 garan-

17. Plazo razonable. Non bis in idem. Secretaria de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marzo 2024, p.12.

tías 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.

5. LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA.

Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuáles él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presente también los respectivos contraargumentos¹⁸.

La investigación penal preparatoria es el inicio lógico del proceso penal, es el punto de partida, es la razón de ser de lo que acontecerá en el futuro, es, por cierto -más allá de que no tenga la importancia que merezca- el momento crucial. A pesar de que alguna corriente doctrinaria lo asocie con una actividad de tipo administrativa.

La abducción consiste -enseña Moscatelli- en una inferencia cuyo objetivo principal es la formulación de una hipótesis explicativa. Como explica Tuzet es posible clasificar las inferencias en dos categorías distintas: i) inferencias deductivas (deducción) y ii) inferencias no deductivas (inducción y abducción)¹⁹.

La hipótesis, entonces, será la plataforma, el cimiento, la proposición fáctica a investigar, corroborar y probar conforme se desarrolle el proceso penal por parte del Ministerio Público Fiscal.

6. ALGUNAS LÍNEAS SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Como enseña Gozaini, el proceso, en sí mismo, es una garantía. Es una suerte de reaseguro que tienen las personas contra la ilegalidad o la actuación contraria a derecho²⁰. El concepto de “debido proceso legal” que viene, como se sabe, de la tradición jurídica sajona (due process of law). Este concepto, por lo menos en su

18. La nouvelle Rhetorique. p. 160; Ch. Perelman, Fun! Vorlesungen uber die Gerechtigkeit. p. 157

19. Moscatelli Livia La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio / International Journal on Evidential Legal Reasoning Año 2023 5 pp. 125-155 DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i5.2284

20. Gozaini Osvaldo A. Garantías, Principios y Reglas del proceso civil, p. 90 <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2023/10/Garantias-Principios-y-Reglas-del-proceso.pdf>

ámbito procesal, significa que toda persona tiene el derecho a que cualquier daño o perjuicio que lo afecte, debe serlo dentro de un proceso adecuado, preestablecido, que ofrezca las mínimas garantías en un Estado civilizado o de derecho. Si bien originado en el ámbito sajón, el concepto se ha universalizado, pero en sustancia significa lo mismo²¹.

El derecho a un debido proceso legal, -según Rodríguez Rescia-, es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal” es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro²².

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso *Cattonar*, que en materia criminal la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales²³.

El debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, que no es, más que una consecuencia del monopolio del poder asumido por el Estado y la más importante manifestación del derecho de petición, que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra en el artículo 25²⁴. Las exigencias del principio general del debido proceso se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan, además de en aquellos principios generales, en los siguientes: el derecho de defensa en sí, el principio de legalidad, el principio de juez regular o natural, el principio de inocencia, el

21. García Belaunde, Domingo (2001) *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial TEMIS, Bogotá, p. 155

22. Rodríguez Rescia, V.M. (1998). *El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En: *Liber Amicorum* : Héctor Fix-Zamudio (p.1295-1328). Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

23. CSJN, 13-6-95, “Cattonar, Julio Pablo”, SAIJ N° FA95000183, reiterando sus propios precedentes

24. Rodríguez Rescia, V.M. (1998). *El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En: *Liber Amicorum* : Héctor Fix-Zamudio (p.1295-1328). Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

principio in dubio pro reo, el derecho a una sentencia justa, el principio de doble instancia y la cosa juzgada²⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que las “garantías judiciales” del artículo 8 de la CADH se refieren a la exigencias del debido proceso legal, al que definió como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos” (Corte IDH, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”²⁶.

7. LA IMPUTACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

La imputación penal tiene su raíz en la Constitución Nacional y, en el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, desde la esfera Convencional. Las exigencias de forma y fondo surgen del artículo 18 de la Carta Magna

El artículo 18 de la Carta Magna reza: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*

Encontramos en el texto una doble garantía, por un lado, *Ningún habitante de la Nación puede ser penado...* es decir, una garantía penal y, por el otro lado, *sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*, y esta, una garantía procesal.

En el ámbito Convencional las exigencias y requisitos de la imputación se encuentran contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷, que dice:

25. Rodríguez Rescia, V.M. (1998). *El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En: *Liber Amicorum : Héctor Fix-Zamudio* (p.1295-1328). Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/al7762.pdf>

26. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 27.

27. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter

En ese sentido, la Corte IDH ha afirmado que la exigencia de que una persona sea oída “es equiparable al derecho a un ‘juicio’ o a ‘procedimientos judiciales’ justos”. Sobre el particular, siguiendo al TEDH en los casos *Kraska vs. Switzerland*, *Van de Hurk vs. the Netherlands*, *Van Kück vs. Germany*, y, *Krasulya vs. Russia*, la Corte IDH²⁸ ha establecido que un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”. En consecuencia, el estándar jurisprudencial supone que un juicio justo es aquel en el cual una persona ha sido oída con las debidas garantías. De acuerdo con la Corte IDH, el derecho a ser oído comprende entonces dos ámbitos, el formal y el material. El *ámbito formal o procesal del derecho* implica “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)”. Por su parte, el *ámbito material del derecho*, supone “que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”. Para la Corte IDH²⁹, “[e]sto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”³⁰.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 letra a) dice:

irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior

28. Ver: Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EP-FRC.2008, párr. 75. Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 120.

29. Ver: Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 237.

30. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario, Segunda edición, 2019 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., p.269

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

8. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y SU RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DE IMPUTACIÓN. ACTO REGLADO Y ESTRUCTURADO, CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL.

El maestro Kelsen se preguntaba: “Quién es el culpable” es la pregunta en un hecho que viola las normas; quién obtiene los réditos de actuar con la ley. La norma brinda la respuesta a ambas preguntas, ella contiene la denominación del sujeto de la norma como uno de los elementos. La imputación es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma. Es muy importante tener en claro que esta vinculación, denominada imputación, realizado sobre la base de normas no es una conexión ni causal ni teleológica. sino de naturaleza muy especial, que justamente para llevarse a cabo sobre la base

de normas, puede ser llamada normativa³¹.

Afirma San Martín Castro que, como quiera que el objeto del proceso penal está conformado por un hecho (acción u omisión), es pues, necesario e imprescindible que se afirme el hecho, debidamente definido, con indicación de sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, lo que, a su vez, es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica³².

No hay imputación si los hechos no tienen apariencia delictiva, si solo se presumen los elementos o algunos de ellos, que conforman un hecho en su relevancia penal³³. El hecho -dice Donna- en el proceso penal, siempre es típico, o mejor es el injusto. El naturalismo actual hace que se hable de hechos, como si estos fueran neutros³⁴.

La imputación correctamente formulada -dice Maier- es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. La Imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y la proporcione su materialidad concreta³⁵.

31. El otro Kelsen (1989) Oscar Correas Compilador, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 308-309.

32. San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Volumen I. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, 2000, pp. 298-301-302

33. La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación José María Asencio Mellado Revista General de Derecho Procesal. 2016, 40: 33 p.

34. Código Procesal Penal Federal: comentado, Donne, Edgardo A., Días, Horacio L., 1ª edición revisada, Santa Fé, Ed. Rubinzal Culzoni, p.119.

35. Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000.

Por otro lado, Binder se refiere a la imputación concreta diciendo que, es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de límite al ámbito de la decisión del tribunal³⁶.

La imputación concreta -apunta Mendoza- es el deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal³⁷.

La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa, materializando una resistencia idónea. Es el presupuesto necesario de la garantía principio del contradictorio. En efecto, no es posible materializar un contradictorio si no se tiene una imputación concreta. El imputado sólo puede defenderse de una imputación definida. El derecho de defensa se enerva sino existe imputación concreta o necesaria y definida, susceptible de control³⁸.

Para Reátegui la imputación concreta exige casi un esfuerzo por definir “ex ante” los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal³⁹.

9. LA FORMALIZACIÓN DE IMPUTACIÓN. ACTO REGLADO Y ESTRUCTURADO

Resulta necesario para comprender el desarrollo del tema hacer un poco de memoria o repaso sobre los cimientos en los que se asienta el nuevo proceso penal correntino. La novel norma procesal en su artículo 2 sienta los principios y dice:

36. Binder, Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

37. Mendoza Ayma, Francisco Celis. (2012) La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo. Editorial San Bernardo, Arequipa. Perú, p. 99.

38. Ramírez, Enrique, Rojas, Yery Imputación concreta o necesaria. Una exigencia convencional para garantizar el derecho a una acusación previa y detallada, Revista Boliviana de Estudios Constitucionales -Número 7- Noviembre 2020. IJ-CMXXX-914

39. Reátegui Sanchez, James (2008) *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*. Palestra Editores, Lima, p. 80

Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

El sistema acusatorio es esencialmente oral, en audiencia, una de las instituciones, tal vez, más antiguas de la civilización humana: la Audiencia, entonces, es la garantía de oír al interesado con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados. Es la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo⁴⁰.

Mangiafico enseña, que el sistema acusatorio en su modalidad adversarial es un modelo que propone la construcción de la verdad en el proceso penal, en el marco de audiencias orales sucesivas que se estructuran en torno a la lógica del debate o competencia entre versiones o teorías frente a un tercero imparcial que es el juez⁴¹. La contradicción, donde las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, en todas las fases procesales, investigación, aplicación de alternativas, juzgamiento y ejecución de condena. Por otro lado, cada parte podrá proponer su propia teoría del caso y someterla a pugna con la contraparte y la inmediación, donde toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, así como de las partes que deban intervenir en la misma, sin que aquel pueda delegar en alguna otra persona el desarrollo de la misma. La información se extraerá de pruebas o de fuentes de prueba, evitando equivalentes probatorios de cualquier medio o naturaleza. Así, audiencia, contradicción e inmediación de las partes, en presencia de un tercero imparcial e imparcial como es el Juez de Garantías (que garantiza el debido proceso en toda su extensión) cierran el círculo virtuoso del sistema procesal penal acusatorio.

En efecto, nos surge el siguiente interrogante: ¿la formalización de la imputación es una audiencia⁴²?

40. Gordillo, Agustín (2009) Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo II, 9ª edición, Buenos Aires, F.D.A., pp. 447-448

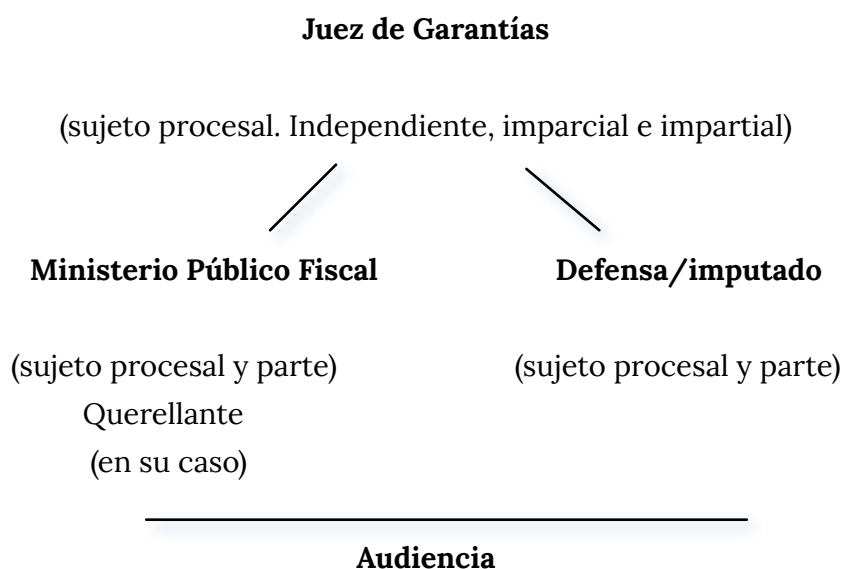
41. Mangiafico David (2018). Audiencias orales en la investigación penal preparatoria. Mendoza: ASC, p.1.

42. Nuevo Código Procesal Penal de Corrientes. Capítulo 3. Audiencias. Artículo 122:... En la audiencia se requerirá la presencia ininterrumpida de los jueces y de las partes que actúen. Las partes no tendrán obligación de asistir personalmente y podrán ser representadas por sus defensores o apoderados legitimados, salvo disposición en contrario. Si la parte que promovió la audiencia no compareciere, se la tendrá por desistida de su interés, salvo disposición en contrario. La incomparecencia de las demás partes no suspenderá ni perjudicará la realización de la audiencia, salvo disposición en contrario.

Artículo 123. Reglas generales. Registro. En el desarrollo de las audiencias se deberán respetar los principios de

Si la respuesta es por la afirmativa debe ser pública, salvo la de excepción como las audiencias unilaterales donde no hay contradictorio, pues, una de las partes se comunica con el juez, mientras que en las audiencias al menos dos partes, una que persigue (Fiscal) y otra que defiende (imputado-defensa) en clara contradicción y bilateralidad sobre un mismo hecho son arbitrados por un Juez imparcial e imparcial, el punto de referencia para garantizar el proceso penal es siempre el Juez de Garantías, la ausencia de este y de la audiencia y publicidad de la misma en la formalización de la imputación no garantiza la legalidad del acto, es que, de él pueden surgir cuestiones que precisen de una resolución jurisdiccional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosas ocasiones, sostuvo que el concepto del juez natural debe regir a lo largo de las diferentes etapas de un proceso y, así, proyectarse sobre las diversas instancias procesales, en la medida que el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores⁴³.

Proponemos un diagrama de la *Audiencia* en el proceso penal (en la etapa preparatoria) de la siguiente manera:



inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Los jueces no podrán suplir la inactividad de las partes y deberán sujetarse a lo que ellas hayan discutido.

43. Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. EP. 1998, párr. 161. Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 2009, párr. 280.

Ver: Corte IDH. Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 5 de julio de 2011, párr. 77.

10. DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA FORMALIZACIÓN DE IMPUTACIÓN. ALGUNOS EJEMPLOS

Si realizamos analogía entre las normas procesales veremos, por ejemplo, el artículo 280 de *formalización de la imputación* del nuevo proceso penal correntino nos encontramos con algunas sorpresas.

Empecemos por el Código Procesal Penal Federal⁴⁴ de Argentina, que en su Capítulo 4 trata el instituto en cuestión de la siguiente manera:

Artículo 254: *Formalización de la investigación preparatoria. Concepto. La formalización de la investigación preparatoria es el acto por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal comunica en audiencia al imputado, en presencia del juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta.*

A partir de este momento comenzará a correr el plazo de duración del proceso.

Reiteramos el texto de nuevo Código Procesal Penal de Corrientes, dice:

Artículo 280: *Concepto. La formalización de la imputación es el acto por el cual el fiscal, en presencia del imputado y con asistencia letrada:*

- a) Le informa los hechos que le atribuye, descriptos en la forma más precisa y circunstanciada que permita el grado de verificación que haya alcanzado la investigación;
- b) Le indica las pruebas de cargo que considera suficientes para atribuirle los hechos; y
- c) Le hace saber la tipificación penal que provisionalmente le adjudica a los hechos.

⁴⁴. Código Procesal Penal Federal. Aprobado por Ley N° 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley N° 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.482, el que se denominará "CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL (T.O. 2019)

El fiscal podrá delegar la realización del acto en un funcionario jerarquizado de la fiscalía, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente

Como vemos, el artículo 280 de la norma correntina es una copia casi textual de la norma procesal federal salvo, que han quitado: *en audiencia y en presencia del juez*.

Por su parte, el Código Procesal Penal chileno⁴⁵, dice:

Artículo 229. *Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.*

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México⁴⁶, por su parte, reza:

Artículo 311. *Procedimiento para formular la imputación Una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley. El Juez de control a petición del imputado o de su Defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere necesarias respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.*

45. Código Procesal Penal de Chile. Ley 19.696 del año 2000, modificado por Ley 21.212 del año 2020.

46. Código Nacional de Procedimientos Penales de México. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF 19-02-2021.

Ver: Artículo 309. Oportunidad para formular la imputación a personas detenidas La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.

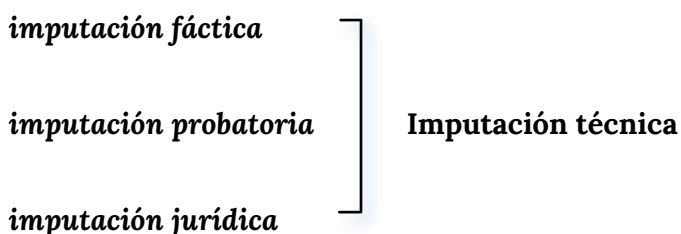
Como hemos visto, existe un acuerdo en la legislación procesal penal tanto en el ámbito nacional como internacional en la necesidad de la presencia del *Juez de Garantías* o *de Control* y en la audiencia propiamente dicha, cuando el Ministerio Público Fiscal realiza la formalización de la imputación, todo ello, para garantizar la legalidad del acto, el debido proceso, el derecho de defensa y para dar cumplimiento a los principios del proceso penal acusatorio, a saber: igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

El objeto procesal penal si bien es un hecho concreto, anterior y externo al proceso, se construye como resultado de los actos que le son inherentes, cuyo elemento nuclear es el hecho punible atribuible a un sujeto determinado como exigencia para configurar una imputación capaz de motivar y guiar la actividad jurisdiccional con la finalidad de obtener la punición⁴⁷.

11. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DE LA IMPUTACIÓN

Bien enseña La Rosa que, el proceso penal debe estar orientado a comprobar la realidad de la imputación, es decir, hacer cognoscibles los presupuestos normativos que se le imputan al individuo⁴⁸.

Ahora, analicemos normativamente, qué es o qué pretendió el legislador procesal, como imputación concreta que se resume en tres elementos:



Estos tres elementos unidos conforman la imputación penal en sentido técnico, de ahí qué, el Ministerio Público Fiscal debe completar los tres elementos, no alguno o

⁴⁷. C. Darina Ortega León La configuración de la imputación concreta: su trascendencia a la correlación imputación – sentencia. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46197.pdf>

⁴⁸. La Rosa, Mariano R., La prueba de indicios en la sentencia penal, LA LEY 30/09/2009, 8, comentario al Fallo: Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I ~ 2009-06-18 ~ Carrascosa, Carlos Alberto s/rec. de casación

algunos de ellos, siendo una exigencia de la norma procesal que tiene como fuente directa la Constitución Nacional como así también, aquellos Tratados Internacionales sobre derechos Humanos en que Argentina es parte, insertos todos ellos en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna.

Bien enseña la jurisprudencia extranjera que, con la imputación, se busca impedir el ejercicio arbitrario de la acción penal. Su actividad debe ser ejercida bajo el concepto de discrecionalidad reglada, pues el ordenamiento jurídico establece expresamente los requisitos para formular imputación y acusación, al igual que la forma como deben cumplir con esa labor⁴⁹.

En el ámbito del proceso -dice Taruffo- el contexto en función del cual se determina cuál es la descripción apropiada del hecho y, por tanto, cómo se define el objeto de la prueba, es el de la definición. La hipótesis que se asume aquí es, en efecto, que la determinación del hecho se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho. De esta hipótesis se deriva que el objeto apropiado de la prueba es el hecho que debe ser determinado, es decir, el hecho que es objeto de decisión⁵⁰.

Dicho acto procesal esencial, es decir, la *formalización de imputación* se encuentra, como lo habíamos dicho antes, en el artículo 280⁵¹ de la norma procesal correntina, y dice:

Concepto. *La formalización de la imputación es el acto por el cual el fiscal, en presencia del imputado y con asistencia letrada:*

- a. le informa los hechos que le atribuye, descriptos en la forma más precisa y circunstanciada que permita el grado de verificación que haya alcanzado la investigación;
 - b. le indica las pruebas de cargo que considera suficientes para atribuirle los hechos;
- y

49. C.S.J. SP, 11 dic.2018, rad 52322. Colombia.

50. Taruffo, Michele, *La Prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Cuarta edición, Madrid, 2011, pp. 95-96.

51. Código Procesal Penal Federal. Artículo 254.- Concepto. La formalización de la investigación preparatoria es el acto por el cual el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL comunica en audiencia al imputado, en presencia del juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. A partir de este momento comenzará a correr el plazo de duración del proceso.

c. le hace saber la tipificación penal que provisionalmente le adjudica a los hechos.

El fiscal podrá delegar la realización del acto en un funcionario jerarquizado de la fiscalía, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente.

Formalizar la imputación define una *imputación concreta*⁵². Cada una de las proposiciones fácticas deberá estar vinculada al hecho punible –que realizan los elementos del tipo– y su atribución a una persona. Pero la mera afirmación de proposiciones fácticas no satisface la necesidad de una imputación concreta. En efecto, afirmar un hecho punible y responsabilidad sin base indicativa, es *flatus voci*⁵³.

Así, el acto procesal que es la imputación –ahora formalmente– deja plasmado en el proceso penal “los hechos”, la *proposición fáctica* (inciso a, artículo 280) del Ministerio Público Fiscal con sus componentes. Dicho acto procesal al que referimos –que es reglado y estructurado– tiene carácter sustancial y que, a su vez, produce efectos sustanciales.

El núcleo de esa imputación –dice Maier–, es una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico– atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico–penales, pues contiene todos los elementos conforme a la ley⁵⁴.

De los incisos a, b, y c del artículo 280 se desprenden los requisitos del acto procesal reglado y estructurado, estos son:

inciso a

...le informa los hechos que le atribuye, descriptos en la forma más precisa y circunstanciada que permita el grado de verificación que haya alcanzado la investigación

Las palabras son más que palabras y en derecho, cobran una importancia inusitada. Dice Montealegre que, una palabra sin significado es un sonido vacío,

52. Código Procesal Penal de Corrientes. Artículo 280. Código procesal Penal Federal. Artículo 254.

53. Mendoza Ayma, Francisco Celis Imputación concreta aproximación razonable a la verdad Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N° 6 y N° 7 / 2010-2011 p. 85

54. Maier, Julio B. J. Derecho procesal penal, V. I., Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2002, p. 553

el significado es un criterio de la palabra y su componente indispensable. El pensamiento no se expresa simplemente en palabras, sino que existe a través de ellas. Todo pensamiento tiende a conectar una cosa con otra, o establecer relaciones, se mueve, crece y se desarrolla, realiza una función, resuelve un problema. Un pensamiento atraviesa una serie de fases y planos (el semántico y el fonético) antes de ser formulado en palabras. Así y bien lo explica Holliday, el lenguaje es la habilidad de significar en los tipos de situación o contextos sociales que son generados por la cultura. Hassemer sostiene que, un lenguaje incorrecto puede excluir un derecho correcto. Si uno se representa la enorme importancia que tiene el idioma correcto para el derecho en general, y para el derecho penal en particular, entonces es posible ver la fuerza de falsación del instrumento lenguaje en el derecho: la coincidencia de la sentencia judicial con la ley que la rige ya es un valor jurídico por sí mismo, prescindiendo de su contenido; la sujeción a la ley debe ser⁵⁵.

Nos detendremos por un momento en el análisis de las palabras que utiliza el legislador procesal en su redacción, veamos entonces, *verificación*

La Real Academia Española enseña que *verificar*⁵⁶ significa:

Del verbo transitivo: comprobar o examinar la verdad de algo.

Sinónimos: comprobar, examinar, probar, cotejar, confirmar, revisar, constatar, realizar, demostrar, evidenciar, justificar.

Ahora, en el proceso penal ¿cómo se verifica una proposición fáctica?

En esta etapa de investigación penal preparatoria, con evidencias que pueden ser materiales, digitales, documentales, audiovisuales o testimoniales.

Los elementos fácticos o hechos del relato constituyen el objeto del proceso penal. Ellos pretenden describir el hecho histórico supuestamente acaecido en el mundo

55. Coria García, Carlos A. *La prisión preventiva como adelanto de pena en la jurisprudencia de la provincia de Corrientes*. A propósito de Rosler: si usted quiere una garantía, compre una tostadora, Revista de Derecho Penal y Criminología Año XIV | Número 2 | Marzo 2024 • DPyC. pp 151-176.

56. <https://dle.rae.es/verificar?m=form>

real y, consecuentemente, conjeturado por la acusación como lo ocurrido en la realidad⁵⁷.

Siguiendo a Sánchez⁵⁸, ante el miedo a la represalia estatal es que se desarrolla un sistema de límite como autolimitación a su poder y la garantía operativa más básica de todas es “el hecho”. Para que el hecho sea lo más exacto posible es que se rigen de tres garantías que conforman entre sí un sistema funcional respecto a la verdad del hecho:

a) *Requisitos de Verificabilidad*, a través de los cuales se circunscribe el hecho acerca del cual hay que construir la verdad, busca encontrar la precisión.

Condiciones de Verificación, siendo estos los modos o maneras por los cuales el acusador tiene que construir la verdad.

c) *Reglas de Comprobación*, con ella se pretende demostrar que el hecho existió, pues, nadie que haya estado en el momento del hecho tiene la certeza de que el hecho haya existido, sino que quizás existió.

El hecho al que hace referencia el inciso a del artículo que comentamos tiene una doble composición, por un lado, lo que llamamos el *hecho global* o *proposición fáctica objetiva* que se compone de *circunstancias precedentes*, *circunstancias concomitantes* y *circunstancias posteriores*, es decir, todo lo que sucedió en el evento y por otro, la *conducta jurídicamente relevante* o *proposición fáctica subjetiva* del sindicado o sindicados, esta conducta jurídicamente relevante se encuentra inserta en el *hecho global*.

Retomamos y completamos el gráfico que presentamos antes sobre los elementos normativos de la imputación

57. Díaz, J. M. (2009). La correlación entre la acusación y la sentencia: una visión americana. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 24, 149-171.

58. Ivana M. Sánchez, La búsqueda del “verdadero culpable”. La verdad y su cambio de cambio de paradigma, Revista Pensamiento penal, p.19 Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48571-busqueda-del-verdadero-culpable-verdad-y-su-cambio-cambio-pdigmaara>

imputación fáctica	circunstancias precedentes	Imputación técnica
	circunstancias concomitantes	
	circunstancias posteriores	

imputación probatoria

imputación jurídica

Hagamos un ejercicio hipotético con un caso, que dice:

En fecha 3 de junio de 2023 siendo aproximadamente las 6 horas, en la intersección de calles Santo Domingo y Dinamarca de esta ciudad de Malvin (circunstancias precedentes), luego de que el imputado ISMAEL FISH estuviera teniendo una discusión con la víctima ANTONIO BROWN, es que el imputado ISMAEL FISH sale del domicilio donde residía transitoriamente (casa de ANASTACIO JUAREZ) portando un arma blanca tipo cuchillo en mano con intención homicida, es así que se inicia una pelea entre la víctima y el imputado ISMAEL FISH, finalmente el Sr. FISH apuñaló a ANTONIO BROWN en la zona del pecho ocasionándole la muerte (circunstancias concomitantes).

De las proposiciones fácticas, es decir el hecho global y la conducta jurídicamente relevante, debe existir una conexión clara entre los elementos de convicción o evidencias y el hecho o proposición fáctica en cuestión, y algo no menor, debe ser exhaustivamente verificado y controlado pero al mismo tiempo y en conjunto, no aisladamente. La conexión entre evidencias o elementos de convicción y la proposición fáctica necesariamente deben estar en consonancia.

inciso b

...le indica las pruebas de cargo que considera suficientes para atribuirle los hechos

La prueba de cargo a las que hacer referencia la norma procesal ¿qué son?

Puede considerarse prueba de cargo aquella encaminada a acreditar directa o indirectamente los hechos relevantes en un proceso penal; la existencia del delito y/o responsabilidad penal del procesado. En este sentido, para determinar si una prueba

de cargo es directa o indirecta hay que atender a la relación entre el objeto del medio probatorio y los hechos a probar en el proceso penal⁵⁹.

El sistema acusatorio es un método de aportación, todas las partes realizan aportes a la investigación para -como dice la norma procesal correntina⁶⁰- la elucidación del caso. Precisamente el proceso judicial -entiende Dwyer- es un ámbito colaborativo en el que sin embargo las partes van unidas hacia la conformación de la convicción del juez pero en este recorrido van separadas por el sesgo que le pone cada una a sus hipótesis jurídicas o fácticas⁶¹.

Entendemos que la *prueba* de cargo a la que refiere la norma procesal, estrictamente debería llamarse: *evidencia de cargo*, teniendo en cuenta que prueba es aquella que se produce en juicio oral y público y se incorpora al mismo de forma legal y legítima para su valoración jurisdiccional. Bien enseña Davis, probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos⁶².

inciso c

...le hace saber la tipificación penal que provisionalmente le adjudica a los hechos. El fiscal podrá delegar la realización del acto en un funcionario jerarquizado de la fiscalía, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente.

Entonces, la imputación concreta, -siguiendo a Centellas Soto⁶³-, debe contener:

a) Debe de existir un hecho concreto, además de la verosimilitud del mismo

59. Taruffo, Michele (2002) *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, pp. 455-458.

60. Código Procesal Penal de Corrientes. Artículo 154. Objeto de investigación. Libertad probatoria. Deberán investigarse todos los hechos y circunstancias de interés para la elucidación del caso, y podrán probarse por cualquier medio de prueba que no se encuentre expresamente prohibido por la ley.

Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y permitan el oportuno control de la prueba por todas las partes.

61. Dwyer, D. (2008). *The Judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University.

62. Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial*, 5.ª ed., Vol. I., Bogotá: ABC. p. 32

63. Centellas Soto, Henry Alexander.(2022) *Alcances doctrinales del principio de imputación concreta respecto a la construcción de la teoría del caso en el Perú* Ed. Nova Xavantina, MT: Pantanal Editora, p.67.

Dicho elemento, se refiere a que el hecho delictivo, debe de ser concreto, es decir, claro, como también verdadero, evitándose consignar, en todo momento, aspectos subjetivos.

b) Se debe de cumplir con la correcta calificación jurídica

La calificación jurídica, es de suma importancia, en el aspecto de que cuando el Representante del Ministerio Público, en sus disposiciones, consigna artículos errados, que no tengan relación con el hecho delictivo, se menoscabará enormemente el Derecho Constitucional de Defensa del imputado, a no poder contradecirlo técnicamente, y si en caso lo contradice, tendrá que efectuar doble defensa, vale decir, solicitar la respectiva corrección, como también petitionar que actúe conforme a sus atribuciones.

c) Se debe de cumplir con consignar todas las evidencias

El aspecto de la consignación de las evidencias, se refiere, al dominio del uso del dato indiciario, para que en lo posterior adquiera la calidad de prueba indiciaria, debiéndose consignar todas las evidencias, que se ha podido recolectar, con el objetivo, de plasmarlo en el requerimiento acusatorio, ello, en caso de que no se cuente con prueba directa.

El último inciso se refiere a la imputación jurídica, es decir: Homicidio Simple en calidad de autor, artículo 79 y 45 del Código Penal, por ejemplo, es decir, el *nomen juris*.

Lo que tenemos, entonces, es que la formalización de imputación como acto procesal que es reglado y estructurado con carácter sustancial y, principalmente, de efectos sustanciales vinculantes, que implica la atribución en circunstancias de modo, tiempo y lugar, agravadas o atenuadas, a título de autor o partícipe con soporte en las acreditaciones probatorias o evidencias de cargo.

No debe confundirse la adecuación típica material con la adecuación formal. Aquella recae sobre los hechos que se extraen de los elementos de conocimiento, mientras que esta solo sobre la enunciación fáctica de la imputación o acusación, al margen de su fundamentación probatoria⁶⁴.

64. Pabón Gómez Germán Si la imputación o acusación no expone todos los componentes fácticos que configuran

En rigor de la imputación necesaria y el cumplimiento de sus elementos entra en escena la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, en efecto, veamos el segundo y tercer párrafo del artículo 70 de la norma procesal.

Principios de actuación. *El fiscal, tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones, y en su actuación se regirá por los principios de objetividad y lealtad procesal.*

Conforme al principio de objetividad, el fiscal deberá investigar las circunstancias del hecho que pudieren resultar favorables al imputado, y efectuar los requerimientos que procedan en su beneficio.

Conforme al principio de lealtad procesal, el fiscal no ocultará a la defensa ninguna prueba que haya conocido o colectado, salvo cuando se hubiese decretado la reserva.

En lo que respecta a la *objetividad* como mandato que refiere la norma procesal diremos o, mejor dicho, diferenciemos dos momentos cruciales, el primero es la etapa de investigación penal preparatoria donde el deber de *objetividad* del Ministerio Público Fiscal debe ser ultra operativo y bajo estricto control jurisdiccional, pues, resulta que es una etapa primigenia y dinámica de la investigación donde no hay una *determinación del hecho*.

Ahora, superada esa etapa y presentada la formal acusación, superado el filtro de *objetividad* del persecutor público en la investigación, surge la *determinación del hecho* y por lo tanto, el Ministerio Público Fiscal puede sostener y fundar la acusación en juicio oral y público, es decir, cree que con las evidencias de cargo recolectadas puede lograr acreditar tiempo, modo y lugar de los hechos, la calidad de participación del o los acusados y la imputación jurídica que le atribuye a la *conducta jurídicamente relevante*, el artículo 293⁶⁵, dice:

Oportunidad de la acusación. Correlación con la formalización de la imputación. *Luego de practicada la formalización de la imputación, y cuando el fiscal considere reunidas pruebas suficientes para fundar una acusación sustentable en juicio, declarará*

el supuesto de hecho de alguna norma sustancial, necesariamente quebranta Derechos fundamentales. Disponible en: <https://kaminoashambhala.blogspot.com/2024/07/si-la-imputacion-o-acusacion-no-expone.html>

65. Código Procesal Penal de Corrientes.

cerrada la etapa de investigación preparatoria y formulará la acusación.

El intervalo entre la formalización de la imputación y la acusación no podrá ser inferior a treinta (30) días, salvo los casos expresamente previstos por este Código.

La acusación fiscal sólo podrá referirse a las personas, hechos y circunstancias que se hayan incluido en la formalización de la imputación, pero podrá indicar una tipificación penal distinta de la asignada en esa oportunidad.

La acusación del fiscal surtirá los efectos que prevé el artículo 67 inciso c) del Código Penal.

Efectos sustanciales de la formalización de imputación

El legislador procesal y en cumplimiento de la Constitución Nacional obliga al Ministerio Público Fiscal a cumplir los requisitos del artículo 280 y al Juez de Garantías a controlar que se cumplan.

¿Por qué?

Justamente por los efectos sustanciales que genera la imputación, acto previo y obligatorio para solicitar, por ejemplo, medidas de coerción, es decir, entre otras, privar de la libertad a un ciudadano.

En la norma procesal correntina en su artículo 233 se lee lo siguiente:

Presupuestos de la solicitud de medidas de coerción. El fiscal podrá solicitar la imposición de medidas de coerción luego de haber procedido a la formalización de la imputación conforme el artículo 280.

En caso de que el fiscal solicite las medidas de coerción previstas en los incisos a) al g) del artículo 232, deberá justificar la motivación en que fundó la formalización de la imputación.

Pero si solicita el arresto domiciliario o la prisión preventiva, deberá justificar que la prueba obtenida permite sostener fundadamente la probabilidad de que el hecho delictivo ha existido y que el imputado ha participado en su comisión.

Insistimos nuevamente con las palabras, pues el derecho es concepto y significado contruidos con palabras.

La Real Academia Española tiene dicho que *justificar* significa

Del verbo transitivo: Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos.

Sinónimos: demostrar, argumentar, probar, evidenciar, acreditar, explicar.

...de que el hecho delictivo ha existido: el hecho es pues, no la adecuación típica, por ejemplo, de homicidio simple sino, la conducta jurídicamente relevante narrada en el hecho y las circunstancias de hecho.

Por su parte, el artículo 17 de la norma procesal de Corrientes, dice:

Restricciones a la libertad. *Las medidas restrictivas de la libertad deberán fundarse en la existencia de peligro de fuga u obstaculización de la investigación.*

Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de pruebas suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de la libertad, conforme a las reglas de este Código.

Conclusión

A modo de conclusión (parcial) dejamos un interrogante para continuar en la próxima entrega, ante la arbitrariedad del Ministerio Público Fiscal que imputa sin reunir los requisitos de la imputación concreta o necesaria ¿es la nulidad la herramienta contra esa arbitrariedad del Ministerio Público Fiscal?

Creemos que la respuesta es afirmativa, la nulidad absoluta de la imputación es el remedio procesal para encausar la investigación penal preparatoria dentro de los contornos del Estado de derecho para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso legal.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

Estructura y funciones epistémicas de la etapa intermedia

Nicolás Schiavo

Estructura y funciones epistémicas de la etapa intermedia

por Nicolás Schiavo¹

1. INTRODUCCIÓN

La configuración contemporánea de la etapa intermedia en los procesos penales de corte acusatorio,² responde a una profunda transformación de la comprensión funcional del juicio como núcleo estructurante del proceso, pero también con ciertos compromisos epistemológicos vinculados a la determinación de la verdad de los predicados fácticos, y —entre los diversos errores posibles— una marcada preferencia hacia la evitación de condena del sujeto materialmente inocente.³

Por lo tanto los procesos de reforma, entre los que se insertó el modelo bonae-rensense, no implicó un mero cambio técnico-procedimental, sino que también fue un legítimo impulso para una reelaboración del sistema, como de las condiciones de litigabilidad destinadas a satisfacer aquella clave epistémico-institucional.

Es por ello que este tránsito desde los modelos inquisitoriales hacia los actuales de inspiración adversarial, también implicaron una resignificación del rol asignado al control jurisdiccional, que dejó de estar limitado a las verificaciones formales o

1. Abogado (UBA), especialista en derecho penal y criminología (UNLZ), doctor en derecho (UBA), doctorando en epistemología e historia de la ciencia (UNTREF), profesor de grado en razonamiento probatorio (UBA), profesor en posgrado en razonamiento probatorio y en juicio por jurados (UP).

2. Aquí se utiliza de modo indistinto “sistema acusatorio” y “modelo adversarial”, aunque como señala Miranda Estámples, se trata de términos claramente distinguibles, así señala: “La utilización del término ‘adversarial’ para etiquetar los procesos penales que han surgido de este movimiento de renovación cambio y transformación de las estructuras procesales latinoamericanas...es en mi opinión profundamente perturbador. Basta constatar que este término o el de ‘Adversary System’ —de origen inglés y que no está reconocido en la DRAE—es ajeno a la cultura del civil law de la cual somos herederos. Al igual que el término ‘acusatorio’ es ajeno a la cultura del common law y no es prácticamente utilizado por la doctrina científica y la jurisprudencia estadounidense...”, Miranda Estámples, Prologo, en Neyra Flores, *Tratado de derecho procesal penal*, T. 1, Idemsa, Lima, 2015, pp. 19-20. Aquí no se cuenta con el espacio para dar cuenta de estas diferencias, y del impacto que ellas tienen en los correspondientes diseños institucionales del proceso. Pero a cualquier evento, el distingo no modifica los aspectos centrales del tópico abordado.

3. Un análisis de la naturaleza de los errores de adjudicación y la distribución de los mismos véase en Schiavo, *Función distributiva del estándar probatorio*, Hammurabi, 2023.

de regularidades procesales, para orientarse a un análisis sustantivo de la hipótesis acusatoria.

En este amplio campo de reformas Maier había advertido sobre la importancia asignada a esta función de control intermedio, la que no podía ser comprendida como un trámite neutro o mecánico, sino que representaba una verdadera instancia de validación racional del paso del conflicto hacia el espacio judicial de confrontación. Si bien —en sus términos— la etapa intermedia organizaba el juicio penal aunque no lo sustituía, tampoco presuponía un trámite acrítico donde la función se limitara a verificar correcciones formales. Por el contrario, esta instancia fue originariamente prevista como la de un específico control de las condiciones mínimas para que el juicio se pudiera desarrollar como una instancia racional de apoyo epistémico a una conclusión adjudicativa positiva (declaración de culpabilidad), y no como una simulación de contradicción, sin anclaje epistémico,⁴ donde se autorizara un acto de autoridad subjetivo en reemplazo de razones suficientes para decidir.⁵

Desde esta perspectiva, la pregunta central es *histórico-institucional*, ya que introduce el interrogante sobre *¿por qué el legislador consideró necesario habilitar a un juez de garantías a valorar la solidez sustantiva del requerimiento fiscal como condición de apertura del juicio?*

Como señala un sector de la doctrina la etapa intermedia no es un residuo burocrático del proceso inquisitivo,⁶ sino que representa punto de inflexión normativo cuya finalidad es la de asegurar que el poder punitivo solo acceda al juicio cuando la pretensión acusadora se encuentra mínimamente justificada, tanto en términos formales como materiales.

Es esta exigencia de justificación —no un tecnicismo procesal— lo que otorga a la etapa intermedia su espesor normativo, como filtro epistémico destinado a preservar la integridad del juicio y proteger al sistema de decisiones arbitrarias o vacías de sentido argumentativo.

4. Maier, *Derecho procesal penal. Parte general. Actos procesales*, T.3, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 453.

5. Censurando esta posibilidad, véase Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2025.

6. Del Río Labarthe, *La etapa intermedia. Requisitos para una decisión de elevación a juicio*, Lima, Instituto Pacífico, 2021, pp. 47-48.

Esta transformación normativa y jurisprudencial tampoco puede comprenderse sin atender a la evolución funcional del proceso penal de la Provincia de Buenos Aires, cuyo ordenamiento procesal expresamente incorporó este problema en su art. 323 inc. 6 CPP, al conceder la posibilidad de que el juez de garantías decreta el sobreseimiento cuando los elementos de convicción reunidos no permitan “sostener la acusación en juicio”.

Esta cláusula no se limita a una evaluación formal del acto acusatorio, sino que implica un juicio de admisibilidad mínima epistémica, anclado en una determinada concepción de racionalidad jurídica.

En términos normativos ello también se traduce en una exigencia de explicabilidad probatoria sustantiva como condición de validez del requerimiento fiscal de elevación a juicio. El artículo 335 CPP impone al Ministerio Público la obligación de exponer “clara y circunstanciadamente” el hecho que se atribuye, acompañar la fundamentación jurídica correspondiente y ofrecer las pruebas que sustentan la acusación.

Esta disposición no puede ser interpretada como una exigencia formal, ya que comporta un estándar de inteligibilidad y de racionalidad mínima, que impide convalidar imputaciones opacas, genéricas o incapaces de articular una hipótesis explicativa con base a la evidencia reunida.

En esa clave, la validez del acto de requerimiento no se agota en su regularidad técnica, sino que depende de su capacidad para construir una hipótesis fáctica comprensible, jurídicamente calificable y susceptible de contradicción razonada. De este modo, la estructura legal del requerimiento actúa como un filtro complementario a los previstos en los artículos 285 y 323 CPP asegurando que el juicio sólo se habilite frente a imputaciones susceptibles de sostenerse racionalmente ante un tribunal imparcial.

Desde una perspectiva epistemológica, una exigencia de este tipo puede ser comprendida como un compromiso asumido por aquél que propone una hipótesis jurídicamente relevante para cambiar el *estatus quo* de inocencia. Es decir, quien predica un caso debe presentar el conjunto de evidencias que se esperarían encontrar en el contexto del caso, si aquél predicado fáctico fuera plausible de corresponderse con la verdad.

Bajo esta concepción, la imputación únicamente podría ser admitida a juicio cuando fuera posible realizar una prognosis de que sometida a un decisor imparcial, este podría contar con razones suficientes para arribar a un hallazgo positivo de la culpabilidad en función de la explicabilidad conjunta de las evidencias relevantes proporcionadas. Por el contrario, si la estructura misma de la imputación, y la evidencia reunida, no lograra satisfacer ese extremo —allí donde ningún decisor racional podría arribar a una razonable conclusión condenatoria, sin incurrir en un vicio de arbitrariedad—⁷ el proceso no podría proseguir, y el único desenlace procesal legítimo, bajo la regulación procesal bonaerense, es la del sobreseimiento (art. 323 inc. 6 CPP).

Aunque podrían concebirse otros mecanismos institucionales para resolver este dilema —como sería la remisión de la causa a una etapa de investigación suplementaria hasta alcanzar el umbral de procedencia— el legislador bonaerense optó por una solución más taxativa, dada por el cierre anticipado mediante el sobreseimiento por insuficiencia probatoria. Lo que no es dable, en todo caso, es expresar una desavenencia con la solución alcanzada por el legislador, en base a diluir el fundamento de control que la etapa intermedia ha instituido.

La decisión normativa bonaerense no es universal, y diversos sistemas procesales comparados han optado por un subconjunto de soluciones diversas, pero todas ellas respetan el principio de que no debe ser conducido a juicio una hipótesis probatoriamente deficitaria que aumenta el riesgo de condena errónea.

Así, por ejemplo, el ordenamiento procesal francés, el *juge d'instruction* puede ordenar diligencias complementarias antes de resolver sobre la clausura de la etapa instructora, mientras que el sistema alemán establece que un tribunal puede rechazar la apertura del juicio y reenviar el expediente al fiscal para que agregue nuevas actuaciones que satisfagan el estándar previsto (§ 203 CPP). En estos dos supuestos se privilegia una lógica de flexibilidad y progresividad antes que una decisión terminal como lo hace la legislación bonaerense.

7. Sobre los alcances de la arbitrariedad de sentencia por deficiencias en el fundamento de hecho, véase Genaro R. Carrio, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pp.197.

En el caso de España, bajo este mismo carril, el juez puede, al amparo del art. 780 LECrim, suspender la decisión sobre la apertura a juicio y ordenar diligencias complementarias solicitadas por las partes, lo que impide una clausura prematura del proceso; mientras que el Código Procesal Penal chileno faculta al juez de garantías a rechazar la acusación cuando no cumple los requisitos normativos, sin disponer la necesaria decisión de sobreseimiento, salvo que se verifique para ello un obstáculo insalvable. En todos estos modelos, la evaluación de procedencia admite una elasticidad institucional que permite subsanar ciertas deficiencias. Pero como se dijo antes, esta no es la opción bonaerense que impone umbrales rígidos por medio de los cuales cuando el titular de la acción presenta una acusación no respaldada por las evidencias que se deberían encontrar para el supuesto de que la hipótesis fuera plausiblemente verídica (es decir, una hipótesis que no puede ser explicada racionalmente) el proceso debe cerrarse, en una arquitectura normativa que refuerza el lugar epistémico de la etapa intermedia.

De este modo, la etapa intermedia se instituye como una instancia crítica de depuración epistemológica del proceso penal, en la que el rol del Ministerio Público adquiere una densidad argumentativa que trasciende la mera postulación acusatoria.

2. FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL MODELO ACUSATORIO

El actual proceso penal bonaerense se estructura conforme al modelo acusatorio en el cual las competencias, las cargas procesales y las garantías se distribuyen entre los actores conforme a sus respectivas funciones.

Dentro de este esquema, el Ministerio Público ejerce la titularidad de la acción penal pública, aunque ya no de modo exclusivo,⁸ dirige la investigación preparatoria y tiene la responsabilidad institucional de requerir la elevación del caso a juicio, conforme a los principios de legalidad, objetividad y contradicción.

8. El art. 334 CPP admite la acusación formulada por el particular damnificado cuando el Ministerio Público desiste de hacerlo, situación que profundiza y consolida la ley 15.232. De todos modos, la investigación, y la potestad de formular cargos (art. 308 CPP) sigue siendo exclusiva del Agente Fiscal; lo que permite mantener el carácter público de la acción penal. Esto último, que es condición irrenunciable en razón del contenido sustantivo vinculado al ejercicio del *ius puniendi*, monopolizado por el Estado, también torna abarcativo de estos limitados supuestos de acusación particular, las consideraciones epistemológicas que aquí se realizan.

Es decir, no le basta con promover la acción penal, sino que debe hacerlo bajo condiciones regladas que habiliten el control jurisdiccional sobre la suficiencia formal y sustancial de la imputación, conforme a lo previsto por los artículos 323 y 335 CPP.

A diferencia del modelo inquisitorial, en el cual la acumulación de funciones —investigar, acusar y juzgar— recaía en una misma figura, generando riesgos estructurales de parcialidad, el moderno modelo acusatorio instauró una separación funcional estricta entre los órganos responsables de la investigación y de la decisión. Esta distinción respondió a una exigencia básica de imparcialidad procesal, cuya finalidad era la de evitar que quien había intervenido en la conformación del caso fuera luego quien lo resolviera. Como ha sostenido Maier, la separación entre las funciones de instrucción y decisión no era un principio formal, sino que representó un imperativo de justicia derivado del ideal republicano de proceso penal como garantía frente al poder punitivo del Estado.⁹

En efecto, el modelo acusatorio organiza los roles institucionales, pero también estructura el proceso como una secuencia ordenada de actos finalizados a la producción de un juicio válido, que tiene como finalidad la aplicación de la ley sustantiva bajo una pretensión veritativa del predicado fáctico que habilita la realización de la función punitiva.

En esta lógica veritativista, la etapa intermedia deja de ser una bisagra inercial, para asumirse como una estructuralmente necesaria para garantizar que el caso llegue a juicio con las condiciones mínimas de estabilidad procedimental y racionalidad epistémica. Por lo tanto, la legitimidad del juicio, como escenario decisorio, se vincula con el cumplimiento de ciertas condiciones que deben ser verificadas por el juez de garantías, cuando ello es reclamado por la defensa.¹⁰

Una de las claves de esta estructura radica en el diseño de un procedimiento de control con funciones específicas que si bien no son equivalentes a una decisión sobre el fondo del caso, si estructura un examen sobre la formulación del conflicto donde debe evaluarse que la acusación cumpla una condición mínima de razonabi-

9. Maier, *ob.cit.*, pp.465.

10. El modelo de control de razonabilidad epistémica, en la legislación procesal bonaerense, es dependiente de la oposición de la defensa (art. 337 CPP), lo que remarca su carácter adversarial.

lidad para que ella se torne plausible a los fines de sustentar un hallazgo positivo de culpabilidad.

Es en este sentido que la etapa intermedia opera como un dispositivo estabilizador del proceso penal, ya que formaliza el objeto, delimita el conflicto, organiza la prueba y garantiza el derecho de defensa, pero lo hace sin colonizar el espacio de decisión reservado al tribunal de juicio. Para comprender esta función es posible realizar una distinción de tres supuestos en los que se formulan exámenes de ejemplares prototípicos, que cuyo contenido será profundizado en el punto tercero de este ensayo.

En el primero de ellos (caso 1), es posible señalar que la correlación entre la hipótesis y las evidencias relevantes permiten asumir un déficit irreversible en el que ningún decisor razonable podría suministrar razones suficientes para condenar; estos son los supuestos contemplados por el art. 323 inc. 6 CPP; pero que se distinguen de un segundo supuesto donde existen hipótesis en disputa sobre la explicabilidad del conjunto de las evidencias relevantes disponibles (caso 2), o un supuesto en que se presenta una única hipótesis (la de acusación) que es explicativa de las evidencias, y todas ellas son las que se pretendería encontrar en el supuesto de que el predicado fáctico fuera tenido por veraz (caso 3).

Esta perspectiva institucional permite modular las cargas procesales que asume el Ministerio Público, en tanto órgano con facultades de impulso también se encuentra compelido a cumplir los deberes de control y contención.

La asunción de que todo caso debe llegar a juicio, por la mera voluntad del acusador, no forma parte del paradigma acusatorio. Por el contrario, el sistema exige una selección racional del litigio y un ejercicio responsable del poder de acusar.¹¹

En definitiva, el fundamento estructural de la etapa intermedia, en el modelo acusatorio bonaerense no se agota en su utilidad práctica, sino que responde a una lógica de diseño institucional orientado a preservar la calidad decisoria del juicio penal. En tanto componente funcional del sistema, esta etapa organiza el paso de la pretensión punitiva desde su configuración inicial hasta su formulación procesal definitiva,

11. Gustavo A. Herbel y Nicolas Schiavo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado y anotado*, T.2, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 406 y ss.

y lo hace bajo condiciones de control que refuerzan, antes que debilitan, el carácter contradictorio, público y deliberativo del juicio penal.

Esta arquitectura normativa también explica por qué el CPP de la Provincia de Buenos Aires ha optado por un sistema de control voluntario del requerimiento de elevación a juicio, donde el examen sustantivo de la acusación por parte del juez de garantías sólo procede a instancia de parte, cuando la defensa solicita el ejercicio del derecho de contradicción (art. 337 CPP).

Esta configuración no responde a una omisión legislativa, sino a una opción deliberada que preserva la división funcional de roles característica del modelo acusatorio. La iniciativa del control no puede quedar oficiosamente en manos del órgano judicial sin riesgo de comprometer su imparcialidad, ya que ello implicaría conferirle competencias inquisitivas contrarias a su función de tercero.

En cambio, al habilitar un mecanismo dialéctico, a partir de la imputación de la defensa, el legislador refuerza la lógica contradictoria del proceso, en tanto evitar que el juez actúe de oficio como filtro sustantivo del caso, lo cual podría anticipar indebidamente, una evaluación del fondo.

En este sentido, el control voluntario garantiza simultáneamente la posibilidad de excluir acusaciones infundadas y neutralidad del juzgador frente a la estrategia de las partes, sin desnaturalizar la función de jurisdicción limitada que le corresponde en la etapa intermedia.

3. ANÁLISIS EPISTÉMICO DE SUFICIENCIA PARA PROCEDER

La racionalidad del proceso penal acusatorio exige que toda pretensión de apertura del juicio sea sometida a un control institucional previo, no sólo en términos formales o procedimentales, sino también desde una perspectiva sustantiva centrada en la justificación epistémica de la imputación.

Esta exigencia se expresa normativamente en el artículo 323 inc. 6 CPP, al habilitar el sobreseimiento cuando “los elementos de convicción reunidos no permiten sostener la acusación en juicio”.

Dicha cláusula no remite a una evaluación probabilística, ni a una prefiguración del juicio de culpabilidad, sino a un estándar mínimo de plausibilidad razonable que debe satisfacer toda hipótesis acusatoria para ser admitida como litigable.

La pregunta central que se impone, por lo tanto, no es si la acusación es verdadera, sino si puede ser racionalmente sostenida bajo condiciones institucionales del juicio.

Este desplazamiento implica abandonar modelos deductivos o probatorios tradicionales para adoptar un enfoque basado en la explicabilidad racional; cuyas herramientas conceptuales son proporcionadas por la epistemología naturalizada, toda vez ella propone una evaluación empírica de las prácticas de justificación sobre la base de su eficacia, coherencia y función adaptativa dentro de un sistema de creencias.¹²

En este contexto la validez de una hipótesis no depende de su verificación deductiva ni de su conformidad con un ideal normativo abstracto, sino de su capacidad para integrarse coherentemente en un marco explicativo razonable, susceptible de ser debatido y eventualmente confirmado o refutado.

Este esquema fue sistematizado por Ronald Allen (*et.al.*),¹³ mediante una tipología que distingue tres casos, según la estructura epistémica que presentan en el momento del control intermedio, tal como se indicó en el apartado anterior.

En el caso tipo 1, se da cuenta de aquellas situaciones en que la relación entre hipótesis acusatoria y la evidencia disponible es insuficiente de manera irreversible.

En estos supuestos no existe una conexión inferencial mínimamente racional entre lo afirmado y probado; es decir, la hipótesis de cargo no es explicativa, no puede razonablemente preverse que la litigación posterior permita reconstruir una base sólida de justificación.

12. W.V.O. Quine, W. V. O. "Epistemology Naturalized", en *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press, New York, 1969, pp. 75-78.

13. R.J. Allen, E. Swift, D.S. Schwartz, M.S. Pardo, A. Stain, *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems and Cases*, 6ª ed, Wolters Kluwer, 2021, pp. 107.

En tales contextos, permitir la apertura del juicio equivaldría a autorizar una persecución carente de estructura racional, con el consiguiente riesgo de arbitrariedad decisoria. Este es, precisamente, el supuesto contemplado por el art. 323 inc. 6 CPP, cuya interpretación —aquí propuesta— impide elevar a juicio hipótesis estructuralmente inviables, por más que ellas hubieran sido formuladas con corrección formal o convicción subjetiva por el Ministerio Público.

En el caso tipo 2, se constata una disputa epistémica genuina. Aquí la hipótesis acusatoria presenta una estructura explicativa razonable, aunque discutible y existen evidencias que permiten reconstruir tanto una versión inculpante como una alternativa exculpatoria. La tensión se manifiesta no en la ausencia de explicación, sino en la existencia de explicaciones contrapuestas plausibles.

Aquí, la apertura del juicio no sólo es procedente, sino necesaria, en tanto el conflicto no puede resolverse sino mediante el mecanismo dialéctico del debate público, con intervención del juez o jurado, y sometimiento a reglas de valoración en condiciones de contradicción efectiva. El juicio se justifica no como castigo anticipado, sino como un procedimiento racionalmente diseñado para resolver desacuerdos epistémicamente fundados.¹⁴

El caso tipo 3, por su parte, exhibe una hipótesis acusatoria robusta, completa, coherente y exclusiva (la defensa no disputa explicaciones alternativas). Es un supuesto donde la evidencia disponible permite sostener con claridad que el conjunto de evidencias reunidos coincide con lo que se esperaría encontrar si los hechos atribuidos fueran verdaderos.

En este este escenario el juicio se presenta no como una necesidad epistémica, sino como garantía institucional. Son casos donde la acusación ha alcanzado un nivel tal de plausibilidad que la prosecución del caso no requiere una justificación adicional (litigable), sino que institucionalmente reclama un control jurisdiccional definitivo.

Esta clasificación tripartita no cumple una función meramente teórica. Por el contrario, ella permite fijar un umbral institucional claro, donde solo los casos tipo 2 y

14. M.S. Pardo y R.J. Allen, "Juridical Proof and the Best Explanation", *Law and Philosophy*, 27(3), 2008, pp. 223-268.

3 justifican la elevación a juicio, mientras que los del tipo 1 caen dentro de las previsiones del art. 323 inc. 6 CPP, justificando el sobreseimiento.

El principio que subyace a esta distinción es el de la inteligibilidad racional de la acusación, donde sólo puede litigarse lo que puede explicarse de modo razonable.

Esta exigencia no es una invención doctrinal, sino que está legalmente inscripta en el art. 335 CPP cuando exige que el fiscal formule su requerimiento de modo claro y circunstanciado al hecho que atribuye, incluyendo las pruebas que permiten sostener su verosimilitud. Por lo tanto la claridad, exposición, pertinencia probatoria y coherencia no son requisitos retóricos, sino que representan condiciones epistémicas mínimas de litigabilidad.

Desde esta perspectiva, el juicio penal no puede ser comprendido como un espacio de experimentación retórica destinado a la imposición de unas subjetividades por sobre otras; pero tampoco es una prolongación inercial de la investigación donde se procure elucidar aquello que *prima facie* no fuera plausiblemente razonable. Por el contrario, el debate está reservado para los casos en que la hipótesis de cargo cumple con un estándar de plausibilidad explicativa que la haga, al menos, racionalmente debatible. Este estándar no equivale a *certeza*, ni siquiera a probabilidad elevada en sentido estadístico, sino que trata de la posibilidad de construir una narrativa inferencial robusta, fundada en evidencia legalmente admisible y susceptible de ser confrontada en juicio.¹⁵

Esta concepción epistémica también explica por qué el sobreseimiento por insuficiencia probatoria no constituye un obstáculo a la acción penal, sino una manifestación de la racionalidad estructural del proceso.

Como sostiene M. Pardo, el proceso penal no busca establecer la verdad en abstracto, sino justificar decisiones prácticas bajo condiciones institucionales de racionalidad.¹⁶ En esa línea, la hipótesis que no puede ser explicada en juicio sin incurrir en arbitrariedad no debe ser sometida a debate. Si la estructura de la evidencia no permite sostener la imputación, insistir en su prosecución no sólo viola el principio

15. D. Dei Vecchi, "Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error", *Doxa*, 43, 2020, pp. 404.

16. M.S. Pardo, "The Nature and Purpose of Evidence Theory", *Vanderbilt Law Review*, 66(2), 2010, pp. 647-603.

de inocencia, sino que erosiona el fundamento mismo del juicio como mecanismo institucional de resolución de desacuerdos públicos.

Finalmente, debe advertirse que esta concepción no implica una exigencia de completitud absoluta, ni prueba definitiva en la etapa intermedia. Lo que se requiere no es demostrar la culpabilidad, sino una justificación estructural mínima que permita sostener la prosecución del caso como racionalmente admisible.

Es decir, esto significa que incluso frente a lagunas probatorias o contradicciones parciales, puede procederse al juicio si la hipótesis acusatoria ofrece una explicación coherente del conjunto disponible y existe expectativa razonable de que el debate permitirá resolver las zonas de ambigüedad.

Por el contrario, cuando el déficit es de tal magnitud que ninguna persona imparcial podría, sin arbitrariedad, sostener la hipótesis de cargo, el único desenlace compatible con la lógica epistémica del proceso adversarial es el de disponer el sobreseimiento, tal como lo establece el art. 323 inc. 6 CPP.

4. CONCLUSIÓN

La etapa intermedia en el proceso penal bonaerense, lejos de ser una simple bisagra procedimental, se configura como un momento estructuralmente necesario para garantizar que únicamente las hipótesis acusatorias racionalmente explicables accedan al juicio.

Esta función estabilizadora no se agota en aspectos formales, sino que demanda una coherencia epistémica mínima que legitime el tránsito hacia la etapa decisoria.

Desde una perspectiva funcional, el modelo acusatorio no delega en la voluntad del Ministerio Público la definición unilateral del objeto del juicio, sino que impone un estándar institucional de razonabilidad que habilita o impide la prosecución del caso. La racionalidad del juicio depende, así, de la inteligibilidad y plausibilidad de la imputación, condiciones que el juez de garantías —frente a la oposición activa de la defensa— debe verificar al momento del control intermedio.

La tipología epistémica naturalizada que aquí se reconstruye permite distinguir con claridad entre hipótesis inviables, debatibles y sólidamente constituidas, fijando

prototipos precisos para decidir sobre la prosecución o el cierre del proceso. En todos los casos, el principio rector es la necesidad de justificar la continuación del procedimiento bajo condiciones racionales, compartibles con el diseño garantizador del proceso penal destinado a minimizar el riesgo de error adjudicativo de falso positivo.

Por todo ello es que la etapa intermedia no implica un filtro discrecional, ni una mera instancia ornamental, sino que representa un espacio en el que se pretende resguardar la integridad epistémica del juicio penal, asegurando que este no se convierta en una ficción formal, sino en un mecanismo institucional orientado a resolver desacuerdos de manera legítima, bajo condiciones de racionalidad y contradicción.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 7 - Derecho Comparado

La dirección de la policía en el proceso penal bonaerense

Fabián Uriel Fernández Garelo

La dirección de la policía en el proceso penal bonaerense

Por Fabián Uriel Fernández Garelo¹

Menos daña la mala ejecución que la falta de decisión
Baltasar Gracián².

‘El Maestro dijo: aquel que trabaja en otra hebra destruye toda la tela’
Confucio, *Analectas* II, 16.

Si las reflexiones que pretendo³ acercar se limitaran a la enumeración de la normativa que rige la materia, correría diversos riesgos: subestimar al lector -lejos de mi espíritu-, provocar el canónico aburrimiento de la reiteración inercial de artículos e incisos, pontificar sobre la necesidad de cumplir con leyes que todos conocemos; intentaré confeccionar unas líneas cuyo contenido contenga propuestas mínimas que propongan un camino tras la superación de problemas vigentes. Agradezco la invitación para formar parte de la obra.

Está por demás claro, que en el sistema procesal de la provincia de Buenos Aires, le corresponde al Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF) la dirección de la agencia policial (en adelante PPBA), en orden a la realización de aquellas tareas que importen el aseguramiento de personas y pruebas, a los fines de llevar adelante su función;

1. Abogado (UBA) y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA). 8 años de función pública en: Poder Ejecutivo Buenos Aires (1977-1994), Poder Constituyente Federal (1994). Poder Legislativo Municipal (1995-1998) y Poder Judicial Buenos Aires (1998-2025). Ex Profesor de Derecho Constitucional (UFASTA). Ex Juez de Garantías. Fiscal General de Mar del Plata.

2. La frase se atribuye habitualmente al autor del *Arte de la Prudencia* (1647); se la reconoce bajo otros formatos: ‘Es mejor actuar y arrepentirse que no actuar y arrepentirse’ (Nicolás Maquiavelo), ‘Tómate tu tiempo para deliberar, pero cuando llegue el momento de actuar, deja de pensar y actúa’ (Napoleón Bonaparte), en tanto que otros, se la atribuyen a Peter Drucker (‘El problema de mi vida y en la vida de otras personas no es la ausencia de saber qué hacer, sino la ausencia de hacerlo’); aun con sus variantes, la idea queda clara, y postulo un corolario: se puede corregir aquello que está hecho en forma deficiente, pero es muy difícil recuperar el tiempo perdido por no haberlo hecho, pues queda para el futuro, no sólo hacerlo, sino también, corregir sus deficiencias.

3. La utilización de la primera persona del singular puede ser de un uso no recomendable, pero en este caso en particular, señala que este autor será único responsable de lo que aquí se exprese.

en materia legislativa, el organismo de auxilio se conoce como la ‘policía en función judicial’, y su misión, es colaborar en el esclarecimiento de los delitos que ocurren en un territorio determinado.

Expuesto el lineamiento de la propuesta en el primer párrafo, y el motivo de su finalidad en el segundo, daré curso a una serie de observaciones que surgen de la experiencia en el ejercicio de la función, y me propongo aportar sugerencias que permitan una mejor adecuación de roles en el marco de tales interacciones institucionales.

1. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO DE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS

En toda actividad humana, una gestión de *dirección*, supone una serie de condiciones a modo de presupuestos básicos, que permitan realizar la finalidad propuesta en un marco de organización tal, mediante los cuales, la relación que conserven las partes suponga la integración en un todo coherente; este concepto de disposición adecuada de medios teniendo en cuenta el orden de su fin⁴, en el tema a tratar, adquiere superlativa importancia, toda vez que el conocimiento cabal de la función de cada uno de los actores en el proceso, importa la piedra basal para arribar a un resultado respetuoso de garantías convencionales, constitucionales y procesales, que permita a los tribunales una decisión en justicia.

Subyacen en estos primeros conceptos una serie de especificaciones que no pueden obviarse: en la gestión de la dirección, en primer lugar, alguien dirige y alguien es dirigido; una relación que exhibe una peculiar característica en nuestra disciplina procesal penal, debido a que ambos funcionarios no pertenecen al mismo poder del Estado, vale decir, no existe entre ellos una relación de subordinación administrativa, que permita regular dicha dependencia en un ámbito diferente al común respeto por las normas del rito que los amalgama en la tarea común.

4. Aristóteles, *La Política*, libro I, capítulo 1: *es también de necesidad, por razones de seguridad, la unión entre los que por naturaleza deben respectivamente mandar y obedecer (pues la naturaleza no hace nada mezquinamente sino que acomoda cada cosa a un fin particular, y de este modo cada instrumento alcanza su perfección mayor al servir no a muchas cosas, sino a una sola) La administración de justicia es el orden de la comunidad política*. Si bien el Estagirita utilizaba expresiones propias de la época, toda vez que analizaba los principios de la relación entre el señor y el esclavo, en sustancia, las conclusiones a las que arribaba son enteramente aplicables a las relaciones políticas, empresariales u organizacionales de cualquier naturaleza o período histórico (v.g. *“Y esto porque es mejor la obra realizada con mejores elementos, y donde una manda y otros son mandados hay una obra en común”*).

Este es un primer problema, del cual derivan una serie de consecuencias perniciosas para el buen éxito del objetivo; por ahora sólo mencionaré, que la imposibilidad de elegir a un colaborador para tan sensible empresa, importa un déficit que sólo es observable en la función pública, pues en cualquier tarea de *dirección* en el ámbito privado, la selección de colaboradores la efectúan quienes tienen la responsabilidad de conducir. Efectivamente la elección, designación y asignación a un territorio de un policía, por parte de las autoridades policiales, obliga al Ministerio Público Fiscal a trabajar con ese policía, y no con otro.

Expuesto el Agente Fiscal a esta primera cuestión, podrá refutarse que el Estado debe proveer a los efectores judiciales de personal policial capacitado para que responda en forma eficiente, a los requerimientos que realizan los titulares de la acción pública, frente a cada hecho delictivo en el que deben intervenir. También podría argumentarse que la capacitación y organización adecuada de la fuerza policial, permite superar cuestiones vinculadas a las cualidades personales de los colaboradores; sin importar la jerarquía, nombre o apellido, la agencia policial debiera proveer eficiencia al MPF.

No siempre ha sido solidaria la realidad con estos últimos asertos, ni con los fines propuestos desde 1998.

En tal sentido son insuficientes las normas que ha dispuesto el legislador provincial⁵ para regular las complejas relaciones de dependencia funcional y dependencia administrativa que se entrecruzan en la tarea común; como nunca, se impone en la especie aquella afirmación neotestamentaria que indica *'nadie puede servir a dos amos, porque odiará a uno y amará al otro, o bien despreciará a uno y se apegará al otro'*⁶, toda vez que existe un cúmulo de situaciones que conspiran contra el trabajo en conjunto, cuando no se verifica una conducción única en la tarea de un mismo investigador policial.

De tal forma, aun asignando agentes idóneos para la función, el sistema orgánico de la policía provincial no tiene en cuenta la estabilidad del investigador en su cargo; el ascenso de un efectivo policial que lo hace acreedor a una función de mayor respon-

5. Artículos 267, 268, incisos segundo y tercero y 293 a 298 de la ley 11922 y sus modificatorias.

6. Mateo (6:24) y Lucas (16:13).

sabilidad -y su traslado consecuente-, suele ser una habitual disposición inconsulta que se presenta en algunos casos; los relevos por jubilaciones y traslados, aun sin mediar ascensos del personal, también conspiran contra la continuidad de equipos en la delicada tarea de construir confianza y reserva para este tipo de actividades.

No sólo el MPF no puede elegir al investigador, tampoco la disposición de los mismos responde a patrones de estabilidad funcional y capacitación admisible para las tareas encomendadas. En tal sentido, aun cuando las policías judiciales de España⁷, Italia y Francia⁸, no resultan estrictamente policías judiciales en sentido puro, toda vez que las mismas dependen de sus Poderes Ejecutivos, lo cierto es que la selección y permanencia de quienes las integran, se efectúa bajo los controles del Poder Judicial⁹.

Como adelanté, son insuficientes las normas de nuestro rito, porque el MPF no tiene posibilidad alguna de exigir antecedentes de capacitación, estabilidad funcional territorial en los destinos de los policías que resultan idóneos para actuar en función judicial, y aún más, para el caso de advertirse alguna disfuncionalidad -aun sin llegar a configurar delito- que importe un déficit profesional, no existe un organismo perteneciente al ámbito judicial, que separe de la denominada policía en función judicial, a dicho funcionario, y que a la vez lleve un registro centralizado para que no pueda ejercer ese tipo de funciones en ningún otro sector de la provincia; frente a observaciones que realiza un Agente Fiscal, en orden al mal desempeño de un policía en función judicial, la conducción policial se limita a cambiarlo de destino para que trabaje con otro Agente Fiscal, en diferente departamento judicial, y en muchas ocasiones continúa normalmente su carrera sin observación o demérito alguno.

7. Por caso la ley 2/86 del reino de España, tiene en cuenta la territorialidad y especialización delictiva de los miembros de la Policía Nacional y la Guardia Civil, para conformar la Policía Judicial.

8. Con las variantes propias de cada uno de estos países, cada aspirante que pertenezca a la policía administrativa, necesita haber superado un curso específico de formación en Policía Judicial, que incluye conocimientos de derecho penal y procesal, técnicas de investigación criminal, y procedimientos de levantamiento de pruebas. A su vez, una específica aceptación por parte de organismos judiciales para desempeñar tales roles, y en algunos casos, una vez que es asignado un Policía Judicial para trabajar con un organismo judicial, no puede ser removido de su destino; se comprenderá fácilmente que esta última disposición apunta a evitar que desde los organismos del Poder Ejecutivo se interfiera en el buen orden de la investigación que lleva adelante un organismo judicial. Por otra parte, la pertenencia de un policía administrativo a la Policía Judicial, en modo alguno retrasa su carrera de ascensos, cuestión que importa una debida protección para quienes realizan investigaciones bajo mandato judicial, que puedan afectar a miembros de otros poderes del Estado.

9. Sobre este punto resulta interesante la obra colectiva dirigida por Edmundo Hendler, *Sistema Procesales Comparados*, ed. Ad-Hoc, 1999. Aun cuando alguna de las normas que allí se citan pertenecientes a otros países, pueden haber tenido alguna clase de modificación; junto a otros autores destacados, analiza el funcionamiento policial en distintos sistemas procesales, circunstancia que sustancialmente guarda vigencia en cada uno de ellos.

Nuestras realidades nos han demostrado que no se ha advertido, a la espera de una demorada puesta en marcha de la Policía Judicial pura bonaerense, una transición que lleva lustros, y con ello, la inesperada supervivencia de una policía en función judicial al estilo de los países mencionados, pero sin las exigencias que en ellos, permite su funcionamiento adecuado.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN (1998-2025)

Teniendo en cuenta que la provincia de Buenos Aires hace veintisiete años que inició su proceso de reforma ritual hacía un esquema de naturaleza acusatorio, no podemos dejar de revisar, siquiera brevemente, algunas cuestiones que no se han realizado en forma paralela y contemporánea, aun cuando ambas instituciones (Poder Judicial y Policía provincial) pertenecen a una misma estructura político-constitucional bonaerense; no se trata de dos provincias diferentes.

En la geometría proyectiva existe un principio fundamental que la distingue de la geometría euclidiana, y que puede expresarse de la siguiente forma: *‘todo par de rectas paralelas en el plano euclidiano, se interceptan en un único punto en el infinito’*. Si por un momento interpretamos que cada una de esas dos paralelas son ambos organismos mencionados (MPF y PPBA), podríamos concluir que debieran actuar como paralelas de trazado permanente, y que su punto de infinito, siempre está en la culminación de un proceso conforme a derecho, sea cual fuere el resultado final. El problema es que las dos paralelas no han avanzado de igual forma hacia el punto de infinito, y con esto, resulta difícil ubicar el sitio de intersección; en otros términos, se ha desmerecido la unidad del esfuerzo perjudicando el resultado en el conjunto.

Me limitaré a enunciar algunas cuestiones que se han reiterado desde 1998 hasta la fecha:

- a. La comunidad jurídica se mostró ampliamente movilizada ante el cambio del sistema procesal penal. Se multiplicaron los cursos de capacitación en entidades intermedias como los Colegios de Abogados, el Poder Judicial, el noble Consejo de la Magistratura de la provincia se dispuso a efectuar la selección de quiénes iban a ocupar los diferentes cargos que se proveían para el sistema, se realizó una intensa actividad para readecuar la función de aquéllos que habían trabajado en el denominado sistema Joffré respetando sus estabilidades funcionales, se dictaron

las normas necesarias elaboradas por juristas provinciales convocados al efecto, y se buscaron consensos políticos legislativos, disponiéndose los presupuestos necesarios a todo evento. En síntesis, y aun con las dudas de organización que todos advertíamos en orden a no fracasar en la tarea constitucionalmente dispuesta, se hizo un gran esfuerzo, no sólo para poner en marcha el sistema, además, para dar vida a cada uno de los institutos que el mismo contemplaba. Acaso el empeño mayor después de setiembre de 1998, fue hacer efectivo el canon de oralidad, en condiciones de seguridad jurídica para todos. Este motor de cambio, no tuvo su correlato en la otra 'paralela' (PPBA).

b. A poco de hacernos cargo de las nuevas funciones, muchos jefes policiales nos referían que nadie los había capacitado para comprender sus nuevos, y ahora limitados, roles en el proceso. El MPF debió cubrir estas falencias en los primeros meses de aquella nueva vigencia procesal, distribuyendo sus tareas entre sus obligaciones funcionales y el necesario auxilio de capacitación a las fuerzas policiales. Este aspecto no es una mención sólo anecdótica cuya finalidad sea alimentar las estatuas del procerato del MPF, por el contrario, constituye una primera muestra del inicio y paulatina falta de convergencia de las paralelas sobre el punto de unión en común: el proceso penal.

c. La cuestión está estrictamente ligada a las tareas de dirección en la investigación que le corresponden al MPF, habida cuenta que en la relación de dirigente y dirigido, si no existe una conducción orgánica unificada, cuando menos debe existir un código de normas de actuación compartidas, y una capacitación adecuada que oriente hacia principios de acción común, que permitan superar los desafíos que plantea cada investigación.

d. Por el contrario, arreciaban en medios periodísticos, las voces de resistencia al nuevo sistema, cuestión que más allá de los matices, en definitiva, suponían una ignorante defensa de todo aquéllo que quería superarse: el recorte de atribuciones a funcionarios policiales era presentado como una verdadera limitación al poder de la policía, y solía agregarse, que mediante estos mecanismos '*nadie más iba a ir preso*'. Era una constante escuchar de parte de las víctimas, una remanida frase

instalada por efectores policiales a quienes no se les había brindado capacitación para el sistema: *‘ahora los que investigan son los Fiscales y no consiguen órdenes de allanamiento’*.

No puedo dejar de mencionar, que en función de planteos de esta naturaleza, en alguna administración provincial, se pensó en dar marcha atrás con el sistema acusatorio y volver a un esquema de naturaleza inquisitiva; a punto tal, que se convocó una audiencia pública en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia, acerca de la cual, daré cuenta en los párrafos que siguen¹⁰. La lógica de la idea era que los Fiscales no sabían investigar, como lo habían hecho los Jueces de Instrucción con el cúmulo de facultades que acumulaban; en realidad, el problema era y es, que a unos y a otros, siempre se les han negado mecanismos de investigación idóneos. El escritor inglés Lewis acuñó una frase adecuada para describir la cuestión: *‘... con una especie de atroz simplismo, extirpamos el órgano y exigimos la función... Nos reímos del honor y nos sorprende descubrir que hay traidores entre nosotros. Castramos, y apostamos a que el caballo castrado sea fértil...’*¹¹

e. En semejante trance, y mediando la mora constitucional de la implementación de la Policía Judicial, el sistema de investigación de la provincia sufrió una crisis que dura hasta el presente, más allá del esfuerzo de sus efectores, tanto en el ámbito del MPF como en la PPBA. Los caminos de ambas paralelas no se siguieron trazando a igual ritmo, y como consecuencia de ello, el MPF avanzó en la medida de sus posibilidades en una subrogación de tareas que no son estrictamente propias de sus miembros. *Dirigir judicialmente una investigación, en modo alguno significa, ser un investigador*; esta confusión ha sido habitual y se ha escuchado reiteradamente por aquellos años, aun en algunos ambientes que debieran comprender la diferencia. No voy a extenderme demasiado con esta cuestión, pero basta un ejemplo: el Agente Fiscal sabe que para probar un homicidio se debe realizar una autopsia, pero es el médico forense quien la lleva a cabo.

10. Ver nota al pie 15 del presente trabajo.

11. LEWIS, C.S., *La Abolición del Hombre*, ed. Andrés Bello, pg.32.

Lo expuesto no obsta, a que en muchas dependencias del MPF sus miembros hayan tenido que desarrollar artes básicas de investigación, para suplir las deficiencias que se vienen mencionando. Las medidas adoptadas en este sentido, serán explicitadas en el capítulo siguiente.

f. Casi al mismo tiempo que se inauguraba el sistema procesal, se disolvió un organismo que existía en la PPBA, y que podría haber sido de utilidad para sobrellevar una instancia de transición hacia la creación de la Policía Judicial; me refiero a la Dirección de Asuntos Judiciales, cuyo diseño institucional permitía a los Jueces de Instrucción del sistema Joffré, contar con oficiales de policía capacitados a quienes se les asignaba desde el Poder Judicial, causas más complejas, a partir de la confianza que se tenía en los mismos. La supresión de este organismo generó un vacío que nunca fue sustituido por estructura funcional alguna.

Una lógica respetuosa de la transición del sistema hubiera aconsejado reforzar este organismo, y aún más, prepararlo para una transferencia paulatina de cargos hacia la Policía Judicial, tal como ha ocurrido con el sistema cordobés. La posibilidad de selección por parte del MPF de aquellos oficiales que podrían haber sido parte de tal transferencia, hubiera aventado cualquier clase de contaminación de prácticas no admisibles en la función judicial. La frustración de tal posibilidad, nos enseña una vez más, que la búsqueda de soluciones en los extremos, suelen ser de realización imposible¹².

g. Por el contrario se optó luego de varios años, por llevar a la práctica dos decisiones incompatibles con una adecuada racionalidad en el

12. En este punto no puedo dejar de referir una situación que se produjo hace algunos años: me llama por teléfono un Intendente municipal de mi conocimiento -ajeno al departamento judicial de Mar del Plata- y me dice que un prestigioso policía había sido pasado a retiro (luego de trabajar en esclarecimiento el homicidio de José Luis Cabezas!), y había vuelto al mismo domicilio del cual se había ido treinta años atrás para hacer el curso de ingreso a la Policía en la escuela Juan Vucetich; seguía habitando la misma humilde vivienda -es decir, a pesar de ser Comisario General, parecía que la función sólo le había deparado ingresos para mantener a su familia-, y era tal su prestigio, que frente a cada hecho delictivo que había en la zona, la gente le acercaba a él, la información de quienes habrían participado en los mismos, en lugar de llevársela a los policías que se encontraban en funciones. Como consecuencia de lo expuesto, este policía retirado tenía una actividad intensa y el Intendente quería aprovechar la experiencia y confianza que se le prodigaba. Le respondí en aquella ocasión que no existía estructura orgánica alguna para aprovechar tal oportunidad, y que en todo caso, el Fiscal de intervención se limitara a tomarle una declaración testimonial para incorporar la información en la causa respectiva. Un verdadero desaprovechamiento de experiencia, talento y confiabilidad del personal policial honesto que suele jubilarse a temprana edad. No es el único caso que conozco.

empleo de los recursos públicos: por una parte se duplicó la planta de personal policial en la PPBA para asignar casi exclusivamente a tareas de prevención (i), en tanto que por la otra, se sancionó una ley de Policía Judicial (ii) que importaba poco menos que igualar la cantidad de personal que tenía la institución policial del Ejecutivo, yuxtaponiendo funciones y tareas con la Policía provincial, y con una exigencia presupuestaria muy lejos de hallarse a tono con la realidad de los recursos públicos de la provincia de Buenos Aires.

El resultado de (i), ha sido una constante intensificación de aprehensiones en flagrancia, cuestión que por la disminución de la pena en expectativa dispuesta por el código penal¹³, licua condenas, incrementa el índice de reiterancia y reincidencia¹⁴, genera en la sociedad la sensación de la denominada ‘puerta giratoria’, y con esto, en el mismo transgresor de la ley penal, la idea de anomia¹⁵. De contarse con los cuerpos de investigación adecuados, el MPF podría ir detrás de los mismos trasgresores mediante investigaciones que acrediten concursos materiales de delitos, mecanismo mediante el cual, la composición de pena arrojaría otros resultados. La prevención es necesaria y un axioma fundante de la seguridad pública, pero en nuestro caso, es un índice que además muestra el fracaso del sistema de investigación.

En el departamento judicial de Mar del Plata, se estima que sólo el 9% de la institución policial está asignada a tareas de investigación en la Dirección de Investigaciones local; fuera de ello, el resto labora en funciones de seguridad, investigación del narcomenudeo o tareas administrativas¹⁶.

13. Artículo 44 del código penal.

14. Las penas cortas dificultan el desarrollo de programas adecuados de capacitación laboral, de estudios o tratamiento de adicciones, con la idea de reingresar al interno a la sociedad y evitar su reincidencia.

15. Resulta llamativo que se le impute a la justicia la construcción de la denominada puerta giratoria, cuando en realidad confluyen dos aspectos para generar esa impresión: por una parte, las normas que contiene el código penal en orden a la tentativa, ya citadas, y por la otra, las decisiones de estrategia operacional de la seguridad pública, toda vez que la asignación de gran cantidad de personal policial al patrullaje en detrimento de la asignación a tareas de investigación, importa automáticamente generar aprehendidos en la categoría de flagrantes por el tipo de actividad que desarrolla la policía administrativa. Es cierto, tal como se refiere en los medios de prensa, que *‘los delincuentes siempre suelen ser son los mismos’*, pero si vamos a buscarlos casi exclusivamente mediante el mecanismo de flagrancia, las condenas se licuan conforme lo dispuesto en el código penal; se impide al MPF construir pena mediante concursos materiales por investigaciones eficientes (*¶ anulamos el órgano y exigimos la función ¶. Op. Cit*).

16. En ocasión de ser convocado a una audiencia pública en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia, sobre política criminal de la provincia de Buenos Aires, llevada a cabo el 8 de febrero de 2000, manifesté en forma expresa:

La consecuencia de (ii), ha sido una nueva frustración en materia de implementación de la Policía Judicial, la necesidad de una nueva ley¹⁷ con una mayor dosis de racionalidad presupuestaria, y una nueva demora en su implementación.

h. Ante tal panorama, la cuestión se vio agudizada, con la adhesión que efectuó la provincia de Buenos Aires a la ley 23.737, mediante la cual se asume la denominada desfederalización del comercio de estupefacientes en causas de microtráfico¹⁸. Esta medida que se presentó como una posibilidad de efectiva lucha contra el narcotráfico, con el correr de los años exhibe a una justicia provincial, que ha debido hacer frente a la imposición legal con los mismos recursos de investigación y de estructura judicial, que tenía en forma previa a tal decisión; nunca llegaron a la provincia de Buenos Aires los fondos legalmente prometidos y constitucionalmente debidos¹⁹, para hacer frente a esta descentralización federal de competencias.

Un Poder Judicial provincial, que habitualmente interviene en causas de alta complejidad (homicidios, robos calificados, abusos sexuales, criminalidad organizada, por citar sólo algunos), ha tenido que dedicar ingentes recursos a este fenómeno creciente, que en modo alguno ha disminuido desde el año 2006 en adelante; por otro lado, el problema tiene una importante arista vinculada a la salud pública, y para atender

¿está fallando el código aquí, o lo que no tenemos es un proceso de investigación? Acabo de decir que en Mar del Plata el 90 % es flagrancia, esto significa que 350 policías generan este fenómeno y el resto no sé dónde están ni que hacen, salvo en los casos graves en donde sí, se observa dedicación y esclarecimiento hablo de la necesidad de reforzar y de organizar la Policía Judicial. Tengo entendido que en 1991 la policía de la provincia tenía un presupuesto de 591 millones de pesos y que actualmente es más de 1000 millones (aclaración: durante ese período rigió el sistema de la convertibilidad) ¿no habrá que adecuar esos presupuestos? ¿no habrá que aprovechar decrecimientos vegetativos -bajas, retiros de personal civil de la policía- y adjudicar partidas al Poder Judicial para que pueda funcionar la Policía Judicial.

En el documento sobre las Condiciones de Detención en la provincia de Buenos Aires (RC 2301/18), confeccionado por el Tribunal de Casación provincial, y en orden al análisis de los canales de ingreso y egreso al sistema de prisionalización (punto 1.3, pg. 23) se indica expresamente que el incremento de tales ingresos, se debe entre otras cosas, a la sobredimensión de aprehensiones, agregándose que así se repasa la información proporcionada por el último informe del RUD (Registro Único de Detenidos) el 88 % de ese número total de 45000 personas, responde a supuestos de flagrancia.

Dieciocho años después de aquella intervención en la Honorable Cámara de Diputados, los porcentajes de las aprehensiones en flagrancia, se han mantenido constantes.

17. La nueva Ley 15.005 de Policía Judicial, deroga la Ley 14.424 (sancionada en 2012, nunca permitió la puesta en funcionamiento del organismo). Esto se debe a que se han volcado los recursos policiales casi exclusivamente a la prevención.

18. Ley 26.052.

19. Artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional.

una cuestión de salud, debieran estar los hospitales en lugar de los centros de detención.

El extendido consumo de sustancias ilegales en la delincuencia común y en la sociedad, ha incrementado la estadística del delito en los restantes rubros de intervención, motivo por el cual, el esquema de investigación ha sufrido una doble consecuencia en orden a sus exigencias de competencia provincial: por un lado, la investigación de narcomenudeo sin fondos nacionales, en tanto por el otro, el incremento de la demanda de escasos recursos de investigación para el resto de los delitos, debido a esta problemática.

i. No puede soslayarse en este camino transitado desde 1998, la cantidad de reformas y contrarreformas realizadas sobre la estructura policial, debido a que han influido de forma notoria sobre la operatividad de la mencionada institución auxiliar de este MPF; citaré tan sólo algunas que permitan un breve pero conocido panorama de la cuestión: cierre de institutos de formación; transformación de destacamentos en comisarías sin variar sus plantas de personal; creación de cargos territoriales de control interno policial, que superan en número a la cantidad de departamentos judiciales²⁰; acceso a tareas de conducción policial de oficiales sin la capacitación suficiente por el cierre de aquellos institutos; incremento cuantitativo de personal sin la realización de la adecuada capacitación; creación de un sinnúmero de dependencias descentralizadas que no dependen del jefe policial de mayor jerarquía en la zona, cuestión que suele derivar en problemas de mandos cruzados y siempre privilegiando las tareas de prevención²¹; se diluyen responsabilidades funcionales por este último mecanismo. El efecto de esta clase de medidas impacta directamente sobre la tarea de conducción en investigaciones por parte de este MPF; podría decirse que sólo en los homicidios aparece algún jefe policial acompañando en el lugar del hecho al Fiscal, para recibir las co-

20. Durante mucho tiempo coincidían las jefaturas departamentales policiales con las ciudades cabeceras de los departamentos judiciales, circunstancia que facilitaba la comunicación con los jefes respectivos.

21. Suele ser un comentario habitual de los jefes de la denominada dirección de investigaciones (DDI), que les sus-traen personal de investigaciones para cubrir eventos de seguridad (vg. partidos de fútbol, tareas de interceptación en la vía pública para evitar robos de taxis y colectivos), motivo por el cual se desafectan de manera transitoria los escasos recursos de investigación a los fines de cubrir tareas de prevención.

rrespondientes instrucciones particulares, debido a que en la mayoría de los delitos se comunican con los miembros del MPF, oficiales de baja graduación y escasa comprensión de las tareas judiciales, dado la lógica inexperiencia que poseen.

j. El voluntarismo nominalista-constructivista seducido por querer cambiar la realidad por la sola sustitución de los nombres, llegó al punto de denominar a quienes actualmente son jefes de las DDI (direcciones de investigaciones departamentales) como ‘gerentes’ de investigaciones departamentales, cuestión que duró poco tiempo, pues se debe haber advertido que se mostraba institucionalmente una inconveniente denominación propia de la actividad lucrativa privada.

Ha sido una constante el cambio de nombres de dependencias policiales, jerarquías y mezcla se escalafones, exhibiendo acciones inconsecuentes con los alcances de una verdadera reforma policial, o por lo menos, con una adecuada estructuración funcional de la agencia de seguridad, en aras de su funcionamiento democrático y eficiente.

k. Ninguna agencia de seguridad a nivel nacional o provincial ha cerrado o sustituido sus organismos de capacitación bajo ningún concepto; esto sólo ha ocurrido en la provincia de Buenos Aires, bajo distintas excusas que han afectado de manera notoria la calificación y carrera de su personal policial.²²

l. En los sistemas judiciales comparados, se observa que la actividad del Fiscal está limitada a *analizar* las pruebas que le acerca la fuerza policial o los cuerpos de investigación que se encuentran a disposición del Ministerio Público; en el caso de la provincia de Buenos Aires, parte de la actividad cotidiana del Fiscal y su equipo directo,

22. Téngase en cuenta, tan solo para adunar un detalle grave, pero de cita adecuada a los fines de este empeño, que en el caso de la Prefectura Naval Argentina, intentó un golpe de Estado durante el mandato de un presidente constitucional, el 3/12/1990; sin embargo, a nadie se le ocurrió cerrar su instituto de formación o distribuirlo por las provincias del litoral marítimo, y en general, se observa en el personal de esa institución que suele colaborar con nuestro MPF, un alto grado de profesionalismo y respeto por la función encomendada, con plena reserva y apego a normas convencionales, constitucionales y legales. Cuando una institución esencial del Estado republicano no funciona, sería de esperar que se separe a los miembros que no resultan idóneos para formar parte de la misma, en lugar de desarmarla.

está dedicada a *hallar y producir la incorporación* de la prueba al proceso, circunstancia que importa una notoria diferencia, y a la par, una confusión de funciones y prácticas que merecen ser corregidas.

3. ACTUALIZANDO LOS PROBLEMAS

El cuadro de situación expuesto se ha desarrollado en un marco previsible al momento de la reforma de 1998, y de innegable verificación en la actualidad. Se ha incrementado notoriamente el efecto de las adicciones de sustancias ilegales en todos los ámbitos de la vida social, entre ellos, en el delito; se ha asumido la competencia del narcomenudeo; esto último ha llevado a encontrarnos en el territorio con una creciente violencia que se manifiesta en cada uno de los tipos penales de intervención ordinaria de esta provincia; consecuencia directa de ello, ha sido el desborde que se observa en materia de violencia de género²³ y abusos sexuales intrafamiliares, sólo a título de ejemplo.

La escena física del lugar del hecho, en muchos casos, se ha transformado en una escena virtual, y con ello, la necesidad de contar con personal especializado y recursos técnicos actualizados para recuperar los rastros digitales del delito; la aparición de la inteligencia artificial plantea nuevos desafíos, que no siempre se han manifestado hasta la fecha, pero se conjeturan de un fuerte impacto en el ámbito de las estafas por medios digitales; el refugio de activos provenientes del delito en el ámbito de las criptomonedas completa parte del panorama.

El siglo XX se vio marcado por un importante avance en materia de investigación criminal, cuyos ejes más notorios podrían identificarse en la dactiloscopia, la genética, la medicina forense y diversas disciplinas criminalísticas. En el transcurso del presente siglo, con una sociedad más compleja, anónima en las grandes ciudades, perfiles falsos en las redes sociales, con poco compromiso por lo público, se avizora un panorama crítico en orden a los medios que dispone este MPF para enfrentar tales desafíos; en otros términos, ya no alcanza con un médico

23. Siete de cada diez mujeres que formulan una denuncia por violencia de género, manifiestan que sus parejas se han tornado violentos desde que empezaron a consumir sustancias tóxicas ilegales.

forense dispuesto a realizar una necropsia, toda vez que es necesario sumar otra clase de capacidades para nutrir de material probatorio al proceso penal.

Como resultado de lo expuesto en el capítulo anterior, y el prefacio del presente, el MPF ha reaccionado a lo largo de estos años, multiplicando las tareas de su estructura, aun con la misma cantidad de personal o renunciando a incrementarlo, en favor de esquemas de investigación que no cubre la PPBA ni la demorada Policía Judicial²⁴.

a. La aparición de las Fiscalías especializadas en toda la provincia importa un remedo, acaso insuficiente, para encarar la tarea constitucionalmente encomendada. En realidad, los esquemas de especialización en la investigación debieran hallar anclaje en la fuerza policial (sea judicial o ejecutiva) y no en las oficinas del Fiscal. Esto ha llevado, a que deban ser los Fiscales los que concentren la información respecto de determinados ámbitos del delito, a los fines de hacer un seguimiento cercano de la evolución de los factores humanos y materiales que intervienen en el mismo. Si bien es cierto en algunos casos la especialización de una Fiscalía, es una exigencia propia de la naturaleza del delito a investigar, también es cierto, que salvo en el caso del delito económico, otro tipo de especializaciones se han debido a la imperiosa necesidad de sustituir tareas de investigación que son propias de la fuerza policial; en términos prácticos, la concentración de información de determinados rubros del delito se ve favorecida por la existencia de una Fiscalía especializada, pero en realidad, la tarea de reunión y análisis de la información para la identificación de los autores de injustos, a nivel mundial, se realiza en el ámbito de las agencias policiales.

b. Tal circunstancia, importa un insuficiente adelanto de lo que debiera realizar una Policía Judicial, para el caso que se suponga que algunas tareas de investigación serán desterradas de la Policía provincial. Interpretamos que es insuficiente porque el Fiscal no es un actor procesal capacitado para la investigación, sino para la conducción jurídica de la

24. Cuando se designa un perito informático para operar un sistema de extracción de forensia móvil, al no existir la Policía Judicial, se está sustrayendo un cargo de la planta administrativa de una Fiscalía.

misma –tal como adelantamos– y su rol central es el ejercicio de la acción penal ante los órganos de la jurisdicción²⁵.

c. La paulatina tendencia a pensar en la absorción de las tareas de investigación por parte de estructuras exclusivamente judiciales, ha generado a la vez, una dispersión de esfuerzos y medios, cuya manifestación más notoria se evidencia en el ámbito pericial; en tal sentido, se observa que coexisten tres esquemas de asistencia pericial que resultan consecuencia del esfuerzo no planificado del Estado provincial: peritos de Suprema Corte, peritos del Ministerio Público y peritos policiales. Esta cuestión debiera ser corregida a los fines de realizar una mejor distribución de medios y presupuestos, para la adquisición de insumos y la creciente demanda de material de nuevas tecnologías.

d. Lo mencionado en el punto anterior, no sólo obedece a una cuestión de racionalidad presupuestaria, también, y como en tantos otros aspectos a tener en cuenta, a la particular dimensión geográfica de la provincia de Buenos Aires y sus distancias e inexistencia de centros universitarios de excelencia que formen en las variadas disciplinas que requiere la justicia en su auxilio. Efectivamente para obtener una pericia de calidad técnica en lugares alejados del AMBA, muchas veces no se cuenta con profesionales debidamente capacitados, con experiencia y suficiente especialización²⁶.

25. No podemos dejar de mencionar, que en más de una oportunidad, se han escuchado declaraciones públicas, en orden a que los Fiscales deberían estar prestando funciones en los barrios para atender de cerca la problemática que afecta a las víctimas. Este discurso llevaba encubierta una gran confusión, toda vez que lo que se pretendía era que el Agente Fiscal sustituya al Comisario, en lugar de hallarse diariamente ante los Jueces ejerciendo la acción penal. Ha sido una de las tantas sugerencias que hemos tenido que sobrellevar como consecuencia de las fallas que el sistema de investigación exhibe.

26. En el departamento judicial de Mar del Plata no ha podido sustituirse a un psiquiatra forense que se jubiló, por inexistencia de aspirantes calificados para el cargo. En igual sentido las resoluciones PG 935/24, 938/24, 940/24, 946/24, 947/24, 948/24, 949/24, 1116/24 y 613/25 declararon desiertos concursos convocando a genetistas, licenciados en biología molecular, médicos forenses y evisceradores, para distintos Institutos de Ciencias Forenses descentralizados del MPF. Habitualmente muchos de estos cargos se cubrían en el Poder Judicial con profesionales experimentados provenientes de la Policía de la provincia; en los últimos años se ha generado un doble efecto perjudicial cuyos resultados están a la vista: los bajos haberes ofrecidos en la policía, o contratos transitorios sin estabilidad alguna, fueron mermando la cantidad de médicos en ese organismo de la provincia, motivo por el cual, se ha quebrado el círculo virtuoso de profesionales de la salud que ingresaban sólo para certificar lesiones en personas detenidas, y luego continuaban su carrera de forenses experimentados, aportando una reconocida vocación y formación de posgrado en tal ciencia. Al no prestarse atención a la carrera de médicos policiales, se ha ido perdiendo la especialidad para atender las necesidades actuales.

e. Por otra parte, se impone comprender que es necesario establecer un debido equilibrio entre la función pericial y la investigación operativa; ni todo está en las redes sociales, ni todo se resuelve en los laboratorios, es decir, que en modo alguno debe desatenderse la investigación en el terreno físico, que permita entrevistar a vecinos cuyos testimonios, puedan ser útiles a los fines del ejercicio de la acción penal. En igual sentido el personal de detectives que encare esta clase de tareas, debe contar con la cobertura de seguridad necesaria para poder realizar la misma²⁷.

A excepción de los delitos de criminalidad organizada, y a los fines de no sostener una Policía Judicial de imposible instrumentación práctica que pretenda subrogar todas las actividades de la PPBA, debe entenderse que todo el sistema de seguridad pública en su conjunto debe hallarse articulado con vistas a la investigación²⁸, una vez que ha fracasado el esquema de prevención. De tal manera, el primer policía de patrulla que llega al lugar del hecho en un homicidio, suele ser el que mejor información puede recabar, en orden a identificar al autor del mismo: arriba a un lugar donde existe un profundo estrépito por la trágica muerte de una persona conocida, y escucha ‘espontáneamente’, sin intermediación de los medios de prensa o por el temor de las amenazas contra los testigos por parte de los familiares del victimario -muchas veces *leader* del narcomenudeo y vecino del lugar-, aquéllo que cuenta el barrio en orden a los conflictos pendientes que tenía la víctima y el autor del injusto. Desde luego la información, deberá ser controlada por otros medios, pero en modo alguno pueden desaprovecharse las particularidades de una escena semejante, debido a la pesquisa directa que surge de la misma.

27. Esta es una cuestión que no está debidamente resuelta y debe ser analizada para conferirle una solución: o bien se le permite al investigador una capacitación para portar armas y se lo entrena en artes marciales de defensa personal para evitar la utilización de elementos letales (No comparto esta primera hipótesis, debido que supone un entrenamiento y disposición psicológica, diametralmente diferente, al de un investigador judicial), o en su lugar, el MPF debiera tener un pequeño grupo de policías de seguridad estables y a su disposición (muy pocos por departamental), para asegurar aquella función. Está claro que, en esta segunda opción, a los fines de asegurar la reserva de las investigaciones, la selección y asignación de personal, debe ser sólo aprobada por autoridades del MPF.

28. Suele escucharse que la tarea central de la policía es trabajar la prevención y no le son propias las tareas judiciales. Esta frase carece de la reflexión suficiente, toda vez que podría predicarse que el aserto es correcto, si mediante la prevención, tuviéramos una estadística del delito igual a cero; como ello no ocurre, no cabe duda que a través de la investigación debe ubicarse a quienes cometieron delitos y respecto de lo cuáles fracasó la prevención.

He reducido esta última reflexión al ejemplo práctico, para no caer en estructuradas cavilaciones mentales que nos induzcan a creer que sólo hacen falta aires universitarios, para escuchar las verdades que cuentan los barrios; un oficial de patrulla con mínima capacitación, disciplina, método e identificación con los fines constitucionales del proceso penal, suele ser suficiente para iniciar una investigación exitosa que deberá controlar el Agente Fiscal en su progresión hacia el debate.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

En la provincia de Buenos Aires, a partir de la reforma constitucional provincial de 1994, se diseñaron institutos del Poder Judicial, no sólo a la altura del cumplimiento de los tratados internacionales, a los que ha adherido la República Argentina, sino también, exigiendo una capacitación para el ingreso a la carrera judicial; prueba clara de ello, es la selección que realiza el Consejo de la Magistratura, a los fines de acceder a los cargos que requieren acuerdo del Honorable Senado. Un organismo externo al Poder Judicial, con suficiente representación de sectores profesionales y políticos, facilita la tarea de selección, y de tal forma, no sólo se confiere un nivel mínimo de idoneidad, también, se ha reducido notoriamente la potestad constitucional del Poder Ejecutivo en la elección de los candidatos: sólo pueden elegirse aquéllos que integran las ternas respectivas, una vez aprobados los exámenes de estilo. En el sistema anterior cualquier abogado de la matrícula podía ser seleccionado para ser miembro del Poder Judicial; la reducción de la discrecionalidad y la exigencia de capacitación temática específica, ha sido evidente y beneficiosa.

Nada similar se observa, en orden a la forma en que se capacitan y seleccionan los miembros de la policía administrativa en función judicial, toda vez que la agencia de seguridad sigue manteniendo estructuras endógenas para ambas tareas, motivo por el cual, la discrecionalidad es absoluta a la hora de evaluar al personal y asignar destinos. No existe organismo académico alguno, ajeno a la agencia policial, que califique y ordene el mérito de sus funcionarios, cuyas responsabilidades son tan importantes, como la del Agente Fiscal en el curso de una investigación.

Por momentos imagino, que ese organismo integrado por representantes de Policías, Jueces, Fiscales y Colegios de Abogados, examine académicamente al personal que se encuentre en condiciones de ascender a la jerarquía de Comisario -que luego estará a cargo de la estructura básica territorial de la policía: la comisaría, la DDI- y

que confeccione una lista de funcionarios idóneos para ejercer esos cargos desde el punto de vista técnico procesal; debiera quedar luego, a la discrecionalidad del Jefe de Policía y el Ministerio correspondiente, la asignación de su destino funcional. Es sólo un ejemplo, para intentar atravesar a la brevedad el *pons asinorum*²⁹ en el que nos hallamos; habría que detallar otras cuestiones, ajenas al presente trabajo.

La reforma procesal de 1998, que contó con el acompañamiento de una definida y consensuada decisión política para su instrumentación, no mostró el mismo acierto institucional, para actualizar los mecanismos de investigación de la provincia. Las decisiones en tal sentido, no han mantenido el curso sostenido de ambas paralelas, tras la búsqueda del punto de convergencia común en el proceso.

Sentadas las aclaraciones que anteceden y en obra de concluir el intento, cabe entonces preguntarnos ¿es el Agente Fiscal el que dirige la investigación en la provincia de Buenos Aires?

En lo estrictamente formal la respuesta es sí. En los hechos, se impone ensayar algunas diferenciaciones: a) en materia de flagrancia, el sistema policial permite, realizando las primeras diligencias, practicar una breve investigación tras la búsqueda de una solución alternativa del conflicto o elevar la causa a juicio. La investigación consta de un acta, secuestro de efectos, algún informe médico y un par de declaraciones testimoniales, entre ellas, la del personal policial y las víctimas; b) en los hechos graves consumados, la cuestión puede ser un poco más compleja por la tarea pericial que requiere el ilícito o la investigación operativa, pero en general, se resuelven con diligencias experticias, testimonios, cámaras de seguridad y allanamientos; en este punto, el problema radica en que no existen recursos humanos y materiales suficientes, para investigar una creciente cantidad de hechos; c) el problema complejo y grave, surge con la investigación de la criminalidad organizada. En este tópico, debemos realizar algunas aclaraciones: en primer lugar, la criminalidad organizada en la provincia de Buenos Aires se manifiesta en distintos grados y eslabones del delito. De tal forma, en un abanico que va desde el narcomenudeo, que es expresión territorial del narcotráfico, el robo y hurto de automóviles, llantas o ruedas, lavados de activos provenientes de delitos de competencia ordinaria -v.g. enriquecimiento ilícito y cohechos de funcionarios públicos-, redes de pedofilia, piratería del asfalto,

29. Trad.: *puente de los asnos*. La expresión suele utilizarse en las ciencias duras para describir cualquier problema difícil que deba resolver un principiante.

robos calificados en asociación ilícita o bandas, abigeato -este rubro merecería un trabajo aparte³⁰ y últimamente hasta estafas digitales, conforman un panorama en el que la intervención del MPF debiera contar con herramientas eficientes de investigación. En muchos de estos eslabones, y sólo a título de ejemplo, de no ser por los esfuerzos presupuestarios de la Procuración General, no se contaría siquiera con dispositivos de extracción de forensia móvil a nivel departamental.

En este último apartado (c), se encuentra el problema central de la investigación operativa de campo (físico o digital) histórico, presente y de cara al futuro, en sus aspectos de descentralización, capacidad tecnológica y eficiencia operativa.

De una vez por todas se debe responder ¿quién hace la investigación? ¿en quién se puede confiar para hacerla? ¿cómo se hace la investigación? Nos hallamos frente a un problema que no sólo es teórico, también es práctico, y es necesario dejar de lado preconceptos que no sólo pertenecen a un lamentable pasado institucional violatorio de derechos humanos, sino que tampoco, nos colocan a tono con lo que ocurre en otros países civilizados de occidente.

Si no podemos contestar las tres preguntas que anteceden, el Agente Fiscal, dirige frustraciones.

A veintisiete años de la reforma procesal, se impone volver a analizar esta cuestión como una tarea prioritaria para reorganizar no sólo el sistema pericial, sino a la par, conferirle al MPF, herramientas de investigación de campo (se insiste, físico y virtual) confiables, y a la altura de los desafíos que impone el delito y que exige nuestra sociedad.

No basta con elaborar permanentes discursos de reconocimiento procesal de la víctima -en algunos casos generando un evidente desequilibrio de fuerzas entre las partes del proceso-, si luego no se disponen las herramientas adecuadas para que se le dispense justicia con celeridad y profesionalismo, en el marco de la protección de las garantías convencionales y constitucionales que la asisten.

30. Resulta una experiencia interesante escuchar a policías experimentados narrar los distintos mecanismos que posee un investigador para esclarecer esta clase de delitos; una tabula difícil de hallar en estudios universitarios o academias especializadas: los ruidos en el terreno, los movimientos nocturnos y quejidos en las concentraciones de ganado, son una muestra de que la tarea es más propia de un baqueano que de un científico. Cuando son pocas las cabezas de ganado faenadas en forma ilegal, la decisión de un Intendente municipal de controlar las carnicerías del pueblo y la aparición de la técnica del ADN en animales, simplifican el panorama.

Una investigación realizada en tiempo y forma, también abona al principio de celeridad del proceso penal. En igual sentido es un eje primario y antecedente inmediato de la independencia del Poder Judicial, toda vez que carece de sentido alguno predicar principios de independencia a la hora de dictar sentencias, si no se pueden investigar hechos que nos permitan dictar sentencias para afirmar la vigencia del principio.³¹

Urge disponer los recursos presupuestarios, y definir el perfil que en algún lugar de la historia tendrán los detectives de la proyectada Policía Judicial; no cabe duda que deben pasar por la academia, pero también deben saber meterse en el barro sin mancharse los pantalones.

Debe tenerse en cuenta para la formación de quienes se encarguen de esta tarea, que es menester una clara concepción por parte de ellos de la teoría del caso que maneja el Fiscal de intervención; por tal camino, la investigación no puede ser un conjunto de esfuerzos aislados en manos de distintos efectores sin coordinación alguna.

La clave de dicha coordinación finca en la tarea del detective: no debe ser un policía de patrullas ni hacer pericias, pero debe trabajar de lleno en el análisis de datos, escuchas, construcción de gráficos de contactos, revisión de cámaras y teléfonos, testimonios y poseer capacitación en psicología para entrevistar a un testigo; tiene que asumir las funciones que hoy realiza un Fiscal, y que no son propias del Fiscal.

Sentenció Chesterton: *‘... El hombre erudito, el que podríamos denominar tipo Cambridge, es como alguien que se pasa años enteros trazando un mapa detallado para la artillería de la zona entre Cork y Dublín, y nunca llega a descubrir que Irlanda es una isla. No se trata de entender algo difícil. Es una cuestión de abrir la mente lo bastante para comprender algo fácil...’*³².

31. Principio de causalidad material.

32. Chesterton, G.K., *El Hombre Común*, Ed, Lohlé-Lumen, pg. 197, «El perfil de la libertad».



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

**Desafíos del derecho penal
ambiental en el siglo XXI**

Ricardo A. Basilico
Mariano N. Lema

DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL EN EL SIGLO XXI

Por Ricardo A. Basílico¹ y Mariano N. Lema²

1. INTRODUCCIÓN

El *derecho penal ambiental* ha emergido en las últimas décadas como una respuesta necesaria frente a la creciente degradación ecológica global y local. Tradicional-

1. Ricardo A. Basílico, Juez de Cámara. Abogado, Universidad del Salvador - Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas. Título homologado al Título Español de Licenciado en Derecho Expedido por la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones del Ministerio de Educación y Ciencia de España. ESPAÑA. “Doctor en Ciencias Penales”. Universidad Argentina John F. Kennedy. “Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal”, Correspondiente al Programa de Doctorado 1997/1999, Universidad de Sevilla, obteniendo la Máxima calificación Académica, Sobresaliente “Cum Laude”, por UNANIMIDAD. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. ESPAÑA. “Doctor en Psicología Social”. Universidad John F Kennedy. Especialidad en Notariado. Título: Escribano. Universidad del Salvador. Facultad de Ciencias Jurídicas. “Especialista en Finanzas y Derecho Tributario” Universidad de Belgrano. “Doctor en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia”, UNED, Madrid, España Real Decreto 309/ 2005 UNED. “Post Doctorado en Ciencias Penales”, por la Universidad Nacional de La Matanza. Argentina. Post- Doctor por la Universidad de Bolonia - Italia. Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de la Capital Federal. Presidente de IPADEP sede argentina. Miembro Fundador de la Academia Hispanoamérica en Ciencias Jurídicas Penales. Miembro de la Academia Argentina en Ciencias Penales. Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Profesor de Derecho Penal C.P.O. Universidad de Buenos Aires. UBA. “Visiting Professor” para Doctorado de “Università Degli Studi di Verona”. Italia. Profesor- Investigador de “Pos-Doctorado” del Programa de Pos Graduação em Direito de la Faculdade de Direito de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Brasil. Profesor Titular de Derecho Penal Parte General y Especial de la Universidad Argentina John F. Kennedy. Profesor de Posgrado de “Sociología Criminal”, entre otros. Autor de varias publicaciones. Director de la revista en Ciencias Penales y Sistemas Judiciales de la Cátedra de Derecho Penal Especial de la Universidad de Belgrano, editorial “IJ Editores”. Miembro integrante “ad-honorem” para la Comisión de Trabajo para la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código penal de la Nación, según la Resolución 25/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación.

2. Mariano Nicolás Lema, Abogado por la Universidad de Belgrano. Posgrado en especialización de Derecho Penal por la Universidad de Belgrano. Diplomado en internacionalización de la educación superior por la Universidad de Belgrano. Especialización en derecho público por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Bs. As. Secretario de primera instancia en Juzgado de Garantías en lo Penal en Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (PJBA). Asesor para la Comisión de Trabajo para la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código penal de la Nación, según la Resolución 25/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación. Investigador en comité de investigación de la Asociación de investigadores de derecho penal ambiental y climático (AIDPAC). Profesor Coordinador Docente de Grado por la Universidad de Belgrano (UB) en la carrera de Abogacía asignatura “Derecho Penal Parte Especial”. Profesor en Instituto Peruano-Argentino de Derecho Penal (IPADEP) para el “curso Internacional de actualización en el sistema penal y procesal penal”. Profesor en Universidad Nacional del Oeste en convenio con el IEJ de la SCJBA para el curso de posgrado “Nuevas modalidades delictivas en el sistema penal actual”. Profesor invitado (Visiting Professor) por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora para la Diplomatura internacional en Teoría del delito y criminología sobre “La culpabilidad y neurociencias”. Coordinador de la revista en temas del sistema penal actual de la casa editorial DyD. Coordinador de la Secretaría de redacción de la Revista en Ciencias Penales y Sistemas Judiciales IJ Editores. Autor, coautor, actualizador, coordinador y colaborador académico en publicaciones y obras bibliográficas. Premio a la distinción académica por la Universidad de Belgrano. Reconocimiento Honorífico internacional a su trayectoria y a sus contribuciones jurídicas por el Instituto Peruano Argentino de Derecho Penal.

mente, la protección jurídica del ambiente se había abordado desde el derecho civil (reparación de daños) o desde el derecho administrativo (sanciones y multas), mientras que el derecho penal intervenía solo de forma fragmentaria y antropocéntrica —por ejemplo, en figuras aisladas como el envenenamiento de aguas potables o el maltrato animal—. Este enfoque ha limitado la tutela a los casos en que se afectaban directamente intereses humanos, dejando de lado la consideración del ambiente en sí mismo como valor digno de protección³.

Un punto de inflexión fundamental fue la reforma constitucional de 1994, que incorporó el *derecho a un ambiente sano* en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Esta cláusula consagra el deber de proteger el ambiente y recomponer el daño ambiental, asignando a la Nación la facultad de dictar presupuestos mínimos de protección y a las provincias la administración de sus recursos naturales. A partir de entonces, el ambiente adquirió jerarquía de derecho humano fundamental, pasando a considerarse un bien jurídico colectivo y difuso, cuya lesión trasciende los intereses individuales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴ ha enfatizado que esta tutela ambiental no es meramente declarativa sino un mandato imperativo del constituyente de 1994, vinculante para todos los poderes del Estado. En consecuencia, el paradigma jurídico ha evolucionado desde un antropocentrismo estricto hacia un enfoque ecocéntrico, donde la naturaleza (ecosistemas, flora y fauna) se reconoce como víctima y sujeto de protección penal por derecho propio.

Este giro doctrinal y normativo se sustenta en la constatación de que los delitos ambientales generan daños de carácter masivo y de difícil reversión, afectando la salud pública, los ecosistemas y las generaciones futuras. Se habla incluso de “delitos ecológicos” para referir actos que, por incuria o afán de lucro, causan una alteración grave e irreversible del equilibrio de los ecosistemas, atentando contra la vida humana, animal o vegetal al contaminar significativamente el suelo, el agua o el aire. La gravedad de tales conductas ha llevado a considerarlas una amenaza a bienes de incidencia colectiva de la máxima importancia. En Argentina, casos judiciales paradigmáticos marcaron esta toma de conciencia: el célebre fallo *Mendoza (Riachuelo)* de la Corte Suprema (2008) obligó al Estado a responder a la peor crisis socio-am-

3. Ver Reseña en obra de Lema Mariano y Nicolás Sarmiento, “Fragmentos Y Testimonios De Derecho Penal Ambiental Y Climático” (reseñas 2019/2024) –Asturias Miguel Director– equipo AIDPAC, Bs. As. Editorial: Cathedra Jurídica – Año: 2024

4. En el caso de la contaminación de río Matanza–Riachuelo.

biental del país –la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo– reconociendo la necesidad de soluciones estructurales. Poco después, en *Salas vs. Provincia de Salta* (2008/2009), el máximo tribunal ordenó suspender los desmontes de bosques nativos en Salta como medida precautoria, ante el riesgo de daño irreparable, reforzando la vigencia de la Ley 26.331 de Bosques Nativos. Estos precedentes jurisprudenciales⁵ evidenciaron que la tutela ambiental exige respuestas contundentes del sistema de justicia, ya que compromete derechos fundamentales de carácter difuso y demandas de reparación a largo plazo.

En el siglo XXI, el *derecho penal ambiental* enfrenta el desafío de consolidarse teórica y normativamente para responder a una realidad alarmante: el deterioro ambiental acelerado, la pérdida de biodiversidad y la crisis climática. La comunidad internacional ha comenzado a discutir la tipificación de figuras como el *ecocidio* – entendido como el daño masivo y duradero a los ecosistemas – incluso en ámbitos como la Corte Penal Internacional⁶. En el plano local, Argentina ha emprendido reformas legislativas para modernizar su normativa penal en materia ambiental, reconociendo que sin sanciones penales efectivas muchas conductas altamente lesivas permanecen impunes. Tal como señala el jurista Miguel Ángel Asturias, cofundador de AIDPAC⁷, la destrucción de ecosistemas durante décadas, sin una ley que la castigue, es una de las causas de la crisis ambiental actual, y la incorporación del ecocidio como delito “*es sin dudas la piedra angular para proteger la vida en nuestro planeta*”⁸. En suma, la introducción de herramientas penales robustas –acompañadas de un enfoque preventivo y una aplicación rigurosa – se ha vuelto indispensable para afrontar los desafíos ambientales del siglo XXI.

5. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Nación Argentina, causa: Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo, Fallo 331:2925 de 29-12-2008 y Fallo 332:663, de 26-03-2009

6. Asturias Miguel A., “Propuesta para incorporar el Ecocidio en el Código penal de la Nación” en Revista de derecho penal integral y sistema adversarial (Director Basilio Ricardo, Coordinador Lema Mariano) casa editorial DyD, Bs. As., 8/6/2023. Ver en: <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/propuesta-para-incorporar-el-delito-de-ecocidio-en-el-codigo-penal-de-la-nacion-miguel-a-asturias/#:~:text=En%20este%20sentido%2C%20existe%20un,de%20la%20Corte%20Penal%20Internacional>

7. Asociación de derecho penal ambiental y Climático.

8. Asturias Miguel A., “Propuesta para incorporar el Ecocidio en el Código penal de la Nación” en Revista de derecho penal integral y sistema adversarial (Director Basilio Ricardo, Coordinador Lema Mariano) casa editorial DyD, Bs. As., 8/6/2023. Ver en: <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/propuesta-para-incorporar-el-delito-de-ecocidio-en-el-codigo-penal-de-la-nacion-miguel-a-asturias/#:~:text=En%20este%20sentido%2C%20existe%20un,de%20la%20Corte%20Penal%20Internacional>

2. LEGISLACIÓN PENAL AMBIENTAL VIGENTE EN ARGENTINA

A pesar de la jerarquía constitucional del derecho ambiental, hasta hoy Argentina carece de un capítulo específico sobre delitos ambientales en su Código Penal de 1921. La protección penal del ambiente se ha desarrollado de manera dispersa a través de leyes especiales y algunos tipos penales aislados, generando lagunas e incoherencias. Por lo que este carácter fragmentario del régimen vigente ha motivado que se hable de una cierta “anomia” en materia penal ambiental, que redundo en elevados niveles de impunidad.

Entre los antecedentes normativos relevantes, puede mencionarse la Ley 14.346 de Malos Tratos y Actos de Crueldad contra los Animales (1954), pionera en penalizar el maltrato animal. Si bien supuso un hito temprano, su espíritu original fue predominantemente antropocéntrico – buscaba tutelar la sensibilidad humana ante la crueldad hacia los animales – y no una protección del animal o la naturaleza por sí mismos. Durante décadas posteriores, las conductas lesivas del ambiente fueron abordadas principalmente por normas administrativas o civiles, quedando apenas algunos delitos penales puntuales. Por ejemplo, el Código Penal tipifica el envenenamiento de aguas potables, sustancias medicinales o alimentos (art. 200 CP), figura orientada a la salud pública más que al ambiente en general.

Ya en la etapa moderna, algunas leyes especiales federales incorporaron tipos penales ambientales sectoriales. La Ley 22.421 de Conservación de la Fauna (1981) –aún vigente – establece sanciones por la caza ilegal de fauna silvestre y otras conductas contra la biodiversidad. Así, por ejemplo, penaliza con prisión de hasta 2 años e inhabilitación “a quien cazare animales silvestres protegidos o en veda, o utilizando medios prohibidos”⁹. De igual modo, la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos (1992) fue el primer estatuto federal integral sobre contaminación: su artículo 55 reprime con penas de hasta 10 años de prisión a quien “envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”, previendo incluso penas elevadas (10 a 25 años) si del hecho resultare la muerte de alguna persona. Esta ley –que exige la violación de normas regulatorias y abarca

9. Artículo 25. – Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que cazare animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación.

residuos tóxicos, radiactivos, etc.– vino a colmar parcialmente un vacío legal, aunque limitada al ámbito de los residuos peligrosos.

Otras normas complementarias definen ilícitos específicos, por ejemplo: la Ley 22.421 mencionada (penando también el tráfico y comercialización ilegal de especímenes de fauna); la Ley 25.612 de *Gestión de Residuos Industriales* (2002), con sanciones para la disposición ilegal de desechos industriales; o leyes provinciales sobre incendios forestales, pesca ilegal, etc., que prevén figuras contravencionales o penales de jurisdicción local. Asimismo, la reciente Ley 27.592 (“Ley Yolanda”) de 2020 promueve la formación integral en ambiente para funcionarios públicos, evidenciando la intención del Estado de priorizar la cuestión ambiental, aunque sin crear tipos penales nuevos.

Sin embargo, a pesar de este mosaico normativo, persisten grandes vacíos en la tipificación penal. Delitos como la contaminación ambiental general, la deforestación ilegal, la destrucción de humedales o el tráfico de flora carecen de una figura penal clara en el ámbito federal. Un ejemplo elocuente es la dilación en sancionar una Ley de Humedales con penalidades: la legislación propuesta para proteger humedales no incluye hasta ahora sanciones penales, lo que deja tales conductas en la impunidad¹⁰. De igual manera, la tala ilegal de bosques nativos fue históricamente abordada solo con sanciones administrativas y, en algunos casos, encuadrada forzosamente como delitos comunes (daño, usurpación) que no reflejan adecuadamente la lesión ecológica. Esta situación de insuficiencia normativa motivó iniciativas de reforma integral, entre las que se destaca el Anteproyecto de Reforma del Código Penal elaborado por la Comisión creada en 2017 (Proyecto 2019) – que incluía por primera vez un título de delitos ambientales – y, más recientemente, el trabajo de la Comisión 2024 para un nuevo Código Penal, cuyo contenido analizaremos en detalle a continuación.

3. INNOVACIONES DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2024

En 2024, una comisión de juristas designada por el Ministerio de Justicia¹¹ culmi-

10. Asturias Miguel, “Sobre el Ecocidio: Estamos hablando de un grave daño ambiental”, 14/04/2023. Ver: <https://www.tiemposur.com.ar/turismo-y-ambiente/miguel-asturias-sobre-el-ecocidio-estamos-hablando-de-un-grave-dano-ambiental#:~:text=Por%20otro%20lado%20habl%C3%B3%20de,tambi%C3%A9n%20es%20una%20propuesta%20internacional%E2%80%9D>

11. La Comisión de Trabajo fue articulada bajo el ámbito de la cartera de Justicia por medio de las resoluciones 25/2024 del 28 de febrero y 48/2024 del 13 de marzo del año 2024. En ese marco, se encomendó al nuevo órgano “la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN,

nó la redacción de un Anteproyecto de Reforma del Código Penal que incorpora por primera vez un Título específico (Título XXIII) dedicado a los Delitos contra el Ambiente. Esta propuesta representa un avance cualitativo en la sistematización de la materia, al compilar y actualizar las figuras penales ambientales conforme a estándares contemporáneos. Los artículos 444 a 447 del Anteproyecto, en particular, introducen las novedades más salientes, incluida la tipificación del “Ecocidio”. Cabe destacar que dichos artículos fueron elaborados con los aportes del equipo de Asesores¹² dirigido y coordinado por el Dr. Ricardo A. Basílico –también coautor de este comentario–, incorporando enfoques innovadores y lecciones de la experiencia comparada.

El artículo 444 del Anteproyecto¹³ tipifica el delito de contaminación ambiental. Penaliza a quien, infringiendo leyes o reglamentos ambientales, provoque vertidos, emisiones, excavaciones u otras actividades que causen daños graves al aire, suelo, aguas, o a la flora o fauna. Se prevé una escala de penas graduada según la gravedad:

que concentre toda la legislación penal en un único cuerpo normativo, teniendo en cuenta diversos proyectos de reforma al CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN preexistentes”. El órgano en cuestión, promovido por el ministro Mariano Cúneo Libarona, está integrado por importantes figuras del ámbito jurídico como el reconocido abogado Jorge Boumpadre –titular de la Comisión–; el presidente de la Cámara Federal de Casación Penal, Mariano Borinsky; la jueza María Eugenia Capuchetti; los jueces Ricardo Ángel Basílico y Julio César Báez; y los juristas Carlos Alberto Manfroni, Horacio Jaime Romero Villanueva, Fernando Oscar Soto, Valeria Onetto y Mercedes Rodríguez Goyena.

12. Noelia Verónica Matalone, Mariano Nicolás Lema, Federico Nicolás De Florio, Santiago Luis González y Leónidas Juan Gustavo Moldes.

13. Artículo 444.- El que, infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales protectores del ambiente, provoque o realice emisiones, vertidos, vibraciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause daños graves al aire, el suelo o las aguas, o la flora o fauna, será penado: 1º) Con prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años y UNO (1) a SESENTA (60) días-multa, siempre que el hecho no se halle comprendido en alguno de los incisos siguientes.

2º) Con prisión de DOS (2) a DIEZ (10) años y VEINTICUATRO (24) a CIENTO VEINTE (120) días-multa, cuando el hecho se cometiere mediante la utilización de residuos legalmente calificados como radiactivos, peligrosos o industriales, sustancias tóxicas o patogénica prohibidas.

3º) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y TREINTA Y SEIS (36) a CIENTO VEINTE (120) días-multa, cuando el hecho provoque un peligro para la salud humana.

4º) Con prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años y CUARENTA Y OCHO (48) a CIENTO OCHENTA (180) días-multa, si el hecho:

- a) tornare no apta para la ocupación humana un área urbana o rural;
- b) impidiere el uso público de ríos, lagos, o lagunas;
- c) provocare el desplazamiento, aunque fuere temporal, de los habitantes de las áreas afectadas;
- d) causare daños directos, graves para la salud de la población;
- e) provocare la interrupción del abastecimiento público de agua de una comunidad;
- f) se efectuare sobre un área natural protegida.

5º) Con prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años y CIENTO VEINTE (120) a TRESCIENTOS (300) días-multa, cuando en los supuestos del inciso 3º resultare la muerte de alguna persona.

Lo dispuesto en el presente artículo y en el artículo 445 no rige para vehículos automotores, ferroviarios, aéreos o marítimos.

6º) Se impondrá de DOCE (12) a CUARENTA Y OCHO (48) días multa al que, teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de una empresa, industria o establecimiento destinado a la explotación de recursos naturales, producción, almacenamiento, distribución o cualquier otra actividad que impacte el ambiente, incumpliere los deberes a su cargo, posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 444 y siempre que el hecho no esté más severamente penado.

una pena básica de hasta 5 años de prisión en supuestos de contaminación dañosa, que se eleva en casos agravados. Por ejemplo, si la contaminación se realiza mediante residuos radiactivos, peligrosos o sustancias tóxicas prohibidas, la pena máxima sube a 10 años; si el hecho provoca un peligro para la salud humana, también se agrava la sanción.

Respecto de las sustancias prohibidas, se incluye no solo sustancias radiactivas, peligrosas o tóxicas, sino también sustancias patogénicas prohibidas. Esta ampliación reconoce el impacto de los agentes biológicos, tales como virus y bacterias, que pueden generar daños devastadores tanto en la salud pública como en el ambiente. La utilización de sustancias patogénicas, capaces de desencadenar epidemias o destruir especies nativas, constituye una amenaza emergente en el ámbito ambiental.

Esta incorporación propuesta por UFIMA responde a la urgente necesidad de regular el manejo de estos agentes, conforme a la evolución de las tecnologías y los riesgos biotecnológicos que afectan el ambiente. De hecho, durante los congresos internacionales de 2022, más precisamente aquel desarrollado el 1/9/22 por la Asociación de investigadores de derecho penal ambiental (AIDPAC)¹⁴, expertos como el Dr. Ricardo Basílico y el Dr. Sergio Torres coincidieron en que la incorporación de nuevas categorías de sustancias peligrosas y patógenas en la legislación penal es esencial para garantizar la protección efectiva del ambiente y la salud pública.

Además, la norma citada (inc. 6°) introduce un componente esencial de responsabilidad empresarial, al establecer sanciones de días-multa para los directivos, administradores o vigilantes de empresas e industrias que, al incumplir sus deberes, faciliten o permitan la comisión de delitos ambientales. Esta inclusión tiene como fin fortalecer la cultura de cumplimiento dentro de las organizaciones, reconociendo el papel clave de los responsables en la prevención de daños al medio ambiente.

Como lo señaló el Dr. Miguel A. Asturias en el Congreso Internacional sobre Perspectivas Actuales en Derecho Penal¹⁵, las personas a cargo de la dirección o

14. <https://www.youtube.com/channel/UCByXf368mWLBwU4r4wKStLg>

15. El Dr. Asturias destacó varios puntos importantes en su exposición: Papel Estratégico en la Prevención del Daño: Los supervisores y administradores tienen la capacidad de implementar políticas y procedimientos que aseguren el cumplimiento de las leyes ambientales. Su responsabilidad no solo es operativa, sino también estratégica, ya que pueden influir en la cultura organizacional hacia una mayor conciencia y responsabilidad ambiental. Sanciones Proporcionales y Disuasivas: La imposición de días-multa como sanción para estos individuos es una medida proporcional que busca disuadir el incumplimiento deliberado de sus deberes. Estas multas no solo afectan finan-

administración de empresas deben ser sancionadas sí, con conocimiento de los riesgos, permiten que sus acciones o la falta de las mismas conlleven la degradación del ambiente. La introducción de esta sanción responde a una tendencia global en la que se busca responsabilizar a las empresas por los daños causados al entorno natural, destacando la importancia de políticas internas que mitiguen los riesgos ambientales.

Luego, el artículo 445¹⁶ complementa al anterior estableciendo las versiones culposas (por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos y deberes) de los delitos de contaminación. De este modo, también habrá sanción penal –aunque atenuada en un tercio– para quien cause un daño ambiental grave por violar el deber de cuidado (por ejemplo, un derrame contaminante por falta de mantenimiento o negligencia industrial). A su vez, incorpora una figura de omisión impropia especial: dispone una multa e inhabilitación para el directivo o responsable de una empresa o actividad riesgosa que incumpliere sus deberes de control y ello posibilitare la comisión de alguno de los hechos del art. 444. Esta cláusula busca responsabilizar penalmente a gerentes y administradores que toleran violaciones ambientales en el ámbito de sus empresas, cerrando espacios a la impunidad de los delitos corporativos ambientales. Se trata de un aporte significativo del Anteproyecto 2.024, alineado con la tendencia a ampliar la imputación penal a personas jurídicas y sus directivos en materia ecológica (aunque el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina, establecido por la Ley 27.401/2017, por ahora se aplica solo a delitos como corrupción, podría eventualmente extenderse al ámbito ambiental en el futuro).

cieramente a los individuos, sino que también envían un mensaje claro sobre la seriedad con la que se deben tomar las responsabilidades ambientales. Prevención de la Cultura de Impunidad: Al responsabilizar a los supervisores y administradores, se combate la cultura de impunidad que a menudo permite que los delitos ambientales se cometan sin consecuencias. Este enfoque asegura que quienes están en posiciones de poder dentro de las organizaciones no puedan eludir su responsabilidad legal y moral. Relevancia Internacional: La responsabilidad de los supervisores y administradores es un tema reconocido a nivel internacional, y la incorporación de estas sanciones en el Código Penal argentino alinea la legislación nacional con las mejores prácticas globales. Este enfoque no solo protege el medio ambiente, sino que también fortalece la posición de Argentina en el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de justicia ambiental.

16. ARTÍCULO 445.- El que cometiere alguno de los hechos previstos en el artículo 444 por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, le serán aplicables las penas previstas en el artículo 444, reducidas en un tercio del máximo y la mitad del mínimo.

Por su parte, el artículo 446¹⁷ inaugura el *Capítulo de delitos contra la biodiversidad*. Tipifica la introducción o liberación de especies exóticas invasoras sin autorización o infringiendo la normativa. Actualmente no existe en el Código Penal una figura semejante, pese a que la introducción intencional de especies foráneas ha causado graves desequilibrios ecológicos. Con la reforma propuesta, quien, por ejemplo, libere animales o plantas exóticas capaces de invadir un ecosistema nativo incurrirá en pena de 1 mes a 3 años de prisión. Si además dicha acción provoca un daño grave a un ecosistema o altera significativamente ciclos de reproducción/migración de especies nativas, la pena se elevará hasta 4 años. Esta criminalización responde a compromisos internacionales de protección de la diversidad biológica (Convenio de Biodiversidad) y atiende a riesgos hasta ahora desatendidos penalmente, como el *biofouling*, la liberación de caracoles gigantes africanos, peces no autóctonos, etc., que pueden devastar la biota local.

El Artículo 447¹⁸ completa esta tutela penal de la biodiversidad al sancionar diversas conductas relacionadas con el uso indebido de organismos o agentes biológicos peligrosos. Se castigará con 1 a 6 años de prisión a quien, sin autorización o violando normas, introduzca, propague, venda, transporte, almacene o manipule organismos

17. ARTÍCULO 446.- Se impondrá prisión de UN (1) mes a TRES (3) años y UNO (1) a TREINTA Y SEIS (36) días-multa, al que, sin autorización, excediendo la que tuviere o infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales, introdujere o liberare en el ambiente, un ejemplar de flora o fauna exótica invasora. La pena de prisión será de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, si como consecuencia de cualquiera de los hechos mencionados:

1º) Resultare daño grave para un ecosistema.

2º) Se alterare, afectare o dificultare el ciclo natural de reproducción o migración de una especie nativa o migratoria.

18. ARTÍCULO 447.- Se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años y DOCE (12) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que, sin autorización, excediendo la que tuviere o infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales:

1º) Introdujere, liberare o propagare en el ambiente organismos, moléculas o elementos genéticamente modificados idóneos para provocar daños al ambiente o a la salud.

2º) Introdujere, liberare o propagare en el ambiente organismos, microorganismos, moléculas o sustancias o elementos idóneos para poner en peligro la salud de las personas, o los recursos de la flora, fauna o hidrobiológicos, o para alterar perjudicialmente sus poblaciones.

3º) Vendiere, pusiere en venta, transportare, almacenare o de cualquier otro modo comercializare organismos o microorganismos genéticamente modificados idóneos para provocar daños al ambiente o a la salud.

4º) Vendiere, pusiere en venta, transportare, almacenare o de cualquier otro modo comercializare los organismos, microorganismos, moléculas o sustancias o elementos mencionados en el inciso 2º.

5º) Manipulare o inoculare los organismos, microorganismos, moléculas o sustancias o elementos mencionados en el inciso 2º o experimentare con ellos.

Si como consecuencia de cualquiera de los hechos mencionados en el artículo 446 y en el presente artículo hubiere existido peligro de una alteración negativa de los componentes o la estructura de la flora, o del funcionamiento de los ecosistemas naturales o su estabilidad climática, el mínimo de la pena será de DOS (2) años y VEINTICUATRO (24) días-multa.

Si se produjere enfermedad, plaga o erosión genética de una especie, el mínimo de la pena será de TRES (3) años de prisión y TREINTA Y SEIS (36) días-multa.

Si se produjere un daño irreversible en un ecosistema esencial para la subsistencia de especies de flora o fauna en peligro de extinción o para recursos naturales esenciales para la vida humana, el mínimo de la pena será de CUATRO (4) años de prisión y CIEN días-multa.

genéticamente modificados (OGM) u otros microorganismos, moléculas o sustancias que sean idóneos para causar perjuicio al ambiente o la salud. En esencia, se cubren situaciones como la liberación deliberada de un OGM nocivo, la dispersión de agentes patógenos, e incluso la comercialización de tales elementos con conocimiento de su potencial dañino. Esta figura es sumamente moderna, reflejando preocupaciones contemporáneas sobre bioseguridad y biotecnología. Tal es así, que la presencia de este tipo penal en el Anteproyecto 2024 denota la influencia de instrumentos internacionales (Protocolo de Bioseguridad de Cartagena)¹⁹ y anticipa la necesidad de enfrentar delitos ambientales de nueva generación, como el bioterrorismo ambiental o la alteración genética de especies silvestres con fines ilícitos.

Cabe mencionar que el Título XXIII propuesto no se limita a los artículos 444-447, sino que abarca un catálogo amplio: delitos contra la flora (p.ej. incendios intencionales de bosques, desmontes ilegales, daño a humedales, tipificados en arts. 448-450, delitos contra la fauna silvestre (caza o pesca prohibida, destrucción de hábitats, arts. 453-456, maltrato y crueldad animal (art. 457, que moderniza la antigua Ley 14.346, incluyendo la prohibición de carreras de galgos y agravantes por actos de crueldad), delitos contra los bosques nativos (art. 458, penalizando la tala o extracción ilegal de árboles y recursos forestales, con agravantes si se afecta área protegida), e incluso la sustracción ilícita de recursos genéticos (art. 459).

Además, se incorpora un artículo de definiciones técnicas (art. 460²⁰) que aclara con-

19. <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-cartagena-seguridad-la-biotecnologia-convenio-diversidad-biologica>

20. Artículo 460.- A los efectos del presente Título se entenderá por:

1º) Sustancias prohibidas: a las sustancias que son idóneas para dañar la salud de otra persona, animales, plantas u otras cosas de valor significativo, o para contaminar o de cualquier otra manera adulterar, de modo duradero, aguas, el aire o el suelo.

2º) Sustancias patógenas: cualquier agente biológico, incluyendo microorganismos, que posee la capacidad intrínseca de generar enfermedades o alteraciones patológicas en organismos vivos, ya sean humanos, animales o plantas.

3º) Agua: aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas.

4º) Estabilidad climática: capacidad del sistema climático global para mantener condiciones estables y predecibles que permiten la vida y que se sostiene por la integridad de los ecosistemas que regulan el clima, y por la capacidad de estos sistemas para absorber y mitigar perturbaciones sin sufrir cambios drásticos.

5º) Daño irreversible: cualquier alteración o deterioro de un recurso natural, ecosistema o componente ambiental que no puede ser restaurado a su estado original o funcional por medios naturales o tecnológicos dentro de un plazo razonable, abarcando tanto la imposibilidad física de recuperación como la inviabilidad económica o técnica de llevar a cabo la restauración.

6º) Actos de maltrato, los previstos a continuación:

a) no alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos;
b) azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provocaren innecesarias sensaciones dolorosas;
c) abusar de su empleo en el trabajo sin darles ocasión de reponerse, conforme a las condiciones ambientales, o hacerlo cuando no se hallaren en condiciones adecuadas;

ceptos como “daño irreversible” (definido como aquella alteración de un ecosistema que no puede restaurarse de modo natural o tecnológico en un tiempo razonable) y “estabilidad climática”, entre otros. Esta inclusión de un glosario ambiental en el Código Penal es novedosa y busca brindar certeza jurídica sobre términos científicos complejos, evitando interpretaciones dispares en los procesos penales ambientales.

Así que, en síntesis, el Anteproyecto de 2024 propone una sistemática integral de delitos ambientales, alineada con estándares internacionales y las necesidades internas de tutela ecológica. La figura del ecocidio sobresale como aporte emblemático, y la ampliación del abanico de delitos ambientales en el Código Penal son pasos críticos para terminar con la impunidad ambiental y dotar de efectividad al mandato constitucional del artículo 41. Quedará por delante el reto de lograr la aprobación legislativa de estas reformas y, luego, su implementación práctica, tarea en la que el aporte académico y el consenso social serán igualmente importantes.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE ECOCIDIO AL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL

La incorporación de la figura de ecocidio²¹ al Anteproyecto del Código Penal argentino constituye uno de los avances más relevantes en materia de derecho penal

d) estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos.

7º) Actos de crueldad, los previstos a continuación:

- a) practicar la vivisección cuando no sea estrictamente necesario por razones de investigación científica, o cuyos resultados conocidos se hayan obtenido con prácticas anteriores;
- b) mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo con fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie, o por razones terapéuticas;
- c) intervenir animales domésticos sin anestesia;
- d) intervenirlos sin poseer el título de médico o veterinario, salvo casos de necesidad con fines terapéuticos o cuando fuera practicado con fines de perfeccionamiento técnico operatorio;
- e) experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica, cuando ello no resulte estrictamente necesario por razones de investigación científica;
- f) abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentaciones;
- g) matar animales grávidos, cuando tal estado fuere patente en el animal;
- h) lastimar o arrollar animales, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos cuando no existieren motivos razonablemente atendibles;
- i) realizar actos públicos o privados de riña de animales, corridas de toros, novilladas o cualquier otro en que se mate, hiera u hostilice a los animales.

21. Artículo 447 in fine. - “(...) Si como consecuencia de cualquiera de los hechos mencionados en el artículo 446 y en el presente artículo hubiere existido peligro de una alteración negativa de los componentes o la estructura de la flora, o del funcionamiento de los ecosistemas naturales o su estabilidad climática, el mínimo de la pena será de DOS (2) años y VEINTICUATRO (24) días-multa.

Si se produjere enfermedad, plaga o erosión genética de una especie, el mínimo de la pena será de TRES (3) años de prisión y TREINTA Y SEIS (36) días-multa.

Si se produjere un daño irreversible en un ecosistema esencial para la subsistencia de especies de flora o fauna en peligro de extinción o para recursos naturales esenciales para la vida humana, el mínimo de la pena será de CUATRO (4) años de prisión y CIEN días-multa.

ambiental. Sin embargo, su ubicación normativa final —limitada a los artículos 446 y 447 como agravante de los delitos contra la biodiversidad— encuentra algunas objeciones tanto desde la dogmática penal como desde la perspectiva de política criminal. El problema central reside en haber desplazado la figura del ecocidio del artículo 444²², que tipifica los actos de contaminación masiva, hacia un contexto más estrecho que reduce significativamente su alcance práctico y simbólico.

La crítica a esta reubicación se fundamenta, en primer término, en la desconexión entre el objeto material típico del ecocidio y los supuestos de hecho regulados por los artículos 446 y 447. El ecocidio, en su concepción doctrinaria y normativa más consolidada a nivel comparado, representa una forma de agresión extrema al ambiente que, por su intensidad, duración o amplitud, genera un daño irreversible en ecosistemas esenciales. Este nivel de afectación —que excede la capacidad de resiliencia natural y puede alterar de modo permanente la estabilidad climática o la biodiversidad crítica— se manifiesta casi exclusivamente a través de hechos de contaminación masiva: derrames de petróleo, colapsos de represas mineras, emisiones tóxicas industriales, incendios provocados, y similares. Tales hechos, precisamente, están descriptos en el artículo 444 mediante verbos rectores como “emitir”, “verter”, “inyectar” o “depositar”, que configuran el núcleo dogmático de la contaminación penalmente relevante.

En contraste, los artículos 446 y 447 regulan hipótesis más acotadas, relacionadas principalmente con la introducción de organismos exóticos o modificados genéticamente. Aunque estas acciones también pueden acarrear perjuicios graves —como la erosión genética o el colapso de especies nativas—, su gravedad y visibilidad suelen ser inferiores a la de un desastre químico o petroquímico, al menos en términos inmediatos. Esta asimetría genera un desequilibrio punitivo incompatible con el principio de proporcionalidad sancionatoria previsto en el artículo 40 del propio Anteproyecto²³ y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pre-

22. La propuesta original del miembro de la comisión Ricardo A. Basílico, contemplaba la figura tanto para el art. 444, como el 446 y 447 del Anteproyecto.

23. tendrá como fundamento preponderante la reprochabilidad de la conducta del condenado por el ilícito cometido, como así también las consecuencias para su vida futura en la sociedad.

En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena mediante la ponderación de las circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso, en cuanto éstas no fueran elementos constitutivos del delito.

2. A los efectos previstos en el apartado 1, se tendrá particularmente en cuenta:

1º) La naturaleza y gravedad del hecho, la importancia de los deberes transgredidos, así como la magnitud del peligro y el daño producido a la víctima, atribuibles al condenado.

cedentes como Mendoza – Riachuelo o Gramajo. No resulta lógico, desde el plano penal, que un derrame tóxico que extingue la biota de un estuario se sancione con una pena base de 4 a 15 años (art. 444, inc. 4°), mientras que un evento menos inmediato —la liberación de un transgénico con daño potencial— active automáticamente la figura de ecocidio con una pena mínima de 4 años (art. 447, in fine).

2°) La calidad de los motivos y la actitud del condenado frente al derecho.

3°) Cuando la reiteración delictiva del agente importara un concurso de más de dos hechos dolosos independientes reprimidos con la misma especie de pena.

3. Serán evaluadas como circunstancias especialmente agravantes, que harán aplicable el tercio superior de la escala penal si no concurriesen atenuantes:

1°) La ejecución del hecho aprovechando la vulnerabilidad de la víctima o produciéndole especial sufrimiento.

2°) El odio racial, religioso o político, discriminación, violencia de género, el desprecio por una condición de vulnerabilidad de la víctima, sea por su edad, condición de persona mayor, condición social o por las tareas que desempeña u otros motivos abyectos.

3°) La utilización de armas de fuego o explosivos u otros medios insidiosos o especialmente dañinos o peligrosos.

4°) La pluralidad de intervinientes y el alto grado de organización del hecho.

5°) La comisión del hecho valiéndose de una condición funcional o de superioridad jerárquica sobre la víctima.

6°) La intervención de una persona menor de edad u otra persona vulnerable.

7°) La comisión del hecho a pesar de haber sido condenado con anterioridad, o en ocasión de una morigeración de la ejecución de una pena de prisión.

8°) La concurrencia en forma conjunta de tres o más circunstancias agravantes previstas para el mismo delito.

4. Serán evaluadas como circunstancias particulares de atenuación:

1°) La concurrencia incompleta de alguna causal de exención de pena, en especial la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.

2°) La actuación por móviles benevolentes o bajo influencia de padecimientos físicos o psíquicos serios o por presión de una persona de la cual se dependa.

3°) La conducta posterior al hecho que revele la disposición del condenado a ajustar su conducta al derecho.

En estos casos, si mediasen circunstancias extraordinarias, el tribunal podrá reducir la pena conforme la escala penal de la tentativa.

5. Las escalas penales también podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por alguno de los delitos de los detallados a continuación, si durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brindasen información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: 1°) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en el Título XV, del Libro Segundo, de este Código y la organización y financiación de dichos delitos.

2°) Delitos previstos en el Título XVII, del Libro Segundo, de este Código.

3°) Delitos previstos en el Título XIV, del Libro Segundo, de este Código.

4°) Delitos previstos en los artículos 123, 124, 125, 126, 127 y 128 de este Código.

5°) Delitos previstos en los artículos 142, 170 y 516 de este Código.

6°) Delito previsto en el artículo 145 de este Código.

7°) Delitos previstos en el Título VIII del Libro Segundo, de este Código.

8°) Delitos previstos en los Capítulos VI y VII del Título XI del Libro Segundo y en el inciso 5° del artículo 174 de este Código.

9°) Delitos previstos en el Título XIII, del Libro Segundo de este Código.

10°) Delitos cuya pena máxima sea igual o superior a los QUINCE (15) años de prisión, si el Ministerio Público Fiscal y el tribunal considerase que por la complejidad de los hechos o de la investigación resultase necesario aplicar las previsiones de este apartado.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada hubiesen contribuido a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; hubiesen esclarecido el hecho objeto de investigación u otros conexos; hubiesen revelado la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; hubiesen proporcionado datos suficientes que permitiesen un significativo avance de la investigación o determinar el paradero de víctimas privadas de su libertad, averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o hubiesen indicado las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente apartado. La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido.

Si el delito atribuido al imputado estuviese penado con prisión perpetua, podrá imponerse prisión de QUINCE (15) a VEINTE (20) años.

La reducción de la pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

Además, tal como se observa en el análisis del art. 460, el concepto de “daño irreversible”²⁴ fue concebido originalmente para robustecer el artículo 444, como una forma de agravar los hechos de contaminación en función de su desenlace ecológico. Por lo que, no obstante, el objetivo de proteger supuestos de afectación genética, este desplazamiento —funcional a una sistematización temática— desnaturalizó la propuesta de una cláusula de ecocidio transversal a otros delitos ambientales sumamente graves.

Este encuadre limitado también aleja al Anteproyecto argentino de los estándares internacionales más avanzados. La Directiva (UE) 2024/1203²⁵ en materia de protección penal del medio ambiente, recientemente aprobada, define el delito grave de contaminación como tipo autónomo y agrava la escala cuando la conducta conlleva la destrucción de un ecosistema significativo. En una línea similar, el Código Penal colombiano²⁶ reserva sus sanciones más severas para los vertidos o emisiones que causen daño, y la ley francesa²⁷ estructura la figura típicamente en torno a conductas de contaminación. Limitar el ecocidio a los artículos 446 y 447 supondría, en ese sentido, una excepción metodológica que debilita la eficacia preventiva del tipo penal y expone al sistema a críticas de fragmentación normativa e impunidad técnica.

Desde una perspectiva de política criminal, reinstalar el ecocidio dentro del artículo 444 —como una agravante para los casos de contaminación que generen daño irreversible— no sólo permitiría reequilibrar la escala punitiva conforme al grado real de afectación ambiental, sino que facilitaría la aplicación del tipo penal por parte de

24. Artículo 460 inc. 5º). - (...) Daño irreversible: cualquier alteración o deterioro de un recurso natural, ecosistema o componente ambiental que no puede ser restaurado a su estado original o funcional por medios naturales o tecnológicos dentro de un plazo razonable, abarcando tanto la imposibilidad física de recuperación como la inviabilidad económica o técnica de llevar a cabo la restauración.

25. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401203

26. LEY 599 DE 2000, arts. 328 – 339. Artículo 164. Destrucción del medio ambiente. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años, multa de cinco mil (5.000) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a quince (15) años.

27. La Ley de Clima y Resiliencia de Francia, aprobada en agosto de 2024, incluye el ecocidio no en uno, sino en dos contextos. En primer lugar, como “délit” según la legislación nacional (artículo 231-3), que prevé hasta 10 años de cárcel para quienes cometan delitos que “causen daños graves y duraderos a la salud, la flora, la fauna o la calidad del aire, el suelo o el agua”. No es quizá el alcance total previsto por la Asamblea Ciudadana por el Clima, que aspiraba a una tipificación más estricta del ecocidio como “delito”, pero no deja de ser un delito con penas graves. En segundo lugar, el gobierno está obligado, en virtud del artículo 296 de la nueva ley, a informar al parlamento en el plazo de un año sobre “su actuación a favor del reconocimiento del ecocidio como delito que puede ser juzgado por tribunales penales internacionales”. Ver en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=x7Gc7Ys-Z3hzgxO5KgI0zSu1fm t64dDetDQxhvJZNMc=>

fiscales y jueces. Al existir una cláusula clara vinculada al umbral de daño irreversible, resultaría indiferente si el hecho fue causado por residuos peligrosos, emisiones industriales o prácticas biotecnológicas: lo determinante sería el peligro concreto o el efecto lesivo, no la técnica de agresión. Esta claridad operativa fortalecería el poder disuasivo de la norma, particularmente respecto de las grandes empresas de hidrocarburos, minería, agroindustria o química, que constituyen los agentes más recurrentes en episodios de catástrofe ecológica.

En ese marco, la figura del ecocidio debería integrarse como un nuevo inciso que contemple las figuras anteriores; -“si como consecuencia de cualquiera de los hechos mencionados en los arts. 444, 446 y 447, hubiere existido peligro concreto de una alteración negativa de los componentes o la estructura de la flora, o del funcionamiento de los ecosistemas naturales o su estabilidad climática”-, y con un agravante, cuando -“el hecho provocare un daño irreversible en un ecosistema esencial para la subsistencia de especies de flora o fauna en peligro de extinción, para los recursos naturales esenciales para la vida”-.

La inclusión de esta cláusula permitiría preservar la agravante por alteración genética dentro del artículo 447, sin menoscabar la sistematicidad del tipo penal ni duplicar contenido normativo. A su vez, su remisión al artículo 460 garantiza coherencia conceptual con las definiciones técnico - legales previamente adoptadas.

Otro aspecto fundamental es la mención al peligro. En este caso, el hecho de que el peligro sea concreto, sigue las recomendaciones de la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental (UFIMA). Este concepto se refiere a que las conductas tipificadas deben representar un peligro concreto y tangible que puede ser evaluado y comprobado. Esta modificación es crucial para garantizar que las sanciones se apliquen a conductas que efectivamente ponen en riesgo la *estabilidad de los ecosistemas*²⁸ y los diversos objetos de la norma.

28. La estabilidad climática, tal como se define en el artículo 460, está íntimamente relacionada con la capacidad de los ecosistemas para mantener un equilibrio que permita la vida. Los actos que afecten esta estabilidad no solo tienen consecuencias inmediatas en el ambiente, sino que también contribuyen a fenómenos globales como el cambio climático.

La estabilidad climática es un concepto esencial en la legislación penal ambiental moderna, ya que subraya el rol que tienen los ecosistemas en la regulación del clima. Al incorporar esta noción en la normativa, se está reconociendo el impacto global que los delitos ambientales pueden tener y la necesidad de prevenir estos efectos a largo plazo.

En definitiva, reinstalar el ecocidio dentro del artículo 444 significa no solo corregir una dislocación sistemática, sino consolidar una herramienta penal que responde de manera adecuada a las formas más graves de agresión ambiental. Esta reformulación fortalece la coherencia interna del Anteproyecto, optimiza su aplicabilidad, refuerza la prevención en clave de responsabilidad corporativa (art. 38) y habilita una respuesta punitiva proporcional cuando el ecocidio se perpetra como modalidad de crimen organizado (art. 210²⁹). Lejos de ser un mero ajuste técnico, se trata de un

29. Artículo 210.- 1. Se impondrá con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena de prisión será de CINCO (5) años.

Se impondrá prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años, al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos, si la acción contribuye a poner en peligro la vigencia de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, siempre que ella reúna por lo menos DOS (2) de las siguientes características:

- 1°) Estar integrada por DIEZ (10) o más individuos.
- 2°) Poseer una organización militar o de tipo militar.
- 3°) Tener estructura celular.
- 4°) Disponer de armas de fuego o explosivos de gran poder ofensivo.
- 5°) Operar en más de UNA (1) de las jurisdicciones políticas del país.
- 6°) Estar compuesta por UNO (1) o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.
- 7°) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior, siempre que no estuviere más severamente penado.
- 8°) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Se impondrá prisión de TRES (3) a OCHO (8) años, al que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en los supuestos anteriores, tuvieran por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación.

2. Se impondrá prisión de OCHO (8) a VEINTE (20) años, al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una organización criminal, con estructura celular, conformada por CINCO (5) o más individuos, con carácter estable o por tiempo indefinido que, sin estar comprendida en los supuestos anteriores, mediante la distribución concertada de tareas o funciones, se dedique a la comisión de uno o más delitos interterritoriales y transnacionales graves, por el solo hecho de ser miembro de la organización.

Serán considerados delitos interterritoriales y transnacionales graves, aquellos tipificados en los artículos 79, 80, 90, 91, 92, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 186, 187, 190, 191, 211, 212, 215, 216, 217, 220, 221, 224, 225, 226, 229, 256, 257, 258, 259, 261, 265, 266, 267, 268, 277, 279, 301, 303, 312, 314, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 341, 342, 344, 345, 355, 356, 357, 358, 359, 364, 392, 393, 395, 405, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 431, 434, 435, 436, 439, 440, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 465, 466, 467, 468, 469, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 504, 508, 509, 510, 516, 517, 518, 519, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 529, 530, 531, 532 y 535 del Código Penal, siempre que, por el lugar de su comisión o sus efectos, o por su propia naturaleza, reúnan alguna de las siguientes características:

- 1°) Hubieren ejercido efectivo control sobre sectores de la economía con el fin de monopolizar actividades comerciales, desplazar a la competencia, influir en decisiones económicas o políticas, o facilitar la integración de capitales ilícitos al sistema financiero.
- 2°) Hubieren ejercido control de un territorio, o desplazado a las autoridades nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del control de ese territorio por cualquier medio, para la comisión de esos delitos, o para continuar ejecutando los que ya estuvieren en curso.
- 3°) Impliquen la movilización transfronteriza de personas o transferencia de dinero, cosas, bienes o cualquier otra clase de activos, sea en el país o en el exterior.
- 4°) Impliquen la planificación y ejecución coordinada esos delitos en múltiples jurisdicciones, tanto a nivel internacional como nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, afectando de manera directa o indirecta la seguridad, el orden público o el orden económico y financiero en una o más de estas jurisdicciones.
- 5°) Hubieren logrado o pretendieran obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material, o influir en la administración pública o privada.

La pena será de DIEZ (10) a VEINTE (20) años de prisión, si el miembro de la organización tuviera un rol de liderazgo, dirección, organización, financiación o supervisión.

3. Las penas previstas en este artículo aumentarán en un tercio del mínimo y del máximo, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1°) Si los delitos se cometieren para el desplazamiento o aniquilación de otra organización.
- 2°) Los hechos se produjeran para amedrentar a un conjunto indeterminado de personas, o para infundir temor

paso indispensable para que la futura legislación penal ambiental argentina esté a la altura de los desafíos ecológicos del siglo XXI.

5. DESAFÍOS ACTUALES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL AMBIENTAL Y SU VINCULACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO Y OTROS DELITOS CONEXOS

La mera existencia de tipos penales ambientales no garantiza, por sí sola, el éxito en la protección del entorno; es imprescindible considerar los desafíos prácticos que enfrentan la investigación y persecución de estos delitos. En Argentina, al igual que en otros países, la criminalidad ambiental presenta características especiales que ponen a prueba al sistema de justicia penal.

Las agencias encargadas de hacer cumplir la ley ambiental tradicionalmente han carecido de recursos y formación especializada. Históricamente, los delitos ambientales no fueron prioridad para fuerzas policiales y fiscales, lo que derivó en escasa capacidad investigativa. A esto se suma la necesidad de organismos especializados: se ha abogado por la creación de fiscalías y jurisdicciones ambientales especializadas, con personal capacitado en ciencias ambientales. Asimismo, la coordinación interinstitucional suele ser deficiente; muchas veces la investigación requiere la colaboración de autoridades ambientales administrativas (ministerios, agencias) junto con las judiciales, y la falta de protocolos ágiles entorpece el proceso. El Decano de la Universidad de Belgrano, Dr. Dino Bellow Clabot –referente en derecho ambiental– ha resaltado que la formación continua de jueces y fiscales es crucial, así como la incorporación efectiva de principios y conocimientos ambientales en el Poder Judicial. Otro problema estructural es la escasa infraestructura para manejar evidencia ambiental (laboratorios públicos, depósitos seguros para sustancias incautadas, etc.), lo que se relaciona con el punto de la prueba que se detalla más abajo.

a las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales, o a las Fuerzas Armadas, Fuerzas Policiales, de Seguridad o penitenciarias.

3°) Se utilizaren menores de edad o embarazadas o personas en especial situación de vulnerabilidad para la comisión de los delitos.

4°) El miembro de la organización fuere funcionario público, miembro de una fuerza armada, policial, de seguridad o penitenciaria.

5°) Se emplearen recursos públicos para facilitar la comisión de los delitos.

No será punible el agente encubierto o revelador que, en el marco de su infiltración en asociaciones ilícitas u organizaciones criminales, como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste 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.

Asimismo, la distribución de competencias entre la justicia federal y las justicias provinciales puede generar conflictos en casos ambientales. Dado que el artículo 41 CN atribuye a la Nación dictar presupuestos mínimos y a las provincias la aplicación local, no siempre está claro qué fuero interviene ante un delito ambiental específico. En general, cuando el ilícito trasciende una provincia o afecta intereses federales (v.g., contrabando de especies protegidas, contaminación de un río interjurisdiccional, residuos peligrosos transportados entre provincias) corresponde al fuero federal; mientras que hechos acotados a una provincia (p.ej., caza furtiva local) suelen tramitarse en la justicia ordinaria provincial. Sin embargo, existen zonas grises que pueden ser aprovechadas por los infractores para evadir la acción penal, alegando incompetencias.

La falta de un criterio uniforme y la necesidad de peritajes complejos a veces llevan a dilaciones en resolver la competencia, lo que entorpece la investigación en etapas iniciales. Una solución propuesta es establecer fueros o cámaras ambientales con competencia específica, evitando disputas y concentrando la experticia. Adicionalmente, se requiere armonizar las normativas provinciales con las federales para que la tipificación penal sea coherente en todo el territorio. Por ejemplo, muchas provincias tipifican como contravenciones algunas conductas (quemados, caza) que el nuevo Código tipificaría como delitos; esta superposición demandará ajustes legislativos locales si entrara en vigencia la reforma.

Lo expuesto tiene que ver, porque la prueba en los delitos ambientales es notoriamente compleja. A diferencia de un delito común (p.ej., un robo), aquí el núcleo de la ilicitud puede consistir en un *deterioro ambiental* difuso que exige comprobación técnica. Es habitual que la evidencia sea técnico-científica: muestras de agua o suelo contaminado, análisis de laboratorio de sustancias, mediciones de deforestación vía satélite, autopsias de fauna afectada, etc. Esta dependencia de la ciencia implica que el éxito de un caso penal ambiental repose en peritajes especializados. La experiencia muestra que es vital demostrar el nexo causal entre la acción delictiva y el daño al ambiente o a la salud, y mucho más el peligro concreto a la afectación de un bien jurídico autónomo, aunque en función de una colectividad; lo cual requiere expertos (químicos, biólogos, ingenieros ambientales, veterinarios) capaces de traducir hallazgos científicos al lenguaje jurídico. Por ejemplo, en una causa de contaminación industrial, habrá que acreditar que ciertos efluentes contienen concentraciones tóxicas que superan límites legales y que provocaron la mortandad de peces o que podrían producir perjuicios a la salud humana o a la estabilidad climática. Estos

informes periciales suelen ser voluminosos y disputados por las partes, con contra peritajes que alargan los procesos.

Otro inconveniente probatorio es la naturaleza volátil o masiva de la evidencia ambiental: muchas veces la “escena del crimen” es un río que sigue fluyendo (y diluyendo contaminantes) o un basural ilegal de miles de toneladas de residuos esparcidos. No es factible secuestrar toda la contaminación como cuerpo del delito; la solución es recurrir a la prueba representativa (p. ej., tomar muestras significativas de agua/aire, fotografías satelitales georreferenciadas, videos con drones sobre el área afectada, etc.) y asegurar su adecuada custodia. Aun así, garantizar la *cadena de custodia* de este tipo de evidencia es complejo: las muestras deben conservarse en condiciones idóneas para no perder sus propiedades (refrigeración, embalajes especiales), y los costos de análisis sofisticados pueden ser elevados, requiriendo convenios con laboratorios acreditados. La demora en los procesos agrava este problema, pues un juicio que llega varios años después puede encontrar que el ecosistema se alteró (para bien o para mal) y ya no es posible replicar la toma de muestras original. Por ello, es aconsejable utilizar herramientas procesales como la prueba anticipada (declaraciones o pericias adelantadas) cuando exista riesgo de pérdida de evidencia, así como valerse de tecnología moderna para documentar los hechos en tiempo real.

En este andarivel, cada vez más, la criminalidad ambiental se entrelaza con redes delictivas organizadas, muchas de carácter transnacional. La alta rentabilidad de ciertas actividades ilícitas ambientales –sumada a la percepción de un bajo riesgo de sanción– ha atraído a grupos criminales diversificados. Ejemplos son el tráfico ilegal de fauna exótica (aves, reptiles, marfil), la pesca ilegal a gran escala, la minería clandestina de oro, la tala indiscriminada de madera tropical, e incluso el manejo ilícito de residuos peligrosos. Según estudios internacionales, estas redes organizadas son responsables de un porcentaje significativo de los delitos contra la flora y fauna y de la contaminación ambiental a nivel global. La situación preocupa al punto de que se habla ya de “eco-crimen organizado” y se recomienda aplicar las herramientas típicas de la lucha contra el crimen organizado también en el ámbito ambiental. En Argentina, esto implica la posibilidad de invocar la *Convención de Palermo* (ONU, 2000) en casos de delitos ambientales graves cometidos por asociaciones ilícitas, habilitando técnicas especiales de investigación (infiltraciones, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas) y cooperación internacional. Ya existen precedentes donde se emplearon intervenciones telefónicas en investigaciones ambientales

complejas, por ejemplo, para desarticular bandas dedicadas al contrabando de animales silvestres o para probar connivencias en vertidos industriales clandestinos.

Asimismo, se ha comprendido que delitos como el lavado de activos y la corrupción están ligados a la criminalidad ambiental: las ganancias del eco tráfico necesitan ser blanqueadas, y en ocasiones funcionarios corruptos facilitan la actividad (otorgando permisos ilegales, haciendo la “vista gorda” en controles, etc.). Seguir “la ruta del dinero” puede ser tan o más eficaz que perseguir el hecho ambiental en sí, pues golpea a la organización donde más le duele –sus ganancias ilícitas. Un caso resonante fue la causa *Carbón Blanco*, en la cual una operación de exportación de carbón vegetal encubrió tráfico de drogas; análogamente, se han detectado esquemas donde envíos de madera o soja ilegal ocultan evasión y lavado. La respuesta penal efectiva demanda entonces un enfoque integral, atacando el entramado empresarial-criminal completo.

Un desafío singular en la persecución de delitos ecológicos es la frecuencia con que las denuncias iniciales provienen de ciudadanos, comunidades locales u ONG ambientalistas. Muchas investigaciones se activan gracias a vecinos que advierten contaminación, a comunidades indígenas afectadas por desmontes, o a activistas que exponen el tráfico de fauna. Estas personas, al alzar su voz, pueden convertirse en blanco de presiones, amenazas e incluso violencia por parte de quienes lucran con el delito (sea una empresa poderosa, un grupo criminal o actores locales con influencia). Lamentablemente, existen en Latinoamérica numerosos casos de atentados contra ambientalistas. En este contexto, resulta fundamental implementar medidas de protección a testigos y denunciante adecuadas.

El *Acuerdo de Escazú (tratado regional de América Latina y el Caribe en vigor desde 2021)*³⁰ establece compromisos expresos de los Estados para garantizar entornos seguros a las personas defensoras de derechos ambientales, reconociendo su labor e instando a su protección especial³¹. Argentina, como Estado Parte de Escazú, debe

30. Fue adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, y Argentina lo aprobó en 2020 mediante la Ley 27566. <https://www.argentina.gob.ar/interior/ambiente/acuerdo-de-escazu>

31. Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales: 1.- Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad. 2.- Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito

profundizar la adopción de protocolos de protección de defensores ambientales (por ejemplo, facilitando custodias policiales, mecanismos de denuncia anónima, protección de identidad, etc.). De lo contrario, el *silenciamiento* de las voces locales impide muchas veces siquiera iniciar los casos penales: varias causas nunca prosperan porque las comunidades temen represalias o porque, una vez iniciada la investigación, los testigos “se caen” por sentir que no hay garantías para su seguridad. Un caso emblemático fue la lucha por la contaminación del Riachuelo: organizaciones vecinales y ONGs debieron ser acompañadas de órdenes judiciales firmes para poder realizar inspecciones en fábricas clandestinas sin sufrir hostigamiento. Por todo ello, se aboga por reconocer al denunciante o testigo ambiental como un verdadero “*interés público a proteger*”, dotándolo de prioridad y medidas excepcionales, del mismo modo que se protege a testigos de crímenes de lesa humanidad o a arrepentidos en causas de crimen organizado. Solo así se logrará que la ciudadanía –principal afectada y a la vez principal fuente de información en estos delitos– colabore activamente con la justicia sin poner en riesgo su integridad.

En definitiva, los desafíos investigativos en el ámbito penal ambiental son múltiples y multidimensionales. Requieren una aproximación multidisciplinaria (jurídica, científica, comunitaria) y un fortalecimiento institucional sostenido. La experiencia comparada sugiere que la creación de unidades especializadas, el apoyo técnico (laboratorios forenses ambientales), la cooperación internacional (redes de intercambio de información sobre tráfico de especies, residuos, etc.) y la actualización permanente de los operadores judiciales son claves para mejorar los resultados. Asimismo, la concientización del público y de las autoridades sobre la importancia de perseguir estos delitos contribuirá a no dejarlos relegados. La complejidad es innegable, pero también lo es la necesidad de encarar estas dificultades para que la reforma legal en camino no quede en letra muerta.

de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico. 3.- Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo. Además de demandar explícita y directamente la protección de activistas y defensores, Escazú protege a estos colectivos a través de las instancias de participación que promueve y su mirada interseccional, que pone especial énfasis en las mujeres, juventudes y pueblos indígenas.

6. JUSTICIA PENAL AMBIENTAL Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES: EL ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y LOS DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

El desarrollo del derecho penal ambiental en el siglo XXI no puede comprenderse sin atender a los compromisos internacionales asumidos por los Estados ni a los estándares derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Ambiental. En efecto, el principio de progresividad y la eficacia de las normas de protección ambiental encuentran hoy su sustento no sólo en fuentes internas, sino también en tratados multilaterales, declaraciones y fallos internacionales que reconocen el vínculo indisoluble entre ambiente y dignidad humana. Así, se consolida una tendencia normativa y jurisprudencial que proyecta los derechos ambientales como derechos humanos emergentes, enmarcados en una concepción amplia de justicia intergeneracional.

En ese sentido, el derecho penal, concebido como última ratio, asume una función reforzada frente a la gravedad de ciertos daños ambientales, especialmente cuando afectan bienes colectivos, recursos naturales estratégicos o pueblos históricamente vulnerados. Esta articulación entre el derecho penal interno y el derecho internacional se manifiesta en primer lugar a través de instrumentos tales como el *Acuerdo de Escazú*, que garantiza el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, con particular énfasis en la protección de defensores y defensoras del ambiente. Este tratado, de jerarquía suprallegal en Argentina conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, impone obligaciones positivas de prevención, investigación y sanción de las violaciones a los derechos ambientales, exigencias que impactan directamente en la política criminal y en la interpretación de las figuras penales ambientales.

Otro eje fundamental es el contenido del *Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, que reconoce la participación ciudadana y el control democrático de las decisiones ambientales como elementos estructurantes del desarrollo sostenible. A ello se suman convenciones sectoriales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por Argentina mediante ley 24.375, que establece deberes concretos de protección de los ecosistemas, especies y recursos genéticos, incluyendo la necesidad de adoptar medidas legislativas eficaces, entre ellas de tipo penal, para evitar la degradación de la biodiversidad. En conjunto, estos compromisos contribuyen a construir un marco interpretativo internacional que

obliga al Estado argentino a garantizar la tutela eficaz del ambiente sano mediante todos los medios normativos disponibles, incluyendo el *ius puniendi* estatal.

En este contexto, resulta particularmente relevante el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha sentado precedentes pioneros al reconocer que el ambiente sano es condición para el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales, como la vida, la integridad personal, la identidad cultural, el acceso al agua o la vivienda adecuada. Esta perspectiva se ve plasmada con fuerza en el caso *Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), donde la Corte condenó al Estado por autorizar actividades de exploración petrolera en territorios indígenas sin consulta previa, generando un grave riesgo para el ambiente y para los derechos colectivos de los pueblos originarios. Allí, la Corte afirmó expresamente que los daños al medio ambiente pueden comprometer derechos humanos, estableciendo un nexo directo entre el equilibrio ecológico y el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Más recientemente, en *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020), el tribunal interamericano avanzó aún más, al declarar la responsabilidad internacional del Estado argentino por no garantizar el uso y goce del territorio ancestral de comunidades indígenas del Chaco salteño. Entre las múltiples violaciones constatadas, la Corte reconoció por primera vez de forma autónoma el derecho humano a un ambiente sano, en relación con derechos sociales, culturales y económicos, y ordenó medidas estructurales de reparación. Este fallo, de alto impacto, no sólo consagra un derecho colectivo emergente, sino que refuerza el deber de los Estados de prevenir y sancionar conductas lesivas al ambiente, incluyendo aquellas que, por su gravedad, puedan encuadrarse en figuras penales o dar lugar a la reforma de los sistemas punitivos nacionales.

La existencia de este plexo normativo y jurisprudencial plantea un desafío inmediato al derecho penal ambiental argentino: actualizar sus normas de incriminación y sus marcos de aplicación conforme a los estándares internacionales vigentes. En este sentido, la incorporación de tipos penales como el ecocidio en el anteproyecto de reforma del Código Penal se inscribe en una tendencia global que busca traducir en normas penales la obligación internacional de evitar daños graves, irreversibles y a gran escala sobre los bienes comunes ambientales. La criminalización de los delitos ambientales debe responder así a una doble dimensión: por un lado, a la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos que trascienden a los individuos; por otro, al

deber internacional asumido por el Estado argentino de adoptar medidas eficaces frente a la emergencia ecológica.

La justicia penal ambiental, por tanto, no puede ser concebida como una política criminal aislada o puramente interna. Su legitimidad y eficacia dependen de su integración con el derecho internacional ambiental, el sistema interamericano de derechos humanos y las obligaciones asumidas por el Estado argentino ante la comunidad internacional. La tutela penal del ambiente sano se convierte así en una herramienta de cumplimiento de estándares internacionales, de protección de derechos colectivos y de garantía para las generaciones futuras. La articulación entre estos planos normativos representa uno de los principales desafíos —y también una de las más potentes oportunidades— del derecho penal ambiental en el siglo XXI.

7. CONCLUSIONES FINALES: JUSTICIA INTERGENERACIONAL ANTE LA CRISIS PLANETARIA

El desarrollo del derecho penal ambiental en el siglo XXI ha estado acompañado por valiosos aportes de la doctrina especializada, que han ayudado a moldear tanto la reforma normativa como su comprensión teórica. En Argentina, diversos juristas y referentes académicos han puesto el acento en distintas facetas de esta materia emergente, brindando perspectivas que conviene integrar en el análisis.

El Dr. Miguel Ángel Asturias, director de la Asociación de Investigadores de Derecho Penal Ambiental y Climático (AIDPAC), ha sido uno de los principales promotores de la tipificación del *ecocidio*. En sus publicaciones y conferencias recientes, Asturias subraya la gravedad sin precedentes de los crímenes ambientales contemporáneos, alertando que *“la humanidad y los demás seres vivos que habitan el planeta están en serio riesgo de extinción”* como consecuencia de la destrucción masiva de los ecosistemas³². Para este autor, la ausencia de una ley penal que sancione adecuadamente estos atentados ecológicos ha contribuido a la crisis ambiental y climática actual. Así que plantea una propuesta concreta de incorporación del delito de *ecocidio* al Código Penal argentino, argumentando que, si bien no es la única solución, sí es una

32. Asturias Miguel A., “Propuesta para incorporar el Ecocidio en el Código penal de la Nación” en Revista de derecho penal integral y sistema adversarial (Director Basilio Ricardo, Coordinador Lema Mariano) casa editorial DyD, Bs. As., 8/6/2023. Ver en: <https://www.grupoprofessional.com.ar/blog/propuesta-para-incorporar-el-delito-de-ecocidio-en-el-codigo-penal-de-la-nacion-miguel-a-asturias/#:~:text=En%20este%20sentido%2C%20existe%20un,de%20la%20Corte%20Penal%20Internacional> Asociación de derecho penal ambiental y Climático.

pieza angular para proteger la “casa común” que es nuestro planeta. Asturias define el ecocidio en términos muy cercanos a los adoptados por expertos internacionales (como el Dr. Rodrigo Lledó director para las Américas de la Fundación Stop Ecocidio): *“cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves, extensos o duraderos al medio ambiente”*, afectando gravemente a la humanidad y a los seres vivos. Esta definición –que pone el foco en la magnitud (graves, extensos, duraderos) y en el dolo eventual (“a sabiendas”)- ha influido en la redacción propuesta en el Anteproyecto 2024. Asimismo, Asturias destaca la necesidad de contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos de ecocidio, dado que muchas veces son grandes empresas las protagonistas, en connivencia con agentes estatales corruptos. Su visión integradora vincula el derecho penal ambiental con la justicia climática y los derechos humanos de las comunidades afectadas, insistiendo en que el derecho penal debe perseguir tanto a individuos como a corporaciones cuando cometen crímenes ecológicos de gran escala.

Otro pionero en este campo es el Dr. Dino Luis Bellorio Clabot, cofundador de AIDPAC, Decano de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad de Belgrano y reconocido por trayectoria y sus trabajos en materia de derecho ambiental, quien ha enfatizado el aspecto pedagógico y preventivo del derecho penal ambiental. En recientes exposiciones³³, recalcó la importancia de la educación ambiental y la difusión de los valores ecológicos para prevenir delitos, recordando hitos históricos como la Conferencia de Estocolmo 1972 y destacando la incorporación de la educación ambiental en la Ley General del Ambiente 25.675. Bellorio Clabot sostiene que el derecho penal ambiental debe articularse con los principios de prevención y precaución propios del derecho ambiental: el primero orientado a evitar el daño antes de que ocurra, y el segundo a tomar medidas aun frente a la falta de certeza científica plena cuando exista riesgo de daño grave o irreversible. En línea con ello, aboga por que la función del derecho penal sea no solo represiva sino también simbólica, dando una señal clara de que ciertas conductas (destruir bosques, traficar fauna, contaminar cursos de agua) son social y éticamente inaceptables. Por otro lado, Bellorio Clabot ha llamado la atención sobre los desafíos complejos y multifacéticos que enfrenta la justicia ambiental, instando a una visión holística que articule

33. Ver Reseña en obra de Lema Mariano y Nicolás Sarmiento, “Fragmentos Y Testimonios De Derecho Penal Ambiental Y Climático” (reseñas 2019/2024) –Asturias Miguel Director- equipo AIDPAC, Bs. As. Editorial: Cathedra Jurídica - Año: 2024.

la protección ambiental local con los esfuerzos globales (citando los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030). Finalmente, en materia de justicia penal, ha sido un propulsor de la especialización judicial ya mencionada: propone la creación de tribunales ambientales con competencia específica, convencido de que el Poder Judicial debe empoderarse para abordar casos ambientales complejos y no quedar rezagado frente a la magnitud del problema.

Además de Asturias y Bellorio Clabot, cabe mencionar brevemente a otros referentes cuyos aportes figuran en la doctrina nacional. El Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, ex ministro de la Corte Suprema y de la CIDDHH, ha incursionado en la materia ambiental desde una óptica de “*Derecho penal internacional*”. Zaffaroni ha propuesto considerar los gravísimos daños al ambiente como una forma de crimen contra la humanidad o incluso como un nuevo bien jurídico de protección supranacional, enfatizando la necesidad de solidaridad intergeneracional en la tutela penal del ambiente. En el prólogo de una obra de Miguel Asturias —“Derecho penal ambiental y climático” —³⁴, Zaffaroni señala que el paradigma punitivo clásico debe adaptarse para enfrentar los ataques a la *Pachamama* (Madre Tierra), puesto que la subsistencia de la vida humana depende de ello. Su enfoque, a veces catalogado como ecocéntrico radical, invita a replantear los fundamentos mismos del derecho penal desde la perspectiva de los límites planetarios.

En intercambios académicos con el cortesano y Dr. Sergio Torres, hemos coincidido en señalar que la inclusión expresa de nuevas categorías de sustancias peligrosas y patógenas en la legislación penal constituye un avance indispensable para adecuar el sistema jurídico a los riesgos actuales que enfrenta tanto el ambiente como la salud pública. En efecto, el reconocimiento normativo de agentes contaminantes emergentes —como compuestos químicos persistentes, desechos biotecnológicos, nano partículas o materiales radioactivos no convencionales— permite cerrar lagunas legales que históricamente dificultaron la persecución penal de hechos sumamente lesivos. Sin un catálogo actualizado de sustancias peligrosas, resulta inviable ejercer un control penal eficaz sobre las actividades productivas de alto impacto, muchas veces camufladas bajo parámetros técnicos obsoletos o regulaciones administrativas laxas, alineando la respuesta jurídica con el estado actual del conocimiento

34. Asturias Miguel A., “Derecho penal ambiental y climático”, editorial Hammurabi, Bs. As, 2.022.

científico y con los compromisos internacionales asumidos por el país en materia de protección ambiental y sanitaria.

Desde una perspectiva comparada latinoamericana, trabajos de juristas como el guatemalteco Ramón Cadena, han enriquecido el debate local, aportando experiencias sobre cómo otros países han tipificado el ecocidio o han implementado fiscalías ambientales especializadas. Estas referencias cruzadas ayudan a perfilar soluciones aplicables al contexto argentino, demostrando la importancia de la cooperación regional en la materia.

En suma, los aportes doctrinarios han nutrido el marco teórico y práctico del derecho penal ambiental argentino en construcción. Las visiones de Asturias, Bellorio Clabot y otros expertos confluyen en un punto: la protección penal del ambiente en el siglo XXI no es una moda pasajera, sino una exigencia impostergable ante la realidad de la degradación planetaria. La doctrina alerta que el éxito de este nuevo campo dependerá de lograr un equilibrio entre la severidad en la sanción de las conductas más lesivas (como el ecocidio) y la prudencia para no penalizar conflictos ambientales menores que podrían resolverse por otras vías. Igualmente, insisten en que el derecho penal ambiental debe integrarse con políticas de estado en materia de desarrollo sostenible, energías limpias, conservación de bosques y apoyo a comunidades vulnerables, pues de lo contrario se corre el riesgo de castigar síntomas sin atacar las causas profundas. Estas reflexiones resultan valiosas para orientar la aplicación e interpretación de las normas penales ambientales, de modo que realmente cumplan su cometido protector sin desviarse hacia abusos punitivistas.

El advenimiento del siglo XXI ha colocado al derecho penal ambiental ante la enorme responsabilidad de dar respuesta a crímenes que ponen en jaque la supervivencia de ecosistemas enteros y la salud de las poblaciones. Argentina transita un proceso de transformación normativa en esa dirección, con la reforma integral del Código Penal en agenda y con una creciente conciencia social y judicial sobre la necesidad de combatir la depredación ambiental. A lo largo de este trabajo hemos examinado los principales desafíos que esto conlleva: desde la construcción de un marco legal adecuado –que supere las deficiencias históricas y tipifique figuras novedosas como el ecocidio–, hasta la superación de obstáculos prácticos en la investigación penal –que requieren pericia científica, coordinación institucional y valor para enfrentarse a estructuras de poder y crimen organizado–.

El Anteproyecto de 2024 aparece como una iniciativa promisorio, al proporcionar las herramientas legales que antes faltaban: un abanico completo de delitos contra el ambiente, coherentes y modernos, que reflejan compromisos internacionales y anticipan problemas emergentes (biotecnología, cambio climático, etc.). No obstante, la efectividad de estas normas dependerá de su implementación. Será imprescindible capacitar a los operadores de justicia en esta nueva materia, dotar de recursos a las fiscalías y organismos ambientales, y fomentar la colaboración interdisciplinaria. Igualmente, la participación ciudadana informada –amparada por instrumentos como el Acuerdo de Escazú– será un pilar para detectar y denunciar las agresiones al entorno.

En conclusión, los *desafíos del derecho penal ambiental en el siglo XXI* implican tanto consolidar un marco teórico-legal robusto como garantizar su aplicación práctica en un contexto complejo. El objetivo último es claro: asegurar que el derecho penal cumpla su rol de última garantía para la defensa del ambiente, protegiendo eficazmente nuestro derecho a un ambiente sano para las presentes y futuras generaciones. Ello demanda voluntad política, rigor técnico y un compromiso ético de la sociedad en su conjunto, entendiendo que la justicia ambiental es parte inseparable de la justicia social y del respeto por la vida en todas sus formas. Solo mediante este esfuerzo integrado podremos enfrentar los crímenes ecológicos de nuestro tiempo y legar a quienes vengan un planeta vivible y sustentable.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

La desigualdad entre los iguales

Fernando Ezequiel Sicilia

La desigualdad entre los iguales

Apuntes sobre la limitación de los topes en concurso real de delitos para ser juzgado en juicio por jurados

Por **Fernando Ezequiel Sicilia**¹

1. INTRODUCCIÓN

El motivo de esta exposición es la exteriorización de un cuestionamiento que ya me vengo realizando desde antaño con respecto a los jueces correccionales en la Provincia de Buenos Aires en el estudio del Art. 24 del digesto procesal. En dicha tesitura me pareció exagerado que a pesar de tener una competencia acotada podían aplicar penas altísimas.

Hasta allí parecía ser una mera opinión, hasta que comenzó a implementarse la tardía ley de juicio por jurados. En este caso, y lo que abordará este trabajo, es la crítica al tope impuesto para ejercer ese derecho constitucional en el caso de concurso real de delitos, cuya pena en abstracto supere el monto de 15, pero ninguno de ellos, supere esa barrera temporal.

Es por ello que entiendo contrario al mandato constitucional el 1º párrafo del Art. 22 bis del C.P.P.B.A y postulo que es inconstitucional.

También pretendo cuestionar el dictado de jurisprudencia que pareciera poner un derecho constitucional por sobre otro, de acuerdo a cuestiones meramente estructurales, violentando el derecho de igualdad ante la ley.

1. Abogado Universidad de Buenos Aires - Especialista en Derecho Procesal Penal U.M.S.A. - Diplomado en Derecho Penal Económico de Universidad Austral - Diplomado en Evidencia Digital y Lavado de Dinero, AMJFJN - Titular de cátedra de Práctica Profesional Penal en la U.M.S.A. - Ayudante de Segunda UBA Cátedra Rusconi - Soñora - Sub Director del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Moreno - General Rodríguez - Certificado en la California Western School of Law en - Academia de Destrezas en Litigación - en 2019 - Autor de diversos artículos en la revista de derecho penal y criminología de La Ley.

Así, procuro enfocar estas líneas en una lógica juradista en la que se pueda avanzar en el juzgamiento del total de los delitos criminales tal cual lo postula nuestra Constitución Nacional. Además, en este marco, discutir qué incluye delitos criminales y los motivos por los cuales no se puede cercenar el derecho del imputado al juicio por jurados.

No es un análisis pretensioso, metódico y ni siquiera se puede aproximar a una antítesis del sistema imperante, ya que la ausencia de elementos lógicos tampoco conducen a ser una obra dogmática. Se procura ser práctico. Litigar en un sistema de jurados es agotador. Tanto en la preparación como en el debate. Pero doblemente cansador es tener que litigar primero para poder ejercer ese derecho.

También quiero destacar que utilizaré ejemplos y abstracciones para refutar ciertos fallos y conclusiones a la que arriban los tribunales. En este sentido es dable preguntarnos si la resistencia a ampliar este derecho responde a cuestiones de taxatividad legal o a la deficiente estructura de los tribunales.

A los fines expositivos, voy a utilizar el sistema de la Provincia de Buenos Aires, donde la Ley 14.543 ya tiene 12 años de promulgada y numerosos juicios por jurados en todos los departamentos judiciales.

Igualmente, voy a basarme en las obras de un docente de la cátedra, Nicolás Schiavo, de quien tomaré ideas concretas que utilizaré para sostener mi postura.

2. LAS BASES DEL PLANTEO

Adelantado que fuera que la mayoría de los postulados que aquí se propician no son propios, sino que se analizarán diversos conceptos que variados autores y superiores tribunales han tomado para que un imputado pueda ejercer el derecho constitucional a ser juzgado por sus pares. Es decir, el motivo de esta presentación nada tiene que ver con un desarrollo histórico ni con un examen meduloso del instituto mencionado. Muchos autores ya lo han tratado y a ellos me remito.

Casi adelantándome al final de este escrito, el punto principal (y único) de esta ponencia radica en la crítica a la ausencia total de racionalidad del monto mínimo para ser juzgado bajo el mandato constitucional en el caso de concurso real de delitos.

Si bien es el límite impuesto por el legislador bonaerense y replicado en distintas leyes provinciales, entiendo que en las circunstancias que serán explicadas en las siguientes líneas, adolece completamente de algún tipo de sustento constitucional por cuanto resulta ilógico y contrario al espíritu de la ley de jurados. Asimismo, violenta el principio de igualdad ante la ley.

Así es que alguien que deba ser juzgado por un delito cuyo monto máximo podría ser de 20 años de prisión, *vgr.*, un abuso agravado previsto en el Art. 119 cuarto párrafo del C.P., un robo con arma de fuego, puede ejercer el derecho de ser juzgado bajo la Ley 14.543.

Sin embargo, también en un escenario hipotético y a simple modo ilustrativo para poder establecer las bases del planteo, una persona que enfrenta diversos hechos de abuso sexual previstos en el Art. 119, tercer párrafo, en los cuales el máximo de la pena individual no excede los quince años de prisión, no se encuentra habilitado por la norma para utilizar ese resorte constitucional.

En el ejemplo que estoy postulando encuentro dos singularidades que atentan contra la correcta administración de justicia y el derecho de igualdad ante la ley. Y ello en cuanto a que el tope establecido es arbitrariamente elegido por el legislador, pero luce aún peor que, sobrepasando ese monto, que podría entenderse en cuanto a delitos graves, resulta ilógico en el *quantum* de pena a aplicar.

El primer punto a tener en cuenta es que, al decir de la C.S.J.N., la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable paridad de circunstancias.²

Entonces, no puedo llegar a descubrir los motivos por los cuales el legislador provincial coartó a los ciudadanos de ejercer un derecho consagrado constitucionalmente si la posible pena a recibir es de una magnitud que supera ampliamente los quince años de prisión.

2. Fallos: 343:1871

El segundo, es que la acusación podría mutar *in malam partem* para el imputado en el devenir del debate profesional y quedar sin posibilidad de peticionar su voluntad.

Enfocado al punto en ciernes, por ejemplo, la calificación legal propiciada por la Fiscalía podría variar, agravándola conforme el Art. 359 del rito en un debate con jueces técnicos. La base fáctica y calificación legal ya ha sido implantada, y más allá de las quejas que pueda hacer la defensa, el daño sería irreparable ya que no podría haber marcha atrás en cuanto a la situación procesal. Solo quedaría realizar un planteo de nulidad con los alcances del Art. 202, inc. 1º del C.P.P.B.A.

Voy a volver sobre el punto más adelante a simple modo de ejemplo, sin adentrarme en las cuestiones metodológicas ni a la inmensa casuística que pueden suceder en los debates. Pero esta cuestión no será solamente conjetural, ni para apalancar mi tesis, sino que es probable que suceda en el marco del juicio.

Es de hacer notar, que es tan absurda esta limitación temporal que alguien que fuera acusado por un delito de homicidio con dolo eventual, o algún tipo de delito que sobrepase el arbitrario número de quince años, puede ser condenado por un delito menor o una figura culposa en el caso que el tipo penal lo permita, de acuerdo a la instrucción del delito menor incluido y que fuera reafirmado por el T.C.B.A. en el fallo “Alvarez Telechea”³.

Que a fin de no agotar al lector, solo haré mención que el aludido juicio por jurados se encuentra ínsito en los Arts. 24, 75, inc. 12º y 118 de la Constitución Nacional erigiéndose como una cláusula expresa para juzgar los juicios criminales ordinarios. Lamentablemente, los legisladores se han tomado su tiempo para hacer efectiva una verdadera garantía constitucional que se encuentra intrínsecamente relacionada con la garantía de imparcialidad y de juez natural.

Se erige como una garantía de defensa en juicio, pues le otorga al imputado diversas herramientas a fin de obtener un pronunciamiento justo, concreto a sus intereses. Y ello no es necesariamente un veredicto absolutorio, sino el fundamental derecho a un juicio justo.

3. T. C.B.A., Sala I, Causa N° 97120 “Alvarez, Lucas. Eduardo y Telechea, Ayelen Daiana s/ recursos de casación”, 29/10/2020.

Entonces, el juicio por jurados se presenta como un elemento más que conforma las garantías mencionadas anteriormente, al implicar el hecho de ser oído y juzgado por los pares, desconcentrando así el poder y la autoridad que emerge de los Tribunales colegiados.

En este sentido, se ha dicho que “...el juez natural no sólo es el profesional, sino también lo son los jueces ciudadanos que constituyen el jurado popular y están triplemente designados en forma expresa por nuestra Constitución Nacional: Como garantía para el justiciable (...) como derecho y obligación del pueblo a participar en la administración de justicia y como forma obligatoria de organización y gobierno del Poder Judicial federal y de las provincias...”⁴.

La misma C.S.J.N. en el fallo “Canales” (en lo que aquí interesa) ha dejado claro que el juicio por jurados es un derecho para el imputado y que el mismo sea obligatorio no violaba ninguna garantía constitucional. El Código de Neuquén no contempla la elección del imputado.

Explicó que “...Admitir que la regulación del juicio por jurados constituye una excepción a la facultad que se reservaron las provincias, de disponer lo relativo a su sistema de administración de justicia, de modo tal que la atribución de la Provincia del Neuquén de dictar los códigos de procedimientos no comprendería la de legislar en la materia, aparejaría una por demás sustancial restricción de las facultades provinciales de darse sus propias instituciones y de disponer su sistema de administración de justicia que no puede ser convalidada por cuanto no se ajusta a la efectiva inteligencia que cabe darle a los preceptos constitucionales (...) Resulta claro que la Constitución Nacional concibió al juicio por jurados como una institución sustancial para el juzgamiento de los delitos que corresponde conocer al Poder Judicial de la Nación y le otorgó, a tal efecto, competencia al Congreso Federal para legislar en lo relativo a su conformación y funcionamiento en el ámbito nacional...” (C.S.J.N. Fallos: 342:697)

Para continuar con la idea que rige este planteo, también debo remitirme a los antecedentes parlamentarios donde se indicó, entre otras cosas que “...Finalmente caben dos apreciaciones complementarias. El establecimiento del juicio por jurados es entendido en el presente proyecto como un derecho del imputado, que como tal resulta

4. HARFUCH Andrés, “El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires”, Editorial Ad Hoc, 2013, Pag.32

enteramente renunciable (...) En este sentido, ha de tenerse en cuenta que si bien el juicio por jurados es el modo para asegurar la participación ciudadana y el control republicano sobre los actos de gobierno del Poder Judicial, no es menos cierto que desde su nacimiento con la Carta Magna de Inglaterra de 1.215, el juicio por jurados surgió como una garantía del imputado a ser juzgado por sus pares -judgment by peers...”

Lo cierto es que en todo el fundamento de la ley no existe una explicación que pueda determinar el motivo por el cual se cercena el derecho para ser juzgado por jurados cuando el máximo del delito sea de 15 años, o que del concurso real de delitos UNO de ellos no supere aquel monto.

No es idea de este escrito ingresar en el análisis meduloso de los antecedentes del juicio por jurados, de lo que mucho se ha escrito, incluso en los seminarios de esta cátedra. Pretendo que la discusión se centre en el análisis de la propuesta que surge de este artículo a fin de formar un disparador para que el legislador proceda a completar el mandato constitucional del juicio por jurados en todas las causas criminales y, cuanto menos, cuando la pena en abstracto supere el tope de 15 años.

Los beneficios y bonanza de este proceso no ofrecen resistencia por la mayoría de quienes litigamos ya que ante ciertos hechos, los jueces profesionales se encuentran condicionados. Y también debemos plantearnos si como defensores, lo hacemos como estrategia de litigio o si realmente es el imputado quien elige la forma de ser juzgado.

Esa materia será tratada en otro momento, pero realmente también debemos preguntarnos honestamente si la elección del jurado responde a una decisión del acusado o, por el contrario, se rige por la asimetría existente entre este y su defensor. En virtud de ello, y sin seguir ahondando en el tema, parece beneficioso que se pueda mantener la elección de ser sometido, o no, a un juicio por jurados.

En los fundamentos de la ley se indica que “...no solo se mantiene la posibilidad de que el imputado junto a su defensor acuerden la abreviación del juicio, sino que a la vez, se le reconoce la posibilidad de requerir el juzgamiento por medio del Tribunal en lo Criminal. De esta manera, la presente regulación concede una herramienta más para el diseño de las estrategias procesales de defensa, contribuyendo así a garantizar dos principios básicos del proceso penal, como son la eficiencia sin que ello traiga ínsito la condena de inocentes...”

3. EL SISTEMA ACTUAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ¿DELITOS GRAVES?

a) Sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar que ya no hay discusión en cuanto al alcance que conlleva esta modalidad de enjuiciamiento. Y por ello desde los primeros cuestionamientos sufridos por este sistema juradista, el máximo Tribunal provincial dijo desde los albores que *“...Su trascendencia no se agota en la satisfacción que genera entre nosotros el cumplimiento de una vieja y sostenida manda constitucional, triplemente invocada en nuestra Carta Magna nacional y de expresa receptación también en la Carta fundamental de derechos de esta provincia de Buenos Aires, sino que importa, para el servicio de administración de justicia, la profundización de los principios rectores que hacen al sistema adversarial, reforzando la garantía de imparcialidad, incorporando, al mismo tiempo, la participación directa del pueblo en decisiones que hacen al desarrollo de nuestra vida institucional (...) Celebramos entonces que el juicio por jurados haya llegado a estas latitudes para transformarse en la puerta de ingreso a un siglo XXI, destinado a dejar definitivamente de lado los resabios inquisitivos que predominaran durante más de un siglo de nuestra historia reciente...”*⁵

También ha sido un principio rector que despierta una confianza en el ciudadano que va a ser juzgado en el sistema de justicia, como así también la población toda, ya que en sus manos va a estar la solución a los conflictos penales que los aquejan.

En este punto, la coincidencia es plena en cuanto a la aceptación de esta forma de juzgamiento que, como indica Cristian Penna *“...en la actualidad el jurado dista de ser una rareza o un tema que sólo forma parte del derecho comparado, pues es una realidad ampliamente extendida en nuestro país. Si hacemos el ejercicio de sumar la cantidad de habitantes de cada una de las jurisdicciones antes señaladas, advertiremos que una amplia mayoría de la población del país —concretamente, casi el 70%— vive en jurisdicciones que contemplan al juicio por jurados para el juzgamiento de delitos graves. La academia ya no sólo viene siendo interpelada por el texto constitucional, sino también por la realidad...”*⁶

5. TCBA, Sala III, Voto del Dr. Borinsky, Causas 82.212 y 82.806, 06/03/2018

6. PENNA, Cristian D., ¿De qué hablamos cuando hablamos de juicio por jurados?, Encuentro del 25/11/2022 del Seminario de la Cátedra del Prof. Maximiliano Rusconi de la Facultad de Derecho (U.B.A.).

En base a esta extensa resistencia por parte de los operadores jurídicos dogmáticos que han denostado en diversas oportunidades a los legos, como así también de los legisladores que no hubieron de cumplir con el mandato constitucional, se ha demorado 160 años la implantación de este sistema constitucional. En el caso que nos ocupa, hasta el 2013 en la Provincia de Buenos Aires. En Córdoba, con sistema escabinado comenzó a implementarse en el 2005.

El trazado de este sistema de juzgamiento ha sido demarcado por el cimero tribunal penal de la provincia en el Fallo “Ruppel”⁷ siguiendo la línea del legislador en cuanto a los requisitos que debe tener un Jurado Popular para alcanzar el ideal del constituyente. Pero también en ese mismo antecedente jurisprudencial indicó que “...*Pasado algún tiempo desde el inicio de la participación popular en la administración del servicio de justicia, la experiencia recabada logró demostrar el derribo de viejos mitos, pero mucho más elocuente e importante ha sido para nuestra sociedad la constatación de un aumento de la confianza en el sistema y la sensación -compartida esta vez por todos- de un camino hacia el afianzamiento de la justicia...*”

Sin embargo, como indicaré de más adelante, pareciera que estas loas se borran con el codo ante la petición de ejercer el derecho que tanto sostienen, y con razón, los jueces del cimero tribunal penal provincial.

b) Cercano a lo expuesto en este escrito, el Dr. Kohan, sostiene la inconstitucionalidad de este artículo, pero solo en cuanto a la imposibilidad de confluir en juicio por jurados en caso de renuncia de un imputado, en detrimento de sus consortes de causa. De forma sostenida se mantiene explicando que “...*En resumidas cuentas, una vez que se ha hecho operativa la cláusula constitucional que dispone la implementación del enjuiciamiento penal por vía de jurados, en el sistema opcional que instrumenta el rito bonaerense, ningún ciudadano puede ser privado de ser juzgado por ese “Juez más natural entre los naturales” ...*”⁸

De hecho, como dije más arriba, la jurisprudencia es la que va marcando el camino en los huecos que ha dejado la ley y que luego de 12 años, debería ser modificada a la vista de la experiencia de este formato novedoso para la provincia. En todo caso,

7. TCBA, Sala I, Causa n° 81504, 11/07/2017

88. TCBA, Sala V, causa N° 118790, “VELAZQUE O VELAZQUEZ, Américo”, 14/07/2023

esta circunstancia debería ser transformada por el legislador o, eventualmente, decretarse la inconstitucionalidad del tope como sostengo en este punto.

Ya adelantado el planteo que va a realizarse, no puedo soslayar la gravedad que impone la declaración de inconstitucionalidad de una norma en cuanto a que la ley atacada realizada por el legislador provincial por la previsión del monto de pena viola los principios de juez natural, imparcialidad y el de igualdad ante la ley que se encuentran delineados claramente en nuestra Carta Magna. Asimismo, ni en la exposición de motivos ni en el mismo cuerpo legal surge algún indicio sobre la intención del legislador en virtud de la escala penal que conlleva a denegar un derecho constitucional.

Pues si bien “...la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución...”⁹ en el caso, se dan los supuestos de incompatibilidad con la ley fundamental.

¿Es tolerable con el bloque constitucional que un artículo de la Carta Magna acote derechos que se encuentran previstos en otros? La respuesta debe ser negativa.

En este norte, el Art. 118 de la C.N. establece que “Todos los juicios criminales ordinarios (...) se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución...”

En el caso concreto y por el poder delegado a las provincias, es este legislador quien desde hace 12 años estableció la vigencia del juicio por jurados en el ámbito provincial. Por ello, ya ampliamente establecido, debemos centrarnos en que nos enfrentamos ante un Juicio Criminal Ordinario tal cual lo indica la Carta Magna.

9. C.S.J.N. Fallos: 344:3458

Entonces, podemos discutir, como haremos más adelante, el monto de quince años para ser juzgado por un delito, con ese límite temporal de pena, pero de ninguna manera se configura razonable que se mantenga esa posición en cuanto a la posibilidad cierta de ser condenado por una pena mucho más alta.

Con esto quiero decir que la discusión radica en que una ley no puede restringir derechos y garantías constitucionales ya previstos en la Carta Magna, por la mera discrecionalidad del legislador bonaerense. De lo contrario, la Legislatura podría alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley: si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.¹⁰

Considero que el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires va en la búsqueda de la progresividad de este sistema mediante fallos que amplían el derecho a ser juzgado por sus pares. Sin embargo, con esta situación en particular no ha avanzado.

Citando un fallo, se dijo que el “...modelo que previó el constituyente originario, tanto en la parte dogmática como en la orgánica de nuestra Constitución Nacional, todas las causas criminales deben ser resueltas a través del sistema de jurados populares (art. 24 y arts. 75, inc. 12 y art. 118 – éste inspirado en el Art. III, Sección 2, inciso 3° de la Constitución de los Estados Unidos de América-)...”¹¹

Si bien en la citada causa se trataba del derecho de un menor de ser juzgado por jurados y que fuera revocado por la S.C.B.A. en base a la especialidad del fuero lo que debe tomarse en cuenta es que en dicho fallo se hace hincapié, nuevamente, en el modelo juradista y la posibilidad cierta de ejercer el derecho por parte del imputado.

10. GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-, La Ley, 2° ed. 1° reimp, 2004, Pág. 816

11. T.C.B.A., Sala V, causa No 108431, caratulada “G. N. E. s/ RECURSO DE QUEJA”, rta. 18/11/2021

Esta injusta situación que surge de la letra de la ley hace que también recurra a los antecedentes legislativos, ya que como dice el último intérprete de la Constitución Nacional en Fallos: 342:2009: *“...Para interpretar una norma reglamentaria, deviene ineludible tener en cuenta no solo la literalidad de su texto sino también el resto del articulado del decreto y la totalidad del ordenamiento jurídico vigente, en particular, se debe elegir aquella exégesis que mejor armonice con la letra y el espíritu de la ley que se pretende reglamentar; asimismo, y a fin de garantizar que la hermenéutica que se proponga sea respetuosa de la intención del legislador, resulta esclarecedor acudir a los antecedentes parlamentarios...”*

En ningún momento el legislador explicó los motivos por los cuales cercenó el derecho ciudadano de ser juzgado por sus pares en el caso de concurso real de delitos cuando la pena en abstracto sea mayor a quince años. Prefiero quedarme con el espíritu de la norma como derecho del imputado. Disiente con ello el Dr. Rosatti quien indica que también del pueblo a juzgar.

c) Sobrepassado este tema, conviene adentrarse en la literalidad también del constituyente ante el significado de un “juicio criminal ordinario”. Debemos abocarnos a la hermenéutica que prohíbe que los concursos de delitos que sobrepasen la barrera de los quince (15) años no pueda ser juzgado por sus pares. No la comprendo, pues no surge de los antecedentes legislativos que ya he citado.

Entonces, dando forma al planteo que se realiza, no cabe duda que el modelo juradista es el que rige en la Provincia de Buenos Aires a partir de la plena operatividad de la Ley. También se ha decretado que se respete la plena voluntad del imputado a ser juzgado por un Tribunal ciudadano. En el mismo orden de ideas, que todo juicio criminal ordinario debe ser juzgado bajo este sistema.

Pues entonces el problema radica en cuanto a la pena de “alguno” de los delitos reprochados en el concurso, siendo que se violenta el principio de igualdad ante la ley en base a que una persona que enfrenta una pena menor que la que podría esperarse recaiga sobre el ejemplo que di en un principio, en base a la cantidad de hechos imputados, pueda ejercer un derecho que parece vedado a algunos ciudadanos. Resulta ilógico, irrazonable y hasta absurdo. Siendo un derecho del imputado, no puede ser vallado por el legislador de forma tan grave.

En el caso provincial, ser juzgado por jurados es una opción del imputado y no una obligación. Es renunciable. La colisión contra el texto constitucional es que los delitos criminales no puedan ser resueltos de un modo u otro por el mero capricho legislativo, especialmente cuando la letra de la norma, como es el caso, lleva a un injusto irrazonable.

Y el argumento que sostengo se motiva en este marco en base a lo sostenido por la C.S.J.N. en cuanto indica que *“...En el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional (artículos 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional) (...) El principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales, provinciales y municipales...”*¹²

Y, tal como vengo explicando -intentando no reproducir argumentos-, fundo cabalmente los motivos por los cuales el derecho a ser juzgado por un juicio por jurados es inalienable y por la posibilidad de pena a aplicar en el caso ejemplificado (de hasta 50 años), la torna en controversia con los Art. 24 y 118 de la C.N., no sólo por ser un proceso “criminal”, sino porque excede largamente el monto de punibilidad de otros delitos que SÍ pueden ser juzgados mediante jurados.

Y aquí la pregunta que vengo realizando desde el inicio, resurge con total vigor. ¿Por qué se priva a los ciudadanos acusados de delitos graves de no poder ejercer su derecho constitucional de ser juzgado por jurados?

¿Qué se considera un delito “grave”?

Aquí voy a apoyarme en lo escrito por el Dr. Schiavo en cuanto a que observa que el problema de determinar la gravedad de un hecho delictivo, es que son llamadas a intervenir cuestiones valorativas del intérprete que poca seguridad aportan. Agrego que si concurrimos a la literalidad de la norma, y lo dispuesto por los Arts. 22 y 24 del ritual, deberíamos entender que un delito grave, en consonancia con lo dispuesto en

12. C.S.J.N. Fallos: 345:951, Voto del juez Rosatti

el Art. 118 de la C.N., son aquellos que superan los 6 años de prisión.

Avanza el citado autor realizando una comparación que indica seguir las pautas del art. 395 del CPPBA para la celebración del juicio abreviado. Refiere que actualmente son una fuente normativa más adecuada, en la definición procesal del precepto, que las doctrinarias referencias históricas.¹³

Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que esta postura no puede operar como un obstáculo para el planteo que estoy realizando, puesto que el mentado artículo habla de la imposición de una pena no mayor de quince años. Ello no luce adecuado en la propuesta que realizo en tanto al momento de la cesura de juicio, en el ejemplo que di en un principio, y sobre el que sostengo mis argumentos, la pena podría ser bastante superior.

En definitiva, se puede realizar un acuerdo abreviado, pero siempre y cuando se haya respetado el derecho del imputado a poder elegir ser juzgado mediante jurados. Después de todo, ambas elecciones le pertenecen.

Coincidente con ello, continúa en su obra analizando el art. 22 bis del digesto procesal y agrega que “...En primer lugar por cuanto el art. 24 de la CN conspira contra la posibilidad de denegar a un ciudadano el derecho a que su juicio se sustancie por un jurado popular una vez que se ha establecido la ley respectiva. Por otra parte los procesos graduales han demostrado dificultades en la extensión completa del derecho, o del mismo sistema, dejando relegado el instituto a una especie extraña y disfuncional del conjunto del sistema. Esta situación puede verificarse con la introducción de la oralidad en la etapa de instrucción, que comenzó a instrumentarse de un modo gradual con la implementación de la ley 13.811 para los supuestos de flagrancia, y que pese a las disposiciones del art. 105, in fine del CPPBA, o el art. 168 bis del CPPBA, no ha merecido —luego de varios años— una reforma definitiva ampliando esa oralidad al conjunto de los casos. Esta objeción también podría ser parcialmente dirigida a la posición que pretendía una competencia específica del jurado delimitado en algunas clases de delitos, pues no sería la posición genérica pres-crypta por el art. 118 de la CN, en tanto allí se hace mención a las causas criminales, como sinónimo de supuestos graves asociados al monto de la pena.

13. SCHIAVO, Nicolás, “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires” Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° 1, Ed. Hammurabi, 2° ed, 2° reimp., pág. 207

La referencia de la pena se corresponde con todos aquellos casos de gravedad que quedan por fuera de las soluciones alternativas a las que alude el art. 395 y ss. del CPPBA. Es decir, toda aquella imputación que no puede ser materia de juicio abreviado puede ser juzgada a través del juicio por jurados. Por cierto que también existen supuestos que pueden ser materia de juicio abreviado o de jurado, en tanto la regla del art. 395 del CPPBA se aplica a la “pena en concreto” “”, mientras que la del jurado, a la magnitud en “abstracto”...”¹⁴

Y aquí pretendo afirmarme. La pena en abstracto, puede superar ampliamente los quince años de prisión y por ello la imposibilidad efectuada por el legislador de que no se pueda juzgar mediante el sistema de jurados es inconstitucional en tanto que el artículo 24 de la Carta Magna indica al Congreso el establecimiento del juicio por jurados, y el 118 del mismo cuerpo afirma que terminarán por ese sistema “todos los juicios criminales”.

Entonces la disquisición radica en desbaratar la limitación temporal del legislador en base a dos cuestiones. La literalidad del constituyente y la gravedad de los delitos.

También echaré mano a Schiavo para sostener esta postura. En su libro de juicio por jurados indica sobre el particular que “...El art. 118 de la CN establece que el jurado resulta competente para “todo juicio criminal”, del mismo modo que lo hace el art. 3º, § 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Aun así, en los países del common law-con diversas variantes- como en las legislaciones que se han dictado en nuestras jurisdicciones provinciales, dicho mandato no parece estar enteramente satisfecho, ya que las legislaciones procesales establecen restricciones, más o menos considerables a su competencia. Se advierte un primer límite cuantitativo, por medio del cual se restringen los alcances conceptuales del término “todo” a una cantidad de casos cuyas consecuencias punitivas sean inferiores a determinada cantidad de pena, por debajo de la cual los asuntos deben ser sustanciados por jueces profesionales (...).De tal modo que, para proporcionar alguna clase de definición, la propia Corte entendió que los principios del common law históricamente asignaban esa calificación a cualquier clase de imputación que pudiera acarrear una privación de la libertad. Debido a ello, una exégesis estricta de esta solución conduciría a sostener que ningún juicio, del que se pudiera derivar una sanción inferior a la que acarrearía –en abstracto– aquella consecuencia.

14. *Ibidem*, pág. 208.

Este argumento es relevante en nuestro caso, pues por imperio del art. 5° de la CA, conduciría a sustentar que la sanción de una disposición provincial de jurados no puede dejar fuera del marco de su aplicación el piso mínimo previsto por el art. 118 de la CN, al disponer que su competencia es para “todo juicio criminal”...¹⁵

En definitiva, y para dar un cierre al tema, nos encontramos, como dije, ante dos situaciones que deben ser resueltas a favor del acusado. La pena en abstracto y la gravedad de los delitos imputados.

En un precedente provincial se ha dicho que “...Teniendo en cuenta entonces que la norma establece el Juicio por Jurados para los delitos más graves entre los graves pero no excluye expresamente la posibilidad de aplicarlo también a estos últimos, no se advierte que pueda afirmarse que colisione abiertamente con la manda constitucional como para impugnarla por ese motivo, sin embargo por eso mismo, tampoco puede ser el argumento central para fundar el rechazo de la pretensión del imputado (...) Adquiere relevancia el hecho de que, sin perjuicio de la calificación legal que se asignó a los hechos y del consecuente monto de pena con que resultan sancionados, sus circunstancias autorizan a considerarlos como particularmente graves atento la índole de los bienes jurídicos afectados dado que se trata del abuso sexual con acceso carnal de una niña presuntamente cometido por un pariente cercano suyo (...) En consecuencia son todos estos argumentos los que nos convencen que, en este caso particular, debe admitirse la posibilidad de que el imputado sea juzgado por Tribunal de Jurados...”¹⁶ Este fallo lo conseguí por la amabilidad de Andrés Harfuch en base a esta inquietud que vengo desarrollando ya que nos cuesta en demasía conseguir fallos mediante el JUBA.

4. PROGRESIVIDAD FRUSTRADA. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Insisto que el Art. 2° de la Ley 14543 no supera ese estándar de razonabilidad para que la norma no sea contraria a la Constitución Nacional.

Así, en los diversos fallos citados del T.C.B.A., podemos observar una catarata de elo-

15. SCHIAVO, Nicolás, “El Juicio por Jurados” Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° 1, 2° ed., Ed Hammurabi, págs. 145/147.

16. C.A.G. Zárate-Campana, causa nro. 25785, “Incidente de apelación - Albarez Luis Alberton”, 09/09/2022

gios al sistema de jurados para luego concluir en la negativa en el caso concreto. Por ello, como indiqué en el primer punto, aludiré a uno de los magistrados votantes en “Guillermaz”¹⁷, para sostener la incongruencia de las citas para denegar este pedido.

Nos dicen en dicho fallo que “...La delimitación trazada hasta el presente por la legislatura local [art. 22 bis C.P.P.], en un proceso que sólo lleva pocos años, no aparece como descabellada cuanto más cuando guarda correlación con otros supuestos de gravedad sobre los que también ha dispuesto límites objetivos (vgr., necesidad de juzgamiento por tribunal colegiado, impedimento de juicio abreviado) y bien pueden enmarcarse en las razones de oportunidad, mérito y conveniencia que le son propias como facultades no delegadas...”

Pues como abordaré en las conclusiones, esta postura, además de haberse expuesto hace más de seis años, hoy se sostiene sin sopesar las diversas situaciones que han trascurrido en el proceso y lo que convoca a que casi todo el país cumpla con la norma constitucional, que ha albergado numerosas manifestaciones satisfactorias.

Que he mencionado en el punto anterior, diversos fallos del Tribunal de Casación Bonaerense que expanden el derecho del imputado a ser juzgado por un jurado. Clara muestra de ello fue la declaración de inconstitucionalidad del Art. 22 bis del C.P.P.B.A. en cuanto la renuncia a ser juzgado mediante este sistema por parte de uno de los imputados en caso de la existencia de varios acusados.

También me valdré de Schiavo en cuanto define que “...efecto de esto último es asumir que la restricción del jurado a un conjunto de casos criminales graves, del total de los contemplados en el art. 118 de la CN, puede ser presentada como una buena estrategia para el cambio progresivo, pero en modo alguno corresponde afirmar que la garantía constitucional deba detenerse allí, sino que corresponde ir ampliándola hasta su cumplimiento definitivo, tal como los constituyentes la tuvieron en miras...”¹⁸

17. T.C.B.A., Sala I, “GUILLERMAZ SEBASTIAN S/ RECURSO DE CASACION”, Causa N°96288, 13/08/2019

18. SCHIAVO, Jurados, ob. cit., pág. 151.

Sentado lo expuesto, y que también el autor fue citado por el Dr. Carral invitando a la progresividad de la aplicación del instituto de jurados, sigo sin comprender la limitación a delitos que poseen penas en abstracto, altísimas.

Me quiero detener no solo en el derecho liso y llano que posee el imputado, sino también que asociado al juicio justo, el jurado posee un ámbito de discusión amplio, donde se lograrán consensos y se escucharán diversas voces sobre el litigio que se encuentra en juego.

Y en lo medular, en el precedente “Adamo”, el Dr. Maidana recordó que “...El juicio por jurados comporta una clara decisión política acerca de la participación de los ciudadanos en las decisiones estatales. Constituye una regla de garantía que las organizaciones judiciales de las provincias deben respetarla pues, en caso contrario, no garantizarían la correcta administración de justicia penal, en el sentido constitucional (art. 5 CN) (“Derecho Procesal Penal” Maier pág. 792). Las garantías son seguridades concedidas, a modo de facultades, para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean conculcados por el Estado, mediante la limitación de ese poder o los remedios específicos para repelerlos (art. 18 CN) que, a diferencia de los derechos que se dirigen a ser ejercidos frente a todos, están destinados a actuar frente al estado, como prerrogativas que se ejercen frente a él para asegurar el goce de los derechos subjetivos. La reglamentación hecha de la garantía en el código de procedimiento, permite establecer que se prevé su realización para las causas que en abstracto excedan los quince años de prisión o reclusión (art. 22 bis del Código Penal)...”

Y aquí, el magistrado, junto con el colega que acompañó su opinión, anuló el fallo condenatorio del Juez técnico pues indicaron que tenía derecho al juicio por jurados, pues el C.P. indica que por los delitos reprochados: “...los artículos 80 incisos 1 y 11 del Código Penal prevén la pena alternativa de reclusión o prisión perpetua y, aún en el supuesto en que se pretenda una interpretación restrictiva, en el artículo 44 “2do. párrafo.” del Código Penal se establece que, en el caso que la pena sea de reclusión perpetua, la pena de tentativa será de reclusión de quince a veinte años...” es decir, extienden hasta lo que resulta la pena de reclusión.

Lo llamativo de este voto es que contradice lo expuesto por la C.S.J.N. en cuanto a que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día

de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión.¹⁹

Entonces, si siguiéramos a rajatabla los votos ya emitidos, el fallo citado no debiera haber sido en el sentido de la nulidad, pues, como se dijo, la reclusión ha sido virtualmente derogada y el máximo de pena hubiese sido de 15 años de prisión. Como resultante, no tendría derecho al jurado.

5. CONCLUSIÓN

Coincido con Harfuch al realizar la crítica a dicho artículo al indicar que “...Sin dudas que este es el artículo más “político” de esta ley. Cada vez que se discute un proyecto de jurados en cualquier parte del mundo, lo primero que concita la atención son estos dos interrogantes: “¿Qué delitos entran? y ¿es obligatorio o renunciable?”

No hay ninguna duda de que esta ley de jurados provincial es una excelente ley de transición, que ha optado por un modelo gradual de aplicación del jurado popular. Hablamos de “gradualidad” ya que el art. 118 de nuestra Constitución Nacional ordena que todos los juicios criminales se terminarán con jurados.

Quiere decir que nuestra Constitución establece el juicio por jurados obligatorio para todos los crímenes. Y así lo instituyeron las provincias de Córdoba y Neuquén. Jurado obligatorio para los crímenes más graves, aunque no estén todavía la totalidad de los crímenes contemplados (Córdoba, además y muy acertadamente, incluye los hechos de corrupción de funcionarios públicos).

Qué es crimen y qué no lo es, será algo que alguna vez deberá definir el Congreso federal al dictar la ley marco de juicio por jurados para todo el país (art. 75, inc. 12 in fine, C.N.). La tradicional tripartición francesa en materia de crímenes, delitos y faltas nunca fue diseñada en forma tajante. En nuestro parecer, crimen debería ser considerado todo hecho posiblemente reprimido con una pena de cinco años o más de prisión. Por debajo de esa pena, hablaremos de delitos y luego de faltas...”²⁰

El proyecto para el ámbito federal es de 5 años, por lo que entiendo que ello sería

19. GOROSITO IBAÑEZ CARLOS ANGEL s/CAUSA N° 6284 G. 1711. XLI. RHE11/09/2007

20. HARFUCH, ob.cit., pág 132.

el piso y las provincias deberían adecuar sus normativas, tal cual la ley de ejecución penal.

Que el citado fallo “Guillermaz” data del año 2019. Es decir, realizando una mensuración de la gradualidad pretendida, podemos ver que al momento del dictado de ese fallo, habían transcurrido seis (6) años desde la promulgación de la ley 14.543, pero solo cuatro (4) de la realización del primer juicio por jurados. Y así, es de hacer notar que hasta el año 2019, solo se habían realizado 375 juicios por jurados en el ámbito provincial. Ese “joven sistema” de jurados que al momento del fallo citado estaba en la primaria, hoy pasó a la secundaria. Y debe adaptarse a las nuevas enseñanzas.

Al finalizar el 2024, ya se habían realizado 769²¹ juicios bajo esta modalidad, por lo que el proceso que “llevaba pocos años” hoy resulta ser una cuestión netamente conjetural ya que el sistema se encuentra más “aceitado”, por lo que obliga a una revisión concreta del derecho constitucional invocado.

El fallo “Guillermaz” que se cita, ya se encuentra anacrónico ante la ola juradista que se vive en el país. Colijo que lo aspiracional que menciona el Dr. Carral en aquel fallo debe convertirse en una realidad, pues para ello se peticiona ante los jueces. Es de hacer notar que no se pide un juicio por “un” hecho criminal, sino por varios, que podrían concluir en penas de 30, 40, 50 años. Es injusto, es inconstitucional. Hace menos ciudadano a algunos bonaerenses que otros del mismo territorio. *Es la desigualdad entre los iguales.*

21. <https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=56134&n=Estadisticas%20Juicios%20Realizados%202015-2024.pdf>



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 4: Aspectos del Derecho Penal y Procesal Penal

**El principio de
oportunidad en
el derecho penal
del resarcimiento.
Aproximación teórica
y práctica judicial**

Marcela De Langhe

El principio de oportunidad en el derecho penal del resarcimiento. Aproximación teórica y práctica judicial

Por Marcela De Langhe¹

1. PUNTOS DE PARTIDA

Para dar comienzo a cualquier discurso crítico sobre el desenvolvimiento práctico —el real y el deseable— de cualquier instrumento jurídico, es conveniente introducir el contexto teórico y funcional en el que se concibe, es decir, dar una respuesta sobre las dimensiones sistemática y teleológica de la aparición de la figura jurídica en los ordenamientos legales. Muchas veces, los conflictos entre distintas posiciones interpretativas, los frenos definicionales, el entendimiento del sistema en general, convertirá ese marco teórico en un verdadero desarrollo argumentativo sobre los puntos de partida. Esto tiene especial vigencia en el tratamiento dogmático y práctico de, las llamadas, *salidas alternativas del conflicto* con la ley penal.

Según la diagramación constitucional, que de alguna manera ha tolerado la coexistencia de regulaciones federales y provinciales sobre la materia de las acciones penales (Sarrabayrouse, 2025: 448)², aquí se puede ubicar a los institutos de la suspensión del juicio o del proceso a prueba, la conciliación o mediación penal y la reparación integral como mecanismos que permiten, todos ellos, poner término al

1. Abogada, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Políticas Públicas en Seguridad, Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad del Salvador. Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidenta del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial. Fue Jueza en la Cámara de Casación y Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jueza de Garantías del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Fue Oficial mayor y Secretaria del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.º 8. Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular en la Tecnicatura Superior en Seguridad Pública –Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –Convenio con el Colegio Abogados de San Isidro-. Autora de libros y artículos relacionados con la especialidad de la materia penal y procesal penal. También ha dirigido, organizado, disertado, coordinado y moderado múltiples congresos, conferencias, seminarios, mesas de debate, jornadas, cursos y talleres relacionados con la especialidad.

2. “La tesis parcialmente triunfante con la reforma de la ley 27.147 significaría, también, que las provincias están facultadas para establecer no solo el ejercicio y el modo de extinción de la acción penal, sino también fijar las distintas categorías de acciones estableciendo otras diferentes o incluyendo otros delitos dentro de las establecidas por el CP”.

impulso de la acción penal sin llegar a consecuencias represivas. Entonces, las delimitaciones a su ámbito de aplicación deben ser acordes y estar sujetas a los poderes procesales relativos previstos —ya veremos en dónde— para el ejercicio de la acción penal.

Pero la cuestión del ejercicio de la acción y las posibilidades legalmente conferidas en torno a ello, como también su distribución, hacen pie en una dicotomía teórica comúnmente conocida como *inquisitivo vs. acusatorio*. Es que esa discusión, los acercamientos y las tendencias de adecuación hacia un modelo u otro acarrearán consecuencias transversales sobre todo el derecho procesal penal, en tanto, se proyectan en el reconocimiento, la legitimidad y hasta la utilización de las figuras jurídicas de un sistema legal. Por eso, dado el carácter multívoco que asume esta contienda entre aquellos tipos ideales (Langer, 2001: 102-110); me quiero referir al *acusatorio* como un tipo de modelo procesal, de manera netamente descriptiva y con particular impacto sobre el tema en trato, que incorpora la negociación como una vía de resolución de conflictos emparentada, a la vez, con el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

A propósito de este principio y de las facultades, aún limitadas, del Ministerio Público Fiscal para disponer libremente sobre la acción, lo cierto es que nuestra tradición jurídica es reticente a considerar que los fiscales sean los titulares de la acción y que el proceso sea un mero trámite de resolución de una disputa. La titularidad, en todo caso, comprende el ejercicio de la acción (Langer, 2001: 120)³. Así, renunciar o desistir de ella sería viable solo de manera limitada, pues compromete derechos ajenos.

La evolución teórica del concepto de acción penal que ha desarrollado la dogmática concluye que, puesta en relación con el derecho subjetivo, la acción es la *capacidad de defensa del derecho*, que puede materializarse a partir de la autoprotección o a través del reclamo de tutela por parte del Estado. Lo importante es que la defensa que el Estado ejerce cumple el papel de medio o instrumento, orientado a otros fines, pero no constituye un fin en sí mismo (cfr. Binder, 2014: 328). A partir de esa afirmación, puede inferirse, sin mayores inconvenientes, que el Ministerio Público

3. “Esto es natural en el modelo llamado de ‘investigación oficial’, porque el funcionario estatal que realiza la investigación no es dueño de ella, sino que tiene la obligación de determinar que ha ocurrido. Por ello, solo puede cerrar el proceso antes del juicio, si está convencido [de] que el imputado no cometió el delito”.

Fiscal, como titular del ejercicio de la acción, encontrará limitaciones que, por ejemplo, no admitirían la importación de una potestad dispositiva irrestricta.

El principio de legalidad, pensado como el deber del Estado de ejercer la acción penal, mantiene su vigencia en el derecho procesal. Sin embargo, de manera más o menos homogénea en las distintas regulaciones provinciales, la tendencia legislativa se ha orientado a una redistribución de roles y poderes en el ejercicio de la acción, acorde al esquema diagramado por el principio acusatorio. En muchos casos, esto se vincula con formas de extinción de la acción diversas del juicio penal o de la pena privativa de la libertad.

De nuevo, no es que el principio de legalidad (procesal) vaya a ser abandonado, ni es necesaria una noción que antagonice con el principio de oportunidad. Este último tampoco es un régimen de excepciones respecto de aquel primero. El imperativo que la legalidad adjetiva impone puede, y debe, ser revisado a través de la óptica de otro principio de indudable autoridad, que es el de mínima intervención o *ultima ratio* del derecho penal⁴ (Buompadre, 2015: 25; Binder, 2005: 210-211).

El rendimiento de los imperativos del principio de legalidad llevado al extremo no propone otra cosa que un “control simbólico cuyo eje no es la resolución de los conflictos sino distintas formas de atemorizar a la población” (Binder, 2005: 209) y olvida que es preferible toda solución no violenta, precisamente porque resulta política y moralmente mejor al ejercicio del poder punitivo que el Estado monopoliza (Binder, 2005: 210).

La conclusión apuntada es la que mejor hace justicia, según Binder, al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, lo que a su entender construye un principio general con variadas consecuencias sobre el proceso y el sistema penal en general⁵. El autor enfatiza una dimensión de la *última ratio* que opera sobre el procedimiento de

4. Es interesante la argumentación que dio un juzgado de juicio del departamento de La Plata para conceder una suspensión del proceso a prueba en un caso con incidencia de género, pese a la limitación impuesta en el caso “Góngora” (Fallos: 336:392) por la Corte federal: “[L]a respuesta únicamente sancionatoria y desligada de las especiales circunstancias del caso implicaría declinar toda posibilidad de hallar respuestas equilibradas —que los y las servidores y servidoras públicas estamos compelidos a brindar—, y dejar de lado otros principios del derecho ligados al uso excepcional del principio de *ultima ratio*, al principio de lesividad y de mínima intervención”. Juzgado Correccional n° 3 de La Plata, 05/08/2022, “Bartet” (causa n° 7950-3).

5. Binder considera que, tomado en su sentido amplio y juntamente con otros lineamientos adyacentes, el principio de *ultima ratio* implica al de mínima intervención, y es una regla de eficacia que además de poner límites a la política criminal, imparte órdenes para la administración razonable de la violencia (Binder, 2014: 221-223).

administración de justicia, excediendo la noción clásica de la “mínima intervención” (sustantiva) orientada al principio de subsidiariedad o fragmentariedad en la discusión sobre la criminalización de conductas (Silva Sánchez, 1992: 290-291; el mismo, 2025: 204).

A partir de este estándar axiológico se construyen los criterios de oportunidad fiscal, que actualmente ganan terreno como un concepto con independencia teórica de la noción de legalidad. A esto, por supuesto, se tienen que adicionar los costos irrogados a los limitados recursos judiciales, que la exhaustividad en la actuación de oficio aparentemente reclama —lo cual, según Binder, no forma parte de la definición de legalidad procesal—. De manera que será ineludible traer a la discusión un argumento de economía procesal que priorice una administración de justicia más eficiente, orientada hacia el mismo horizonte al que apunta la mencionada *ratio* excepcional del derecho penal. El principio puede operar como un criterio rector de todas las actuaciones procesales que impliquen *selectividad* en relación con los casos (Binder, 2005: 212).

Recapitulando, y de acuerdo con desarrollo anterior, puede sintetizarse que los agentes estatales abocados a la acusación, máxime a partir de la mutación hacia modelos que preconizan la separación del rol del juzgador y el acusador, no son los titulares de la acción, sino de su ejercicio. La conclusión no es contraria al deber que el principio de legalidad impone al Ministerio Público Fiscal, incluso conforme la tradición jurídica continental europea que identifica a nuestro derecho.

El ámbito de aplicación restringido que al derecho penal le prescriben estos puntos de partida, sumado al deber de impulsar la acción, abre paso a un criterio de *oportunidad reglada* o normativa: “el régimen de la acción es el principal regulador de la participación y del valor de los distintos intereses en el proceso penal, ya sea para la consecución de salidas reparatorias o la imposición de una pena de cárcel. El interés surge siempre de un proceso de victimización y, por lo tanto, de un tipo de víctima (...)” (énfasis agregado, Binder, 2018: 282).

Con esta noción, construir un régimen dispositivo de las acciones penales sujeto a la mejor y mínima solución de conflictos de intereses de los distintos “niveles de víctimas”⁶ es sentar los lineamientos (política criminal) del principio de oportunidad.

Para cerrar este apartado, creo que la mejor explicación del ideal que subyace al modelo procesal de la *disputa* la aporta el conflicto de intereses. Las controversias de estas características precisan, en primer término, salidas de menor drasticidad y de mayor utilidad que la sanción penal: se legitima, de esta manera, una preferencia institucional por la restauración (al estado anterior) de la lesión. Afirmar la mayor utilidad de la reparación frente a la pena, sin lugar a dudas, requiere posicionar al titular del interés afectado por el delito en el foco de las preocupaciones de la dimensión teleológica del derecho penal —no solo del castigo, salvo que la reparación pase a ser, en sí misma, castigo penal (Roxin, 2000: p. 13)—.

En paralelo, esta visión solo podrá sostenerse en la medida en que existan, en efecto, verdaderas afectaciones de intereses diversos detrás de cada tipo penal, que logren incluso exceder la visión individual e interpersonal del conflicto tradicional, admitiendo la posibilidad de que haya intereses comunitarios, colectivos, sociales y hasta de la humanidad.

La función del Ministerio Público Fiscal está ahí donde sea necesaria la gestión pública de todos ellos. Especialmente cuando se trate de intereses colectivos o difusos —eminentemente estatales—.

Además de la clásica función que suele repartirse entre fiscales y jueces (el rol de garantes de la legalidad), el principio de oportunidad será la herramienta con que los fiscales cuenten para priorizar intereses en procesos complejos, aquellos en los que confluyen distintos niveles de víctimas. No obstante, muchas veces, no será el fiscal el mejor posicionado para gestionar intereses que son ajenos a la representación del Ministerio Público, lo que puede conducir a dar mayor relevancia a la participación de otros agentes (Binder, 2018: 258), incluso estatales, en el proceso⁷.

6. Binder construye una tipología escalonada de procesos de victimización, en función del carácter (individual o colectivo) del interés comprometido, la base asociativa del grupo afectado (cuando no se trata de una víctima particular), la titularidad de la gestión de los intereses afectados, etcétera (Binder, 2018: 264).

7. “Es claro que la ARCA resulta la persona ofendida directamente por los delitos de evasión de tributos imputados, y, por ende, la víctima del delito en los términos del inciso a) del artículo 79 del CPPF”. CFPP, Sala I, 28/04/2025, “Mansilla” (FSA 11414/2023/7), voto del juez Hornos.

2. TIPOS DE PROCESOS COMPOSICIONALES

Me resulta ilustrativa la clasificación que hace Binder de los canales composicionales que el sistema utiliza. El autor distingue estos procesos en “salidas directas” y “suspensiones”. Subdivide estas últimas en suspensiones *formales* e *informales*.

No me detendré en las características que tiene cada categoría, ya que lo que me interesa resaltar es que en las *salidas directas* el solo acuerdo es el que conduce a la finalización definitiva del caso (Binder, 2018: 573). La mediación y la conciliación son vías hacia un pacto que —siempre dependiendo de la legislación procesal de que se trate— puede llevar al cierre definitivo del proceso penal.

La reparación integral, de la que más tarde me encargaré, también podría ganarse un lugar en esta sección. Sin embargo, como en general los códigos adjetivos postergan cualquier resolución definitiva a la comprobación del cumplimiento de las prestaciones del acuerdo y se suele requerir homologación, puede ubicarse a este tipo de procedimientos en el nivel de *suspensiones informales* (Binder, 2018: 575).

La suspensión del juicio o del proceso a prueba se identifica con un tipo de *suspensión formal*. Esto quiere decir, sencillamente, que se trata de resolver un caso que ya cuenta con una imputación formulada por la fiscalía. Esta última circunstancia, en algunos supuestos, “amplía el margen del Ministerio Público para poder avanzar sin satisfacción plena de la víctima, pero ello dependerá de la propia política que se fijen los fiscales y ello será dependiente de los casos en los que se aplica o de la estrategia diseñada para los distintos fenómenos criminales” (Binder, 2018: 589 y 590). Dicho llanamente, es posible que el Ministerio Público Fiscal preste conformidad y acepte suspensiones de esta índole con oposición de la víctima, pero en función de otros intereses que está llamado a representar (niveles colectivos de víctimas). Esto no debe ser un proceso formulario o administrativo, sino que debe atender a casos concretos y a criterios generales y objetivos de actuación, estos últimos, ciertamente, constituyen verdaderas decisiones de administración de intereses generales que se relacionan con la política criminal.

A continuación, repasaremos algunos de los mecanismos composicionales previstos en nuestro derecho y el modo en que la práctica legislativa y judicial los ha ido definiendo en cuanto a su contenido, alcances y los requisitos de procedencia exigidos

para su uso. Enfatizaremos, especialmente, el vínculo entre la conformidad del fiscal y la administración de intereses en pugna implicado en este tipo de salidas.

3. REPARACIÓN INTEGRAL COMO CAUSA AUTÓNOMA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN PROCESAL

La Ley 27.147 incorporó al artículo 59 del CP el sexto inciso que establece que la acción penal se extinguirá: “por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

Tanto la disyuntiva entre los dos mecanismos de extinción allí previstos como la remisión al derecho local han causado revuelo en la doctrina. En general, se acepta que se trata de dos vías distintas y se rechaza la sinonimia entre reparación y conciliación.

Ahora bien, en cuanto a la concepción de la reparación integral como método alternativo de extinción de la acción independiente (a la conciliación), algunos intentan marcar que las diferencias de esta salida alternativa se basan en el carácter unilateral de *una decisión* de reparar el daño⁸ o el modo en que se realiza el ofrecimiento, pero esta adjetivación es aparente, pues si la oferta –unilateral– no es aceptada, no podría funcionar como salida del conflicto. En el caso contrario, se tratará de un acuerdo. Así, podría convenirse la necesidad de una prestación pecuniaria “integral” como resultado de una mediación o de un proceso de conciliación⁹.

Entonces ¿por qué el legislador ha hecho un esfuerzo en distinguir reparación de conciliación como *supuestos de extinción de la acción* distintos si parece tratarse de dos instancias diferentes de un proceso compositivo?

Podría pensarse que, en ausencia de regulación específica, el supuesto de la conciliación (o acaso, de la mediación) parecería habilitar la extinción cuando el acuerdo

8. Cfr. Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1, 22/04/2024, Galván, (CPE 672/2013/T01), con cita de la opinión de Yacobucci I., y de Ezeiza, M.

9. Sobre el vocablo ‘conciliación’, existen referencias a dos acepciones admitidas. Para entender la relación entre la reparación y la conciliación, veo más conveniente referirse a este último en su connotación más técnica, es decir, como un proceso de autocomposición en la que el tercero que media el conflicto está facultado a proponer fórmulas de acuerdo (Fariña, 2015: 2). No obstante, autores como Hairabedián han entendido por ‘conciliación’ algo más próximo a la idea de *reconciliación* final víctima-victimario. Una *reconciliación*, si bien puede requerir una reparación del daño, no es de lo único que depende (Lascano, 2025: 314).

se produce o cuando se formaliza con la homologación judicial. En ese caso, la homologación debería ir acompañada de un sobreseimiento o de la declaración de la extinción de la acción penal. Pero para una reparación integral lo que se exige es que la compensación del daño ocurrido se haga efectiva (y no podríamos decir “daño causado”, puesto que el juicio de comprobación ontológica del resultado no habrá ocurrido aún en el proceso). Por lo demás, es una posibilidad cierta que la conciliación, como cualquier otro ámbito de negociación (intercambio directo o la mediación) conduzca a una reparación integral.

Al distinguir la reparación integral de la conciliación, el Código Penal parece referirse a que no necesariamente con la última deba alcanzarse la plenitud a la que hace referencia el art. 1740, CCCN. En ese sentido, constituye un imperativo dirigirse al Código Civil y Comercial cuando de reparación *integral* se trata (Salas, 2025: 100 y ss.), pues una relectura viable y habitual de esta forma de compensación es la *restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie* (art. 1740, CCCN)¹⁰.

Aun cuando puedan diferenciarse las dinámicas del proceso de composición en una conciliación y sobre una reparación plena, para ambas salidas debe existir acuerdo entre las partes de un conflicto.

La reparación integral como vía de resolución del conflicto penal todavía no fue reflejada en todas las legislaciones locales mediante una regulación concreta, pese a la remisión del inciso 6, art. 59, CP. Esto ha fomentado otra discusión acerca de su aplicabilidad directa en esos foros y, en ese caso, ¿cuáles son sus requisitos de procedencia? ¿Los tiene?

Mayoritariamente, se admite la utilización directa de las cláusulas del Código Penal, en contra de las opiniones que consideran que se trata de un mandato de aplicación programática¹¹. Hasta el moment, he expuesto posibles diferencias presentes en la jurisprudencia para distinguir la reparación integral como un método específico de

10. CFCP, Sala IV, 23/10/2020, “Castiñeiras”, (causa n° 14958/2017); CAyCPPJCyF, Sala I, 21/02/2024, “DBPA s/ 296”, (causa n° 54641/2023-1).

11. Para mayor detalle sobre la cuestión, v. CNCP, 22/05/2017, “Verde Alva” (causa n° 25872/2015) voto del juez Sarrabayrouse; v. también CAyCPPJCF, Sala I, 26/11/2021, “Sánchez”, (causa n° 34676/2020-0); Sala I, 21/03/2025, “NN s/ 149 bis” (causa n° 60302/2024); Sala II, 8/07/2024, “LC s/ 89, CP”, (causa n° 124897/2022-3); TOPE n° 3, 27/09/2019, “Canonaco” (causa n° 71849/2014).

resolución de conflictos que sea independiente de la mediación o de la conciliación. Sin embargo, otra vía de solución al problema legislativo empieza por hacerse cargo de los problemas conceptuales que se introdujeron con la reforma de la Ley 27.147.

Comencemos por dar una definición. He propuesto que la reparación integral, como mecanismo de extinción, en realidad hace referencia al *objeto* del acuerdo resultante de una negociación previa (sustanciada en el mismo expediente o por fuera), que eleva al ofrecimiento del imputado al grado de compensación plena. Por eso, es adecuado definirla como una situación de *cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir* (Pastor, 2015: 2) los rubros indemnizatorios que la víctima considera lesionados por el delito. Pero la unilateralidad está en el ofrecimiento y, quizá, en la voluntad de cumplimiento de la prestación y, aunque parezca obvio, no en la decisión de qué es reparación para la víctima. Con acierto, se ha descartado la reparación integral cuando la víctima no tuvo participación alguna y la reparación fue, de alguna manera, una imposición del acusado¹².

Con esto, quiero decir que la conciliación, la mediación y la negociación directa son *mecanismos bilaterales* solamente por la dinámica implicada en esos conceptos, los que designan espacios horizontales de negociación con o sin el arbitraje de un tercero. Como tales requerirán, indefectiblemente, la presencia de la parte damnificada en el momento del diálogo. La propia mecánica negocial que implica una conciliación (como proceso) impedirá su procedencia si la víctima no está presente o no acuerda.

Ahora bien, frente a un ofrecimiento formulado unilateralmente por el imputado en concepto de reparación integral es también la víctima (tal como la hemos venido definiendo) quien tiene que definir si la prestación ofrecida satisface plenamente su interés dañado: “es una cuestión que solo involucra a la víctima y al autor de ese hecho ilícito o al tercero obligado a reparar que, en caso de discrepancia, debería ser resuelta por el tribunal que deba dictar sentencia en el juicio donde el damnificado ejerció la acción civil resarcitoria, sin injerencia legítima del representante del Ministerio Público Fiscal” (Lascano, 2025: 338).

12. CNCP, 14/11/2017, “Lossaso”, voto del juez Sarrabayrouse.

Prácticamente, se le transfieren algunas facultades *de oportunidad* al damnificado. Sin duda, estas posiciones requieren un profundo desarrollo, amén de su colisión frontal con la tradición jurídica vigente, acerca de la conveniencia de distribuir los roles acusatorios hacia un número indeterminado de víctimas posibles, con todo lo que ello implica, y buscar una resolución privada del delito.

De todos modos, es necesario que haya un control judicial de los acuerdos o de los ofrecimientos de reparación integral que sean aceptados por la víctima. La *integralidad* del resarcimiento es una categoría normativa asociada a la noción de “restitución al estado anterior”. Precisa de un tercero imparcial con poder de decisión que califique la prestación ofrecida de ese modo, que la subsuma en esa figura jurídica.

Es cierto que la intervención de la víctima dota de racionalidad la propuesta compositiva con el viso de su interés; no obstante, el ejercicio de control judicial posterior del ofrecimiento no está obligado a ajustarse a su decisión. En consecuencia, una vez calificada de *plena* o *integral*, no se justificaría el rechazo en función de la oposición de la víctima ni del Ministerio Público Fiscal, si el único fin perseguido en el proceso penal es uno restaurativo. Dicho de modo contrario: si la oposición es fundada y razonable es porque no estaba presente en la propuesta reparatoria esa calificación normativa de resarcimiento total y pleno. La única salvedad a lo afirmado solo se justificaría en la búsqueda de alguna finalidad distinta en el derecho penal, sea que se priorice un fin retributivo u otro tipo de consecuencias diversas a la reparación.

Al resolver un recurso relativo a este asunto, la Cámara porteña ha resumido muy bien esta cuestión que, si bien es definicional, no se relega a una mera problemática de etiquetas, pues al final es una vía de resolución del problema de la desregulación de la reparación integral, en tanto lo aproxima a mecanismos de negociación ya reglados:

“A pesar de que pueda resultar complejo establecer diferencias sustanciales entre la mediación o composición (art. 217, CPP) y la conciliación o reparación integral (arts. 59[inc. 6,] CP), en el sentido de considerarlos como institutos independientes entre sí o, por el contrario, como figuras entrelazadas por una relación de *medio* a *fin*, esto es la instancia de mediación o composición como un *medio* procesal que tiene como *fin* lograr la aplicación de una causal de extinción de la acción penal del derecho de fondo –como lo es la conciliación entre las partes o la reparación integral del daño–,

lo cierto es que todos ellos presentan un rasgo en común, en tanto constituyen vías alternativas de solución de conflictos diferentes a la imposición de una pena y, por ello, se rigen por la regulación pertinente establecida en la legislación de forma”¹³.

En tanto, el vocal opinante sostiene que la reparación integral debe entenderse sujeta a las reglas de la disponibilidad de la acción, tal como ocurre con la mediación o composición (art. 217, inc. 2, CPPCABA).

En función de ese argumento, y pese a que la víctima, en el caso en análisis, había aceptado el ofrecimiento dinerario como una reparación plena, el juez analizó la razonabilidad de la oposición fiscal para concluir, a favor de ese Ministerio, que el caso no podía resolverse de ese modo. Queda cristalizada, en esta opinión, otra forma interpretar la figura de la reparación integral que trae el interrogante del valor del dictamen del Ministerio Público y si son atendibles sus razones para resolver un asunto en el que se han puesto de acuerdo el autor del delito y el titular del interés dañado. Más adelante, repasaremos algunas decisiones judiciales sobre las oposiciones de los fiscales en la materia.

Los códigos procesales que se han ocupado de dar un marco regulatorio a la mediación han puesto limitaciones normativas a la procedencia de, cuando menos, una de estas vías.

En efecto, en la Provincia de Buenos Aires acceder a este espacio, en el marco de un proceso penal es la excepción: solo se prevé para asuntos patrimoniales y de familia, convivencia o vecindad (art. 6, Ley PBA 13433) y se excluyen expresamente supuestos, incluso dentro de ese espectro de delitos, que involucren el ejercicio de la función pública, delitos graves o violentos (ej. abuso sexual, delitos contra la vida, robo, etc.), entre otros.

Por su parte, la legislación procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solo excluye los delitos dolosos contra la vida, la integridad sexual, la violencia intrafamiliar y todo delito cuya escala penal exceda de seis años (art. 217, CPPCABA). El CPPF, de manera lacónica, regula la conciliación para delitos culposos en general, siempre que no haya resultado de muerte ni de lesiones gravísimas, salvo que se trate de de-

13. CAyCPPJCF, Sala III, 20/03/2025, “FJD s/ 89” (causa n° 303317/2022-2), voto del juez Mahiques.

litos dolosos con contenido patrimonial (art. 34, CPPF). En general, las leyes impiden resolver en espacios de negociación oficial las formas delictivas que impliquen grave violencia, que tengan gran potencial lesivo, o que afecten bienes jurídicos prioritarios según las concepciones comunitarias vigentes. La cuestión vuelve a conducir al problema de la regulación independiente de la reparación integral y si esta puede resolver cualquier tipo de antijuridicidad penal, a falta de regulación expresa.

Más allá de los ejemplos citados, se pone en discusión el rol de la fiscalía en la administración de la acción cuando, tal parece, estos mecanismos priorizan el diálogo entre la víctima individual y el imputado. Al mismo tiempo, la ley pone al Ministerio Público Fiscal imperativos de ceñirse a soluciones de este tipo (art. 98 CPPCABA; arts. 56, tercer párrafo, y 86, CPPBA; art. 22, CPPF). Así, tanto en la mediación como en la conciliación —por caso, también cuando el acusado intenta probar que ofrece una *reparación plena*— quien tendrá un rol preponderante es la víctima, llamada a manifestar su posición. Por eso, se relega en la figura del fiscal un deber de “control de legalidad y convencionalidad de las gestiones conciliatorias de las partes” (Salas, 2025: 104), pues su anuencia u oposición en razón de criterios de oportunidad, se ha sostenido, en nada modifican el carácter integral de la reparación (Salas, 2025: 101).

Esto es, *prima facie*, cierto cuando se trata del interés de una víctima particular y, tal como hemos expuesto más arriba, el espacio que la fiscalía tiene para oponerse es posiblemente más estrecho que en un caso de suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, cabría ofrecer una revisión de algunos aspectos de esa afirmación, particularmente cuando se trate de intereses colectivos o de otro nivel de víctimas representado por el Ministerio Público Fiscal (Martín, 2025: 81). Y también cuando el fiscal se oponga en apoyo a los intereses de la víctima particular que, en razón de situaciones de vulnerabilidad que pueden arrastrar distintos motivos, sesgos y presiones, vea comprometida su decisión. Más adelante enumeraremos algunas justificaciones posibles a la oposición del fiscal que no cuentan con respaldo del derecho positivo, según son repasadas en la doctrina y la jurisprudencia de la materia.

Por último, no quiero que quede afuera de esta aproximación otro problema que trae la desregulación de los mecanismos de reparación integral y conciliación cuando parece habilitar su aplicación a todos los delitos. Un derecho penal que sea siempre subsidiario del derecho reparatorio puede llevar a garantizar la impunidad de quienes, en palabras de Pastor, tengan *capacidad resarcitoria ilimitada* (Pastor, 2015: 3, nota al pie n° 15). Este ha sido el eje argumentativo central al que la fiscal León apeló

en la causa “Cuadernos”¹⁴ para rechazar los ofrecimientos de reparación integral de exfuncionarios públicos y grandes empresarios imputados¹⁵. Una objeción como esa presume que del derecho penal se espera algo más que la reparación del perjuicio.

Aun si aceptamos que *todo delito es reparable* mediante alguna prestación, en la generalidad de las opiniones que existen sobre estos institutos, deambulan intuiciones contrarias a la reparación (dineraria) de cualquier caso penal, especialmente los más graves o de los asuntos escandalosos y masivos.

4. LAS LIMITACIONES LEGALES PARA ACCEDER A LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

No es la idea de este trabajo exponer extensivamente cuáles son y cómo se interpretaron habitualmente en la praxis judicial los requisitos de procedencia de la *probation*, hay numerosos trabajos sobre el tema.

Por recordar algunos de ellos, la ley impide que el instituto resuelva el caso penal de los delitos que tienen pena de inhabilitación¹⁶; también lo proscribe para delitos de infracción de los deberes de funcionarios públicos, siempre que la mecánica del delito haya implicado el abuso de la función. Resulta expresamente inaplicable frente a los tipos penales del Código Aduanero y los del Régimen Penal Tributario. Existen también limitaciones para acceder a una segunda suspensión, vencida o revocada la primera. Todos los requisitos han sido objeto de muchos trabajos que abordaron en profundidad la lectura de los arts. 76 *bis* y *ter*, del CP, en especial con el enfoque amplificador del precedente CSJN “Acosta” (Fallos: 331:858).

Sobre los dos primeros casos en los que la suspensión resulta aplicable, parece que el Código Penal, considerando la levedad de los delitos referidos en los párrafos primero y segundo del art. 76 *bis*, no requiere consentimiento fiscal (Bovino-Lopardo-Rovatti, 2016: 79, 315), sin perjuicio de que los procedimientos localmente

14. Causa n° 9608/2018 que tramita ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 7.

15. Poritzker, K., 12/09/2025, Fabiana León: *La corrupción se juzga, no se compra*, en “Revista Quorum”, URL: <https://revistaquorum.com.ar/2025/09/12/fabiana-leon-la-corrupcion-se-juzga-no-se-compra/> [15/09/2025]. Según la nota periodística, la fiscal dijo: “[l]a confianza pública se construye cuando las reglas funcionan incluso en los casos más difíciles; **negociar la salida sería un mensaje letal**”.

16. Sin embargo, el precedente CSJN “Norveto” (causa n° 326. XLI) suele invocarse en la práctica para superar este escollo legal.

regulados sí exijan el acuerdo o la conformidad en todos los casos. Volveremos sobre esto más adelante.

La oportunidad fiscal es regulada por la ley penal sustantiva solo para los delitos más graves entre los que permiten usar el instituto; mientras que en los casos de delitos que en abstracto no exceden de tres años de prisión, dadas las demás condiciones, se estipula legalmente como un derecho del imputado. Quiero limitarme a señalar en esta sección que, más allá de la discrepante aplicación del instituto entre magistrados, la oposición fiscal puede estar fundada en los límites demarcados por la ley o, al contrario, la conformidad fiscal con la salida puede no ser vinculante cuando esté avalando la aplicación de la *probation* por fuera de la ley. En la jurisprudencia existen ejemplos de toda clase y en distintos sentidos. Pero hace más sentido para este trabajo el caso en que la oposición de los fiscales está basada en otras razones que no sean los obstáculos legales, que de todos modos pueden ser objeto del control judicial. En esa línea, calificada doctrina considera que: *“la opinión del fiscal –su consentimiento– se debe limitar a la formulación de un juicio de conveniencia y oportunidad político criminal, en un caso concreto, acerca de la continuación o suspensión de la persecución penal”*, y deja el análisis de los requisitos objetivos (ya valorados por el legislador) a los tribunales (Bovino-Lopardo-Rovatti, 2016: 325).

Sobre la base de esta idea, los tribunales también habrán de limitar el control del dictamen fiscal a algún estándar de racionalidad de dicha opinión. Analizaremos, a continuación, cómo han tratado los operadores del derecho a los dictámenes fiscales.

5. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA OPOSICIÓN FISCAL

En los acápites anteriores, hemos conceptualizado y deslindado las figuras de reparación integral, conciliación y suspensión del proceso a prueba. Repasamos brevemente algunas de las limitaciones legales más comunes y que podrían dar razones normativas a la oposición fiscal, pero adelantamos que la cuestión legal podía solaparse con el control judicial. En lo que sigue, analizaremos la oposición fiscal basada en otros motivos, es decir, el verdadero en ejercicio de la oportunidad persecutoria potestativa de ese Ministerio.

Sobre este aspecto, podemos complejizar más la cuestión dividiéndola en universos de casos posibles según las posiciones de los agentes con capacidad de pactar una salida anticipada a la pena: por un lado, la disidencia de la víctima particular ante un

acuerdo fiscal-imputado; por otro, la disidencia del fiscal frente a un acuerdo víctima-imputado.

Ya dijimos que, si el fiscal no es el titular *de la acción*, sino *de su ejercicio*, ese derecho y la compensación podrían ser exclusivamente de la víctima. Hasta este punto, no tendría razón de ser la decisión fiscal adversa a la voluntad de la víctima. Sin embargo, hemos dicho también que la fiscalía, en términos de Binder, puede representar los intereses de otros niveles de víctimas, cuya prelación, a veces, logrará legitimar la contradicción a la víctima particular. Se complejiza aún más la paleta de universos posibles si añadimos casos en los que el fiscal, víctima e imputado están de acuerdo en emplear una salida, pero la jurisdicción la rechaza. Estos últimos, se tratarán con más detalle en el apartado final.

Con ese panorama, los acuerdos que son producto de la mediación, la conciliación, o una transacción directa sobre la propia reparación integral resuelven los problemas de ambas casuísticas con una tendencia a apoyar a la víctima privada, y las excepciones vendrían dadas por aplicación del fiscal del principio de oportunidad basado en circunstancias del caso concreto. En cambio, en el nivel de los acuerdos que implican la suspensión de los procesos a prueba, las fuentes legales del derecho en general han demostrado jerarquizar la voluntad del fiscal, dándole un espacio más fuerte a las decisiones que materializan la facultad de oportunidad de ese Ministerio. Aquí quiero realizar una breve exposición de razones de oposición fiscal que no están fundadas en limitaciones legales.

5.1 Oposición fiscal en la suspensión del proceso a prueba

Comencemos con el instituto de la *probation*. La literalidad de la ley nacional prescribe cuáles son los casos en los que no es necesaria siquiera la conformidad fiscal (primer y segundo párrafo del art., 76 bis, CP) y los que sí la precisan (cuarto párrafo, art. 76 bis, CP). Paralelamente, no se hace referencia al acuerdo de la víctima con la suspensión, pero sí queda establecido que no es requisito que acepte la reparación ofrecida, ya no integral, sino razonable.

Si bien es habitual que el Ministerio Público Fiscal dictamine sobre el cumplimiento de las reglas de conducta y reparación antes de que el juez disponga el sobresei-

miento¹⁷, tanto la Provincia de Buenos Aires como la CABA han puesto énfasis en la necesidad del *acuerdo* (conformidad fiscal) como requisito previo a suspender el proceso (arts. 404 CPPBA¹⁸ y art. 218 CPPCABA¹⁹). La lectura conjunta de los respectivos articulados de forma y el art. 76 bis del CP dan cuenta de que la parte que negocia es la acusación pública, relegando la participación de la víctima a una opinión no vinculante sobre una reparación que puede ser parcial o hasta incluso simbólica. Se acentúa la competencia de los fiscales para dar inicio a su tramitación antes que para la decisión definitiva.

En el caso bonaerense, lo vinculante para el juez –salvo excepciones– es “el acuerdo” y no la oposición fiscal. En cambio, la Ciudad de Buenos Aires junto con muchas otras legislaciones locales, se refieren al carácter vinculante de la oposición lo cual las acerca al supuesto del cuarto párrafo del art. 76 bis CP. Si bien la diferencia suena superflua, las consecuencias son diversas. Que lo vinculante sea el acuerdo, tal como se sigue de la literalidad del código procesal bonaerense, parece impedirle al juzgador el rechazo, pero habilitarlo a suspender el proceso a prueba aun frente a la oposición de la fiscalía. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Casación bonaerense, reunido en pleno, ajustó la interpretación de esa norma, de modo que: “la anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del art. 76 bis del Cód. Penal”²⁰. La referencia al carácter vinculante de cualquier acuerdo para el tribunal impacta sobre los alcances de su competencia de revisión, la que será tratada en el siguiente párrafo.

17. Es decir, el momento de la extinción de la acción propiamente dicho.

18. “Procedencia. En los casos que la ley permita suspender el proceso, a requerimiento de parte y desde la declaración del artículo 308 de este Código, el órgano jurisdiccional competente convocará a las partes a una audiencia. Se citará a la víctima para ser oída, aun cuando no se hubiese presentado como particular damnificado. Se le explicará en lenguaje claro cuáles son los alcances de lo actuado por el Juzgado o Tribunal y se le informará sobre sus derechos y herramientas procesales en esa instancia.

El acuerdo entre Fiscal y defensor será vinculante para el/la Juez/a o Tribunal, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas. El/la Juez/a al resolver deberá valorar lo manifestado por la víctima, sin perjuicio de su carácter no vinculante, adoptando las medidas para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas al beneficiario de la suspensión del proceso a prueba. La resolución deberá ser inmediatamente comunicada al Juez de Ejecución y a la víctima (...)” (énfasis agregado, art. 404, párrafos 1 a 3, CPPBA – Texto s. Ley 15232).

19. “La oposición del Ministerio Público Fiscal, fundada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal” (art. 218, 3er párrafo, CPPCABA). El texto es idéntico al párrafo 9no del art. 360 bis, CPP de la Provincia de Córdoba. Otros casos similares son los de Neuquén (art. 108, CPP neuquino) y Corrientes (art. 38, CPP correntino) –este último prevé la posibilidad de revisar la oposición del fiscal ante el Fiscal de Cámara–.

20. TCP Buenos Aires, en pleno, 9/09/2013, “BLE y otro s/ Recurso de queja” (causa n° 52274-52462).

Ahora, tanto la jurisprudencia plenaria de la casación provincial como las regulaciones de la Ciudad de Buenos Aires y similares dejan, asimismo, un espacio para revisar directamente la oposición fiscal a la suspensión del proceso a prueba. Solo minoritariamente la jurisprudencia consideró que la oposición fiscal infundada era vinculante²¹.

En general se ha considerado infundada la oposición del fiscal cuando está basada en formulaciones laxas, dogmáticas o principistas²², por ejemplo, en la “gravedad del hecho” sin hacer referencia a los pormenores del caso que justifican esa gravedad (Lopardo – Ossola, 2025: 464). Problematicando con la aplicación automática de fórmulas generales, surge la pregunta de qué debe hacer el fiscal frente a criterios generales de actuación (esto es, aplicables en abstracto a una cantidad indeterminada de casos), que es el modo en que se sientan los lineamientos de política criminal. Por ejemplo, la resolución 92/23 de la PGN impone a los fiscales de grado el deber de oponerse a la *probation* cuando existan otras suspensiones en curso en otros procesos. Esta es una limitación adicional al texto normativo, por eso es criticada esta instrucción (Vásquez Pereda, 2025: p. 384-385). Ahora bien, se ha sostenido que tales criterios de actuación son parámetros a tener en cuenta y que brindan justificación²³ y razonabilidad²⁴ al dictamen fiscal desfavorable, sin perjuicio del contenido casuístico que su posición no puede desdeñar. En general, se establece que lo controlable es, de nuevo, la del dictamen fiscal, sea o no favorable, pero el juez no debe reemplazar el criterio de oportunidad fiscal con el suyo propio²⁵.

Paralelamente, se ha sostenido que no es vinculante la oposición de la parte querellante fundada en la insuficiencia de la reparación ofrecida. Esta postura, claramente apoyada en la formulación legal del art. 76 bis, tercer párrafo, CP, apoya la idea de que la suspensión a prueba, como salida alternativa, prioriza intereses de otros órdenes. Sin embargo, esto no quiere decir que en una *probation* se desatienda automática-

21. CNCP, Sala 2, 22/04/2014, “Bendoiro Dieguez” (CCC 27370/2013) voto del juez García.

22. CNCCC, Sala 2, 10/04/2015, “Gómez Vera”, (CCC 26065/2014, reg. n° 12/2015), votos de los jueces Bruzzzone y Sarrabayrouse.

23. CNCCC, Sala 3, 7/04/2015, Menchaca, (CCC608800/2013, reg. n° 4/2015), votos de los jueces Días y Jantus.

24. CNCCC, Sala 2, “Gómez Vera”, (CCC26065/2014, reg. n° 12/2015), voto del juez Bruzzzone.

25. TSJCABA, 8/09/2010, “Benavidez” (causa n° 6454/09) y 07/10/2020, “Muggeri Balzan” (causa n° 16506/18); CAyCPPJCF, Sala IV, 23/10/2024 “RER s/ 189 bis” (causa n° 38596/2024) y CAyCPPJCF, Sala III, 2/07/2024, “CMC y otros s/ 89” (causa n° 348244/2022); CNCCC, Sala 3, 22/09/2015, “Mercado Mariscal” (CCC34837/2013, reg. n° 497/2015) voto concurrente de los jueces Garrigós de Rébora y Jantus.

mente la opinión de la víctima particular o la mejor resolución de sus intereses. Los casos de suspensiones a prueba en delitos de violencia contra la mujer son ejemplos de esto último, pues suelen concederse o no siempre en miras del interés de las víctimas particulares²⁶.

5.2 Oposición fiscal y reparación integral

Según ya vimos, la “reparación integral” no tiene límites claros de fuente legal. No ocurre lo mismo con la mediación penal y la conciliación que, en algunos ordenamientos procesales locales o leyes complementarias, sí tienen sus requisitos establecidos. Por tanto, en este caso la oposición del ministerio fiscal no tiene parámetros legales, aunque surge el interrogante de si es posible extrapolar los de otros institutos. Según algunas opiniones, de este modo se incurriría en una analogía *in malam partem*. Allí donde los fiscales sean llamados a aplicar su criterio de oportunidad, como representantes de algunos intereses damnificados, lo cierto es que no parece desprovisto de toda razón utilizar criterios que el legislador haya tomado antes para otras salidas alternativas similares (p. ej., la gravedad del delito, el abuso funcional del autor calificado, las penas de inhabilitación), pues en la determinación legislativa de dichos obstáculos puede haber, también, una ponderación de intereses.

A falta de estos reparos, lo aconsejable es, llanamente, que los magistrados se limiten a revistar la razonabilidad y justificación del dictamen fiscal, sin que sus opiniones personales (por muy ilustradas en derecho que sean) reemplacen el criterio de oportunidad allí materializado²⁷.

Por ejemplo, que el imputado registre antecedentes penales ha sido uno de los motivos de oposición analizados por la jurisprudencia. Las decisiones tomadas al respecto, dependieron en mayor medida de si el argumento tenía relación con el caso concreto y se apoyaba suficientemente la idea de la inconveniencia del uso de la reparación integral como salida, teniendo en cuenta especialmente la opinión de

26. Tribunal de Casación Penal PBA, Sala V, 20/02/2025, “VJC s/ recurso de queja interpuesto por fiscal” (causa n° 134.092).

27. “[L]a atribución de controlar la motivación y la razonabilidad de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no autoriza al señor juez a sustituirla por la suya, o a omitir analizar y demostrar que tal oposición en el caso sea irrazonable o infundada”. SCBA, 15/09/2023, “Roldán” (135.528).

la víctima particular²⁸. La sola oposición vinculada a la problemática de violencia contra la mujer existente en un caso introducida dogmáticamente, tampoco prosperó²⁹. Sin embargo, la circunstancia de que el imputado tuviera antecedentes penales, sumado al contexto de violencia de género y a la actitud de desapego procesal del imputado ha motivado, por el contrario, el rechazo de un acuerdo que contaba con consentimiento del Ministerio Público Fiscal³⁰.

Tampoco se encontró justificada la oposición del fiscal que, basado en la ausencia de regulación, propició el carácter intempestivo de un ofrecimiento de reparación integral por analogía con métodos de solución similares³¹.

Se han homologado acuerdos de reparación integral por delitos de funcionarios públicos, pese a la oposición del Ministerio Público Fiscal, fundada en esa calidad especial³². Sin embargo, en la jurisprudencia se encuentran decisiones adversas frente supuestos análogos; por ejemplo, la Cámara Federal de Casación Penal ha considerado vinculante la oposición fiscal basada en el carácter de funcionario público del autor, mostrando una especial deferencia a su dictamen cuando de lesiones a bienes jurídicos supraindividuales se tratase (la administración pública, el erario público, etc.)³³.

También se ha discutido su utilización frente a delitos sin contenido patrimonial y los delitos sin una víctima que pueda ser oída. En contra de la reparación integral en estos casos, se dice: “resulta imprescindible contar con la conformidad de una víctima que sea capaz de expresarla; lo que no ocurre en el caso en tanto no se verifica la existencia de un damnificado en particular que, eventualmente, pueda ver satisfecha su pretensión a través de un resarcimiento en concreto, sino la afectación de intereses supraindividuales, cuya potencial lesión no puede ser -en abstracto-

28. TSJCABA, 10/04/2024, “Tadino” (causa n° 136140/2021-2).

29. TSJCABA, 20/11/2024, “Acerbo” (causa n° 121414/2022-1).

30. CAyCPPJCF, Sala I, 9/10/2024, “QCR” (causa n° 66214/2023-4).

31. CAyCPPJCF, Sala II, 20/12/2023, SJI s/ 183 CP (causa n° 34643/2022-1), voto de los jueces Cavaliere y Delgado.

32. Se confirmó la homologación de un acuerdo en un caso de delitos de funcionarios públicos, cuando la víctima (Banco Nación) había aceptado la reparación, en CFCP, Sala III, 17/08/2022, “Núñez” (causa n° 6158/2013), voto de los jueces Riggi y Borinsky. V. también CFCP, Sala IV, 28/09/2021, “Curien” (causa n° 7986/2018/TO1/CFC2).

33. CFCP, Sala IV, 1/07/2024, “Galdo” (CFP 14221/2015/TO1/CFC2), voto del juez Hornos.

mensurada”³⁴. Sin embargo, una oposición que siga esa línea argumental no resulta adecuada en la propuesta introducida por Binder, quien estipula distintos procesos de victimización y niveles de intereses respectivos. Siempre hay alguna víctima y, por lo tanto, alguien que gestiona sus pretensiones si no lo hace ella misma (Binder, 2018: 282). En función de eso, es posible realizar reparaciones del daño aun frente a lesiones a *bienes jurídicos supraindividuales*³⁵.

Es cierto que, en muchos casos, las legislaciones locales no han previsto un marco regulatorio para la reparación integral y la conciliación tal como aparecen en el art. 59, inc. 6, del CP. Pero allí donde hayan dispuesto mecanismos como la mediación o, más comúnmente, regímenes específicos de sustanciación de la suspensión del proceso a prueba, también dichas normas locales establecen competencias del Ministerio Público Fiscal. Aquí hemos repasado casos resueltos por la justicia de dictámenes favorables o no, para la procedencia de la *probation* o para utilizar la reparación integral o alguna otra salida del proceso. Ahora bien, por ejemplo, en caso de una autocomposición por mediación, la letra de la ley parece incluir la sola celebración del acuerdo como causa del archivo, cuyo decreto es resorte del Ministerio Público Fiscal y, vale destacar, suele tratarse de una situación procesal reversible ante el incumplimiento de los compromisos del acuerdo (ver, por ejemplo, art. 20 Ley 13433 de PBA; art. 212, ap. h, CPPCABA).

Como corolario, más allá de que la aplicación de algunos mecanismos alternativos que priorizan a la víctima particular, naturalmente, estreche los márgenes de la oportunidad fiscal, parece que en algunos casos la apreciación del cumplimiento seguirá siendo competencia del acusador público y le dará una nueva posibilidad de revisar la conveniencia de emplear esa salida, antes de cesar el proceso. A propósito de esta consecuencia jurídica que prevén los supuestos normativos de mediación estudiados, el *archivo* de la investigación no implica un cese automático y definitivo de la acción penal. La legislación porteña no prevé para este tipo de archivo —como sí para otras de las causales del art. 212, CPPCABA— la imposibilidad de promover la *acción penal nuevamente*; en cambio, la bonaerense, permite convertir en sobre-

34. CAyCPPJCF, Sala II, 13/03/2025, “Romero Vetere” (causa n° 246022/2024-1).

35. CNE, 12/08/2025, “Ferrufino” (CNE n° 9403/2023/CA1). En la misma línea, v. CAyCPPJCF, Sala II, 13/03/2025, “Romero Vetere” (246022/2024-1), disidencia del juez Delgado. También, CFCEP, Sala IV, 13/12/2021, “Demarco” (CPE 1373/2014/TO1/8/1/CFC4), considerando III del voto del juez Carbajo: “la oposición de la parte querellante fundada meramente en la naturaleza o carácter supra-individual del bien jurídico afectado, se revela como insuficiente para sostener razonablemente la improcedencia del instituto de la reparación integral”.

seimiento el archivo sujeto a condiciones, cuando estas se cumplan (art. 323, inc. 7, CPPBA). Con la *probation* no ocurre lo mismo en los dos regímenes procesales citados como ejemplo, y así en líneas generales.

En cualquier caso, la idea que triunfa es que la oposición, como aplicación de un criterio de oportunidad, debe encontrarse fundada, poniendo de manifiesto las pretensiones en juego y las razones de la ponderación, y resultar atendibles las razones (o sea, no arbitrarias) en función del caso concreto.

6. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS ACUERDOS

El caso contrario al del acápite anterior ocurrirá cuando el Ministerio Público Fiscal preste conformidad con la salida alternativa, es decir, acuerde. Entonces, surge el interrogante en torno al carácter vinculante del acuerdo para los jueces con funciones de garantías y si existen razones que le permitan al juzgador rechazar una transacción surgida del consenso entre la víctima y/o el fiscal con el imputado.

Cuando existe un entendimiento de este tipo entre las partes, es muy acotado el ámbito de razones válidas que puedan sobreponerse a la voluntad manifestada de quienes acuerdan. Por eso, en resumen, el control judicial debería dirigirse a realizar un escrutinio del carácter voluntario de las conformidades prestadas y, en consecuencia, la evitación de usos abusivos de las figuras compositivas. La jurisprudencia demuestra que se han ejercido controles sobre, por ejemplo, el contenido de la reparación ofrecida en los acuerdos, la vocación de dicha herramienta para la resolución global del conflicto —lo que puede traducirse en la prelación de unos intereses sobre otros—, las limitaciones normativas (legales o no) para acceder a la herramienta en función del caso concreto, etcétera.

Así, en un caso que entrañaba una problemática de violencia contra la mujer, la Alzada porteña confirmó el rechazo del acuerdo de reparación integral, considerando que la situación global del imputado impedía tomarlo como una herramienta conveniente para garantizar la restauración de la *armonía* y la *paz social*. Concretamente, además de la gravedad intrínseca del conflicto, allí valoraron que el imputado tenía antecedentes penales condenatorios a penas privativas de la libertad efectivas y

su comportamiento en ese mismo proceso³⁶. O, por ejemplo, no se ha considerado oponible el acuerdo (es decir, la conformidad del fiscal) para intentar acceder a una suspensión del proceso a prueba frente a un delito de corrupción de un funcionario público³⁷.

Otra inquietud razonable que está también orientada a justificar la actuación de la autoridad judicial tiene que ver con la pregunta de si hace falta un análisis del mérito sustantivo previo a la homologación del acuerdo, esto es, alguna aproximación a la justificación epistémica del hecho o esta puede ser suplida por el consenso de las partes. La respuesta puede incidir directamente en la determinación de las etapas procesales o actos del procedimiento necesarios previo a acudir a la salida, en concreto: si el proceso debe avanzar al menos hasta la formalización de la imputación en audiencia (p. ej. art. 308 CPPBA, art. 173, CPPCABA, art. 294, CPPN), un requerimiento formal de juicio, o algún acto vinculado con otro estándar de sospecha diverso. No confundir lo anterior con la preclusión de la instancia para salidas compositivas, cuestión que respondería a la pregunta «¿hasta cuándo se puede componer?», sino que aquí se trata el «¿desde cuándo?».

La legislación argentina de fondo no ha previsto oportunidades procesales específicas, decisión que evidencia un posicionamiento normativo a favor de la competencia de las provincias para hacerlo en la discusión aludida al comienzo. Sin embargo, más allá de que la ley local puede marcar la cadencia de los procesos judiciales merced de los principios de economía y celeridad procesal (ya sea habilitando o clausurando instancias), reina en la doctrina una tendencia de flexibilización y desregulación de los procesos compositivos, en desmedro de la exigencia de valorar el mérito sustantivo, que se basa en dos circunstancias: la importancia del reconocimiento del conflicto (por el imputado) en el acuerdo y la necesidad de desburocratizar o dinamizar este tipo de procesos (cfr. Rúa-González, 2017: 112 y 120). En esa pretensión de dinamismo, incluso, algunas opiniones permiten prescindir de la notificación de los cargos al imputado en una audiencia, dejando al fiscal la posibilidad de recibir acuerdo para una salida directa —no así para la suspensión del proceso— a los que el damnificado presunto y el imputado han arribado (Rúa-González, 2017: 111).

36. CAyCPPJCF, Sala I, 9/10/2024, “QCR s/ 149 bis” (causa n° 66214/2023-4).

37. CAyCPPJCF, Sala II, 15/09/2023, “SCA s/ 174 inc. 5” (causa n° 34676/2020).

Con todo, a propósito de la actividad de los jueces, hemos dicho que se admite pacíficamente que en la consecución de la celeridad deseada para resolver un conflicto no puede prescindirse de la “genuina verificación del consentimiento de ambas partes sobre los puntos acordados y la ausencia de un excepcional interés estatal superior” (Rúa-González, 2017: 111). Si la gestión de los intereses que exceden a la víctima e incluso los suyos propios en algún que otro caso competen al fiscal, el sentido de que la jurisdicción intervenga para homologar el acuerdo tiene que ver con la comprobación también de la aquiescencia del acusado. Al respecto, debe quedar claro que, contrariamente a lo que se infiere de las opiniones que descartan cualquier ejercicio de valoración del mérito sustantivo, la libertad en la decisión del imputado al acordar puede verse afectada en razón de la propia coerción que la promesa de impulsar un proceso penal implica. La amenaza de la continuación de una causa puede ser una razón de fuerza singular en la motivación del imputado hacia el acuerdo. No hay que perder de vista que, para el imputado, aceptar compromisos reparatorios implica admitir su responsabilidad —aunque dicha aceptación no pueda ser usada en su contra, si el proceso continuase a la postre—, en cierto grado, de la situación de conflicto (cfr. Highton-Álvarez-Gregorio, 1998: 121), sin quitarle el carácter pacífico a este tipo de soluciones y sus consecuencias.

Por eso, un ejercicio responsable de la función judicial puede orientarse a controlar que ese consentimiento tenga un respaldo suficiente y razonable de evidencia que permita pronosticar, cuando menos, la posibilidad de instruir un proceso. Esto podría exigir un mínimo control de la suficiencia de los elementos de juicio para sostener al menos una hipótesis de cargo³⁸ —de manera similar a lo ocurriría frente a un acuerdo de culpabilidad (v. Veleda, 2021: 172), sin perjuicio de la posibilidad de que los estándares mínimos sean otros— y la ausencia de obstáculos normativos para la intervención de la justicia penal (p. ej. que la conducta sea manifiesta y escandalosamente atípica).

El grado de exigencia en el control, debe aclararse, evidentemente aumenta en proporción a la injerencia estatal sobre el imputado y sus bienes según el tipo de salida alternativa lo posibilite; entonces es probable que la suspensión del proceso a prueba —que además de una suerte de esfuerzo reparatorio habilita la sujeción a reglas de conducta idénticas a las de la suspensión de una condena— admita un escrutinio

38. TSJCABA, 30/10/2019, “Soveron” (causa n° 16304/2019).

algo mayor³⁹. En prieta síntesis, no se puede propiciar la hiperbólica homologación de ningún acuerdo “a ciegas”⁴⁰, lo que tornaría la intervención judicial en una exigencia ritual vacía.

39. Esto explica que, en general, tenga más aceptación que la suspensión del proceso a prueba requiera una decisión jurisdiccional y la previa formalización de los cargos, reafirmando la referida interrelación del análisis de mérito y la etapa procesal para peticionar (v. Rúa-González, 2017: 120).

40. Cfr. CAyCPPJCF, Sala III, 1/09/2025, “Silva” (causa n° 98346/2025), voto de los jueces Mahiques y Franza.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

Orígenes y desarrollo del Ministerio Público en el Fuero Federal de la Seguridad Social

Walter F. Carnota

Orígenes y desarrollo del Ministerio Público en el Fuero Federal de la Seguridad Social

Por Walter F. Carnota ¹

1. LOS PLANOS INDIVIDUAL Y SOCIAL EN RELACIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO

Los orígenes del ministerio público de la seguridad social aparecen tamizados de caracteres singulares que también han signado entre nosotros a la propia disciplina del Derecho de la Seguridad Social. Nos corremos a explicar. El eje vertebral de este último versa sobre la temática de las contingencias sociales. Todos los seres humanos estamos sujetos a presentar *contingencias*, es decir, eventos riesgosos propios de la vida. No se trata de un derecho especial, ni con sujetos individualizados como el interesado en el derecho administrativo o el trabajador dependiente en el laboral. Comprende o abarca a *toda la persona y a todas las personas*.

Así, el respectivo contencioso -es decir, el vínculo que procesalmente ata o une al peticionario con la agencia administrativa o Administración prestacional- también va a darse centralmente en el ámbito del derecho público, como que en esa relación está involucrado un ente público de gestión. Las jubilaciones y pensiones, tal como

1. WALTER F. CARNOTA. Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Doctor en Ciencias Económicas (UBA). Egresado del Diplomado en IA (Salamanca). Catedrático de Derecho Público Facultad de Derecho UBA, Facultad de Ciencias Económicas UBA, Facultad de Ciencias Jurídicas UCES, Facultad de Derecho Universidad Católica de Córdoba (UCC), Facultad de Derecho de la Universidad San Carlos de Guatemala (USAC). Profesor Honorario de la Universidad Mayor de San Marcos y Visitante de la Escuela de Ciencias Políticas de Grenoble (Francia). Director Académico del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Director de trabajos doctorales en las Universidades de Salamanca y Complutense de Madrid. Director de investigaciones en la Universidad de Heildelberg (Alemania). Miembro Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Miembro Titular del Instituto de Historia del Derecho y Ciencias Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor y conferencista nacional e internacional. Juez de Cámara Subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

lo sostuvo el más Alto Tribunal a lo largo del siglo XX, se dirimirán en esa esfera. Pero quedan resabios laboralistas, ya que el jubilado ha sido previamente trabajador, y la disciplina de la Seguridad Social se fue moldeando a la sombra del Derecho del Trabajo², rama esta última que, para las primeras décadas de la pasada centuria, era concebida como “el nuevo derecho” siguiendo a Alfredo Palacios.

La ubicación del Ministerio Público no ha sido tarea sencilla en el terreno específicamente previsional. La presencia de una agencia pública -léase, en rápida secuencia de la organización administrativa de la Seguridad Social entre nosotros y desde 1904, Cajas, Instituto, de nuevo Cajas, Comisión Nacional, Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS)- bajo diversos “poderes de tutela” (Secretaría de Trabajo y Previsión, Ministerio de Trabajo, Secretaría de Estado de Seguridad Social, Ministerio de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Capital Humano) parece de por sí asegurar una presencia estatal³. ¿No se estaría duplicando, se han preguntado algunos, el rol del Estado al involucrar en estas contiendas a otro funcionario público más, amén de aquellos encargados en especial de la defensa y protección del erario público?

Ello, por cierto, implica o significa desconocer el papel que incumbe al Ministerio Público Fiscal, máxime luego de la reforma constitucional federal acaecida en 1994. En efecto, el célebre art. 120 del plexo de base encomienda a este órgano la defensa de la legalidad objetiva y los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República, en lograda fórmula del léxico del constituyente reformador. La agencia respectiva -desde 1992, la ANSeS- tendrá a su cargo lo que desde 1995 va a ser “la parte contraria”, es decir, la demandada en la contienda desatada. Por el contrario, el rol del ministerio público va a ser más abarcativo y horizontal.

2. Ver sino la mayoría de los planes de Estudio de las facultades de Derecho de la República Argentina, en donde existe un nebuloso “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. La Universidad Nacional del Litoral y la Nacional de Lomas de Zamora configuraron una excepción, al consagrar la autonomía didáctica del Derecho de la Seguridad Social.

3. Para un sesudo análisis entre ministerio público fiscal y bien común, ver CONTEGRAND, Julio, “El bien común como causa-fin del Estado en la filosofía aristotélico-tomista”, en CONTEGRAND, Julio M. y RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (Directores), *Perspectivas constitucionales, administrativas y convencionales del Ministerio Público (En el Derecho argentino y comparado)*, Buenos Aires, Abaco, 2023, p. 31 y ss.

2. LAS RAZONES DE UNA CRECIENTE ESPECIALIZACIÓN

De esa forma o manera, la pasada centuria no fue sólo el escenario de una nueva relación (la que conecta a la Seguridad Social con su sujeto destinatario, o dicho en otros términos, entre el prestador y el prestatario), sino también de eventuales conflictos o contiendas, a dirimir en sede judicial.

Como en tantos otros aspectos o aristas del Derecho de la Seguridad Social, el comienzo hay que verlo en el derecho del trabajo, y antes, en la madre de todo el tronco jurídico infra-constitucional, que es el derecho civil. Para comienzos del siglo XX, los incipientes pleitos laborales, resultante de la aparición de la llamada “cuestión social” o “cuestión obrera”, se ventilaban en sede civil⁴.

A partir de varias leyes laborales a cuesta, se va a establecer la justicia nacional del trabajo a partir de 1944 con el decreto 32.347⁵, con una Cámara de Apelaciones, jueces especializados y con un ministerio público que va a depender de la rama ejecutiva⁶ aquí incrustado, tradición que va a proseguir en las leyes 18.345 y 23.473, en cuanto se revelan como documento organizativo y también como norma ritual. El funcionario en la normativa mencionada en primer término va a ser el Procurador General del Trabajo⁷. En paralelo, se van creando una pléyade de Cajas y el Instituto Nacional de Previsión. Para 1953, con la paradigmática ley 14.236, se va a instaurar un recurso (denominado de “inaplicabilidad de la ley o doctrina legal”) de las decisiones de la Alzada administrativa previsional, a la Cámara del fuero laboral.⁸ El ministerio

4. SCHJOLDEN, Line, *Suing for Justice: Labor and the Courts in Argentina, 1900-1943*, Tesis doctoral en la Universidad de California en Berkeley. Una línea anterior a 1994 enfatizaba las dificultades conceptuales que presentaba un ministerio público no penal. CUETO RUA, Julio C. (1993), *El ministerio público fiscal en materia civil, comercial, contencioso-administrativa y laboral*, L.L.-B-706, siguiendo la experiencia de los Estados Unidos.

5. Ratificado por ley 12.948.

6. Art.22: “La Secretaría de Trabajo y Previsión organizará el Ministerio Público del Trabajo y dictará las normas reglamentarias con sujeción a las cuales deberá ejercer sus funciones”.

7. “El decreto también creó la oficina de un procurador del trabajo (Ministerio Público del Trabajo), encabezado por el Procurador General del Trabajo, con autoridad para iniciar acciones de cumplimiento”. PALACIO, Juan Manuel (2018), “The Rise of Labor Courts in Argentina”, en FINK, León y PALACIO, Juan Manuel, *Labor Justice Across the Americas*, Urbana, University of Illinois Press, p. 200. En clave comparada, destaquemos que en México en 1929 se creó la Procuraduría Federal del Trabajo, actuando los principios de la Constitución de 1917 (sobre todo, al famoso art. 123) y lo que luego sería la Ley Federal de Trabajo en 1931. En Brasil también existen procuradurías.

8. PODETTI, Humberto A., *Recursos judiciales en materia de previsión social*, San Miguel de Tucumán, “Instituto de Derecho del Trabajo Juan Bautista Alberdi”, 1962. A lo largo de la obra, el autor destaca la actitud del ministerio público del trabajo que, sobre el arsenal dispuesto por el dec. 32347/44, opinaba a favor de la autorización de medidas para mejor proveer en materia de invalideces, todo ello confirmado por la CSJN. Esta actitud, basada en la defensa en juicio (art.18 CN), será computada al momento de escribirse el art.11 de la ley 23.473.

público laboral quedará más perfilado aún con la ley 17.062.⁹ Y, sobre todo, con la ley 18.345.¹⁰

3. LA INCIDENCIA DE LA IMPORTANTE LEY 23.473

La nueva regulación procesal reagrupó en un puñado de artículos -del art. 5 al art. 7, aún vigentes como derecho positivo- las disposiciones que sobre el ministerio público fiscal del trabajo había consagrado la ley 18.345 de organización de la justicia laboral de la Capital Federal. Ello, por lo demás, era plenamente congruente con el carácter *supletorio* que primeramente exhibiría la misma en virtud del art. 14 del citado cuerpo legal, para recién a partir de allí decantar en el CPCCN.

Nótese que el nuevo ministerio público previsional se concentró en cabeza de dos funcionarios -Fiscales de Cámara¹¹- que seguían el dualismo relativo de la ya aludida ley 17.062 en cuanto contemplaba las figuras del Procurador General del Trabajo y del Subprocurador General del Trabajo. Pero la diarquía era relativa, dado que, en este último caso, la función protagónica estaba en cabeza del Procurador.

En orden a las atribuciones de los flamantes Fiscales de Cámara del nuevo fuero previsional, se reiteran las prototípicas funciones de unificación de la jurisprudencia y las de superintendencia general. Acotamos que hasta la ley 24.655 no habrá fiscales de primera instancia de la Seguridad Social. Con la creación de los juzgados especializados en el ámbito capitalino en 1996 establecidos por este último cuerpo legal, se tornó necesario programar la función en primera instancia, con lo cual se contemplaron dos fiscalías para atender a los diez nuevos juzgados.

Respecto de la convocatoria a acuerdos plenarios, cabe agregar que a diferencia de sus colegas del ministerio público fiscal laboral, los Fiscales (hoy Generales) de la Alzada previsional solo tuvieron oportunidad de expedirse en una causa sometida a plenario. En efecto, la entonces Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social pronunció el único fallo plenario del Fuero en autos “Bordó, Victor”, fechado

9. Con dos funcionarios centrales: el procurador general del trabajo y el subprocurador, encabezado por el primero, y compuesto también por el resto de los fiscales laborales de primera instancia. Ello, en un intento de acercar a la institución al poder judicial.

10. Con un capítulo especial (c.II), dentro de la ley de organización de la justicia nacional del trabajo, siguiendo la referida técnica de la *incrustación*.

11. Nótese que por un error gramatical la primera publicación oficial de la ley hablaba de “Fiscales de Cámaras” (sic).

el 30 de agosto de 1991, con opinión del entonces Fiscal de Cámara a cargo de la Fiscalía Número 1, José I. Brito Peret.

Dentro de la economía de la ley 23.473 en tratamiento, sobresale la relevancia del art.11. No sólo prevé conferir vistas al Ministerio Público cuando correspondiese. Al diagramar los contenidos posibles de una sentencia de la nueva Cámara, queda bien en claro que los jueces serían los encargados de fijar los hechos y el derecho aplicable. Ello había generado una *vexata quaestio* durante la primera década de vigencia de la ley 14.236, en la medida que la competencia revisora de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se circunscribía, en la letra de la ley, a la “inaplicabilidad de la ley o doctrina legal”.

La ley 23.473, en el art.6 parte final, autoriza a los Fiscales ante la Cámara a declinar vistas cuando se traten de cuestiones de hecho y prueba, o procesales en donde “no se controviertan la validez o regularidad de los procedimientos”, temas que se revelen como de “menor entidad”.¹² A contrario, puede sostenerse sin hesitación que al ministerio público fiscal le incumbe la validez y regularidad procedimental.

Nótese que todavía se entremezclan las funciones fiscales y tutelares, ya que habrá que esperar al dichoso art.120 CN agregado en 1994 para un eficaz desdoblamiento de ambas funciones, plasmadas luego en sendas leyes orgánicas.

4. EL MINISTERIO PÚBLICO PREVISIONAL Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Como es sabido por todos, la revisión constitucional federal de 1994 confirió una nueva ubicación “geográfica” o sistemática al ministerio público fiscal. En clave estructural, lo ubicó en el art.120, en un nuevo capítulo de la llamada “parte orgánica”¹³

12. BRITO PERET, José I. y JAIME, Raúl C., *Régimen del Procedimiento Previsional*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 26. Los autores citados refieren allí a guisa de ejemplo “a la determinación si un escrito fue presentado dentro del plazo legal o si la representación de un recurrente está debidamente acreditada en las actuaciones”.

13. Desde un ángulo organizativo de su texto, las constituciones suelen distribuir los objetos de su regulación en una parte dogmática o declarativa de los derechos y garantías, y en una orgánica, compuesta por la división funcional del poder, la llamada *tria política* (Legislativo, Ejecutivo, Judicial). Largo sería de debatir cuál de las dos adquiere mayor relevancia desde los valores que la Constitución encarna, sosteniéndose por muchos que la segunda porción o segmento se revela como *instrumental* en relación con los derechos. Nosotros sostenemos la equivalencia de todos los segmentos constitucionales, más allá de la instrumentalidad mentada. CARNOTA, Walter F., *Elaboración de Normas Constitucionales*, Córdoba, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2020, p. 202.

de la Constitución. De allí que, para varios, el ministerio público se inserte a partir de allí como “un cuarto poder” luego del Congreso, del Presidente y de los jueces.¹⁴

A fin de lograr mayor precisión conceptual y evitar malos entendidos, el constituyente reformador concibió al ministerio público “extra-poder”¹⁵ con dos grandes funciones a su cargo: a) el control de la legalidad; b) la defensa de los intereses generales de la sociedad, sin perjuicio de que la ley (orgánica)¹⁶ fuese la encargada de pormenorizar la asignación de otros roles y atribuciones de tipo más puntual. Es en esos dos focos donde se concentrará el grueso de la tarea de los fiscales.

Pero previamente y para procurar el logro cabal de esos cometidos, se preocupó de su inserción constitucional, desmintiendo una praxis que lo llevaba a una cercanía al poder judicial o más reciente en el tiempo, al ejecutivo. En palabras de Gelli, “el artículo 120 establece la *independencia* del órgano, quien dispondrá de *autonomía funcional* y *autarquía financiera* para promover, ante la justicia, la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad *en coordinación con las demás autoridades de la República*. Hasta aquí llegó el acuerdo de los convencionales de 1994, quienes no resolvieron cuestiones esenciales acerca del nombramiento, estabilidad y remoción de sus integrantes; inmunidades y garantías, en suma, sobre el alcance de la independencia”.¹⁷

Ese modelo que siguió el poder constituyente derivado de 1994 se apartó notablemente no solo de la praxis institucional argentina seguida desde antaño¹⁸, tratando

14. La tendencia general que se observa comparativamente es sacarlo de una dependencia funcional del Poder Ejecutivo, para acercarlo al judicial o bien dotarlo de autonomía. FIX-ZAMUDIO, Héctor (2004), *Función constitucional del Ministerio Público (Tres ensayos y un epílogo)*, México, UNAM, 2004, p. 184. La ciencia política contemporánea reserva el nombre de “cuarto poder” a instrumentos de afianzamiento de la democracia, TUSHNET, Mark (2021), *The New Fourth Branch (Institutions for Protecting Constitutional Democracy)*, Cambridge, Cambridge University Press.

15. Conf. Art. 3 G) de la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la revisión constitucional.

16. Costumbre que ha signado en demasía a la reforma de 1994, en una alta tendencia de un diferimiento excesivo a leyes reglamentarias ulteriores, fruto de exiguos consensos logrados en la Asamblea Constituyente respectiva de Santa Fe y Paraná. La pormenorización de las funciones se observa en la ley 27.418.

17. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina (Comentada y Concordada)*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, tomo II, p. 782, subrayado original.

18. Por ejemplo, en el art.91 de la Constitución histórica de 1853, en cuanto diagramaba la conformación de una Corte Suprema compuesta por 9 jueces y dos fiscales. Como rasgo fisonómico de nuestro ministerio público a lo largo de su historia, no podemos sino coincidir con Buigo -con cita expresa de Arragaray- en cuanto la institución no participa de las características esenciales de la escuela europea y anglo-americana; sus riesgos propios se han ido acentuando a través de la historia jurídica y política, por la fuerza misma de las circunstancias y singularidades de nuestro medio, hasta constituir un tipo peculiar argentino”. BUIGO, Gonzalo, *Ministerio Público Fiscal (Un análisis a partir de los precedentes de la Corte Suprema)*, Buenos Aires, Didot, 2022. p. 202. Ello se evidencia en el eclecticismo de la regulación del ministerio público en el constitucionalismo sub-nacional. ALTAVILLA, Cristián, *Derecho público*

de zanjar el debate acerca de su ámbito de pertenencia.¹⁹ En el caso específico del ministerio público previsional, se había logrado legislar siguiendo esas aguas con una fuerte impronta *judicialista*, teniendo en cuenta que los Fiscales de Cámara allí previstos están contemplados -como ocurrió en la tradición iuslaboralista- en la ley orgánica del fuero, concurriendo los magistrados del ministerio público a los acuerdos del Tribunal tanto en pleno como en los de superintendencia. Este último aspecto es demostrativo de lo que se viene afirmando: los temas de superintendencia hacen al funcionamiento interno de la Cámara (nombramientos, licencias, problemas informáticos y edilicios, entre otros) y no comprometen, en principio, ni a la legalidad objetiva ni a los intereses generales de la sociedad. En lo que hace a este Fuero, se ha continuado con estos usos, en la medida en que la ley 23.473 no fue derogada en esos puntos al presente y el ministerio público actuante no ha querido contravenir ese expreso mandato legal, ya que la ley 27.148 no lo derogó.

6. LOS DERECHOS COLECTIVOS Y EL MINISTERIO PÚBLICO PREVISIONAL

Es sabido que, en materia de amparo, la reforma constitucional de 1994 no sólo trajo aparejada la incorporación del *amparo clásico* o *de reparación*, sino que introdujo la novedad del amparo colectivo, cuando se hallasen involucrados el derecho a la no discriminación, a la tutela del ambiente, a la protección al usuario y al consumidor, “y a los demás derechos de incidencia colectiva en general”. Al decir de Agustín Gordillo, en esta cláusula lo más importante vino al final, e hizo que el enunciado normativo no fuese taxativo sino que estuviese abierto a otras hipótesis o supuestos.²⁰

Frente a situaciones de *litigación masiva estratégica*, era de pensar que el derecho sentencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fuese especialmente re-

provincial, Buenos Aires, Astrea, 2025, p. 508.

19. Discusión que como “eterno debate” se da en otras latitudes como en España. TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, “El Fiscal”, en DIEZ-PICAZO, Luis María (Coord.), *El oficio del jurista*, Madrid, Siglo XI, 2006, p. 77. Ídem, CARNOTA, Walter F., “Los múltiples roles del Ministerio Público Fiscal”, J.A. Suplemento Especial, 9 de octubre de 2013, punto III. En nuestro medio, algunos constituyentes reformadores se orientaron hacia la solución consagrada por el art. 120 constitucional, derivándola de la teoría institucionalista de Maurice Hauriou. QUIROGA LAVIE, Humberto (1994), “Nuevos órganos de control de la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público”, en AA.VV., *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Santa Fe y Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 285.

20. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, tomo II, cap. II, p. 8.

ceptivo en materia de derechos previsionales. Su índole o carácter de naturaleza *alimentaria* siempre los llevó a un umbral que implicase que su desconocimiento fuese realizado con extrema cautela²¹, extremando el ejercicio de la *prudencia judicial*.²²

Sin embargo, poco tiempo después de sancionada la reforma constitucional de 1994, el más Alto Tribunal se encargó de “deslegitimar” al Defensor del Pueblo en este tipo de asuntos, pese a que el art. 86 del nuevo documento cimero expresamente le confería *legitimación procesal*.²³ Ese sería el preludio de una esquiva suerte para los pleitos previsionales colectivos.

Pese a que el ministerio público no está explícitamente mencionado en el art. 43 segundo párrafo de la Ley Suprema en lo referente a los legitimados activos para la interposición del amparo colectivo, no hay duda que podría activar este dispositivo en virtud del referido art. 120 CN²⁴. Empero, la falta de legislación de desarrollo del amparo colectivo, sumado a las características propias de la materia previsional, ha tornado que la vertiente colectiva no haya sido empleada frecuentemente.

Es que, más allá de los ribetes colectivos que podrían exhibir los planteos previsionales como ser los pedidos de reajustes de haberes, no hay que olvidar el dato puro y duro que cada biografía laboral es existencialmente *diversa* y que ello incide notablemente en el cotejo de los haberes de actividad y de pasividad, y de la consiguiente reparación pretendida y su legitimidad y razonabilidad.

21. CSJN, “Fallos”: 325: 1616; 327: 867, entre muchísimos otros.

22. Las remisiones a las leyes de Defensa del Consumidor y orgánica del Ministerio Público Fiscal imponen conferir vista al Fiscal en los pleitos atinentes al art. 42 CN, máxime cuando se debe “garantizar que se asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica asimétrica”. CSJN, “Cáceres Carrera, Facundo Ariel”, sentencia del 7 de agosto de 2025, considerando séptimo, “in fine”.

23. CSJN “Frías Molina, Nélida Nieves”, sentencia del 21 de marzo de 1995, “Fallos”: 318: 384 y su saga, luego abriéndose un camino más amplio.

24. En idéntico sentido, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, tomo y cap. citados, p. 16.

Así, el juicio previsional se encamina a ser más individual²⁵ que colectivo²⁶. De allí los miles de pleitos de esta materia que se acumulan en sede administrativa y en las tres instancias federales judiciales. Es decir, se ve dificultosa una solución universal o mayorista al litigio previsional, en donde el ministerio público sin dudas ocuparía un rol destacado.

7. CONCLUSIONES

La visión que ofrece el ministerio público fiscal previsional es necesariamente una óptica macro-procesal, que excede los “imperativos del propio interés” de las partes para proyectarse a la legalidad objetiva y a los intereses generales de la sociedad. Sus misiones y cometidos a veces no son tan fáciles de captar a primera vista como ocurre con los fiscales penales encargados de la *vindicta publica*, pero no dejan de ser institucionalmente menos relevantes.

El origen como ministerio público especializado se remonta a la evolución que sufrió la institución en el campo laboral, aunque la ley 23.473 lo terminó de perfilar más técnicamente que la ley 18.345, entonces de carácter supletorio de ésta última.

La clave va a estar dada por el proceso judicial y sus partes. En un molde procesal dispositivo (no nos olvidemos que el CPCCN es de aplicación en el contencioso previsional, conf. Art. 15, ley 24.463), viene muy a cuento una institución que vele por la “igualdad de armas” de los protagonistas. Así, la parificación de las partes, los vicios y las nulidades, la defensa de los principios y normas constitucionales, coadyuvan a un proceso equilibrado y, en definitiva, *justo o debido*.

El paradigma del Estado legal de Derecho había sustraído las preocupaciones éticas en el proceso. “La pretensión de volver a unir -acota Vigo- derecho con la racio-

25. Ello no relevaría a los jueces a no conferir vista al ministerio público fiscal en ninguna clase de amparos. En tal sentido, el entonces Procurador General de la Nación emitió, antes de la sanción de las leyes orgánicas, la Res. 69 del 23 de septiembre de 1996, en virtud de la cual se instruía a los fiscales, requerir la intervención que les compete en los juicios de amparo. Ello intentaba, a nuestro ver, “poner coto a situaciones que a veces se dan en la Administración de Justicia, que por apuro o por práctica forense indebida, no confiere vista al Ministerio Público en el ámbito de un proceso amparista. Volvemos a repetir que dicha participación deviene ineludible, y parece acertado que se la recuerde”. CARNOTA, Walter F. (1997), “El Ministerio Público y las interpretaciones sobre la acción de amparo”, en ED 170-414.

26. CSJN, “Lezaun, Silvia”, sentencias del 3 de septiembre de 2024. CARNOTA, Walter F., “El amparo en materia previsional”, en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (Directora), *Acción de Amparo y Hábeas Data*, tomo II, Buenos Aires, La Ley Thomson Reuters, 2025, p. 476 y los coincidentes criterios del ministerio público previsional sobre el tema allí consignados.

nalidad -defendida con lucidez por Alexy- trae aparejado también en el proceso el rechazo de comportamientos irracionales o justificados, de ahí que no pueda sorprender la identificación de comportamientos abusivos en materia de petición y producción de prueba”.²⁷

Con sabiduría, la ley 23.473 como vimos permite declinar la vista al ministerio público cuando: a) se trate de cuestiones de hecho y prueba; b) cuando entran a jugar “cuestiones procesales en las que no se controviertan la validez o regularidad de los procedimientos”. Y es en este último punto, donde interesa detenernos.

Más allá de los poderes inherentes al juez como director del proceso, no albergamos dudas de que el ministerio público no penal, en concreto el previsional, está especialmente llamado a indagar aquellas cuestiones que hacen a la validez o regularidad de los procedimientos (art.6, “in fine”, ley 23.473, interpretada “a contrario”, como ya sostuvimos más arriba).

Es en la evitación de las nulidades, en el equilibrio entre las partes, en pulverizar interpretaciones antojadizas o caprichosas, en donde se destaca el rol del ministerio público, que intenta, en definitiva y a la postre, impedir los abusos que puedan darse el proceso.

Así, la alta misión a la que es convocado por la Constitución y por las leyes es una óptica más enriquecedora y menos particularista, más orientada al bien común público como finalidad del Estado, en plena coordinación con el resto del ensamble institucional que lo rodea. Es un aseguramiento o afianzamiento que el ordenamiento jurídico va a realizarse en su total plenitud, sin retaceos, ambages o estratagemas.

Dentro de esa matriz, el ministerio público contribuye decisivamente a la activación del programa constitucional.

27. VIGO, Rodolfo Luis (2016), *Constitucionalización y Judicialización del Derecho (Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional)*, México, Porrúa, p. 287.





TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

Apuntes sobre derecho y salud mental en la Provincia de Buenos Aires

Nicolás Diana

Apuntes sobre derecho y salud mental en la Provincia de Buenos Aires¹

Por Nicolás Diana²

1. INTRODUCCIÓN: UN CAMBIO DE PARADIGMA

La Ley Nacional N.º 26.657 (Derecho a la Protección de la Salud Mental –en adelante, “LSM”–)³ representó la conclusión de un profundo debate o discusión parlamentaria –con una fuerte confrontación sectorial, teórica e ideológica– extendida en el tiempo, adecuando la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte.

Cabe tener presente, con autonomía de las agendas políticas coyunturales, que: *“...además de contemplar expresamente el deber de interpretar las reglas y resolver las cuestiones conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos en los que la República sea parte, el Código Civil y Comercial asume la centralidad del pleno goce de derechos y de la capacidad de ejercicio; y, en consecuencia, reconoce la entidad que tienen los apoyos y ajustes pertinentes, así como la presunción de capacidad y la excepcionalidad de su restricción (arts. 1º, 2, 23, 31, 32, 43, C.C. y C.). Esa concepción también provee sustento, con la imperatividad propia*

1. Ver: KRAUT, ALFREDO J./DIANA, NICOLÁS, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LL, 8/6/11, p. 1; KRAUT, ALFREDO J. / DIANA, NICOLÁS, “Concepciones, modelos y cambios en materia de salud mental. La internación no voluntaria. La capacidad. Implicancias en la aplicación del derecho”, en KRAUT, ALFREDO J. (dir.)/SOSA, GUILLERMINA (coord.), Derechos humanos y salud mental, una mirada interdisciplinaria, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, –2020. Tomo I, pp. 301-398; KRAUT, ALFREDO J. / DIANA, NICOLÁS, “Salud mental, concepciones y paradigmas: derechos retóricos a derechos eficaces. Hacia un cambio de modelo”, en DI NELLA, YAGO (ed.), Inclusión mental. Hacia la democratización de saberes, Vol. II, T. I, Barcelona, Copalqui, 2021, pp. 173-233.

El presente es una síntesis de todos estos trabajos, actualizados y en perspectiva a la Provincia de Buenos Aires. Las opiniones aquí vertidas son de carácter académico y estrictamente personales del autor.

2. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA).

3. El proyecto originado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, tramitó por Exp. 0126-D-2009, iniciado el 2-03-09 y suscripto por los legisladores: GORBACZ, LEONARDO ARIEL - SYLVESTRE BEGNIS, JUAN HECTOR - SEGARRA, ADELA ROSA - MERCHAN, PAULA CECILIA - FEIN, MONICA HAYDE - IBARRA, VILMA LIDIA - CORTINA, ROY - CIGOGNA, LUIS FRANCISCO JORGE - TORFE, MONICA LILIANA - STORNI, SILVIA; OPS, “Argentina promulgó la Ley Nacional de Salud Mental,” 9-12-10, recuperado de: <https://www.paho.org/es/noticias/9-12-2010-argentina-promulgo-ley-nacional-salud-mental>.

del orden público, a la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental (arts. 1º, 3, 5, 11 y 45).⁴

Al respecto, se ha reconocido que la LSM, “garantiza el reconocimiento de la autonomía de las personas con padecimientos mentales y su capacidad para decidir sobre el tratamiento que deben recibir. Esta ley representa un gran paso adelante en la protección de los derechos humanos de un grupo que permanece invisibilizado. De acuerdo con los datos producidos por el CELS en la investigación “Vidas arrasadas”, 25.000 personas se encuentran recluidas en los asilos psiquiátricos argentinos, donde sufren todo tipo de violaciones de derechos humanos: privación de la libertad en celdas de aislamiento, abusos físicos y sexuales, falta de atención médica, condiciones insalubres de alojamiento, ausencia de rehabilitación, tratamientos inadecuados, sobrepoblación y muertes que no son investigadas. Más del 80% de estas personas son encerradas por períodos mayores a un año y muchas permanecen allí de por vida. En la mayoría de los casos, se trata de pacientes sociales que podrían desarrollar su vida fuera de las instituciones psiquiátricas, pero no cuentan con alternativas para hacerlo. La nueva regulación restringe la internación de personas sólo a circunstancias excepcionales; prohíbe la creación de nuevas instituciones psiquiátricas asilares; fomenta la atención en hospitales generales y servicios basados en la comunidad, e incorpora las problemáticas derivadas de las adicciones en el campo de la salud mental.”⁵

La LSM regula, en el orden nacional y con proyección provincial, el derecho a la protección de la salud mental, habiendo merecido distintos comentarios doctrinarios desde su sanción.⁶

4. Dictamen de la Procuración Fiscal que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace propio en Fallos, 339:795 (2016); ver también Fallos, 341:266 (2018).

5. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, “Derechos humanos en Argentina. Informe 2011,” Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 22.

6. Entre otros pueden verse, MARTÍNEZ ALCORTA, JULIO A., “Primera aproximación al impacto de la Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil,” LL, Sup. Act. 07/12/2010, p. 1; DJ 16/02/2011, p. 101; KIELMANOVICH, JORGE L., “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (LSM),” LL, 17/02/2011; 1 MAYO, JORGE A./TOBIÁS, JOSÉ W., “La nueva LSM de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil,” LL, DFyP 2011 (marzo), p. 153; PÉREZ DÁVILA, LUIS ALEJANDRO, “Nueva ley de salud mental N° 26.657,” LL, Sup. Act. 05/05/2011, p. 1; PLOVANICH, MARÍA CRISTINA, “Reparación de daños por suicidio de un paciente psiquiátrico no internado,” LLC 2011 (abril), p. 285; PAGANO, LUZ M., “Las internaciones involuntarias en la LSM,” ED del 11/2/2011; RIVERA, JULIO C./HOOFT, IRENE, “La nueva LSM de Salud Mental,” SJA, 25/5/2011; LAFERRIERE, JORGE N. / MUÑIZ, CARLOS, “La nueva Ley de Salud Mental. Implicancias y deudas pendientes en torno a la capacidad,” ED del 22/2/2011, 241, n. 12.697; SIRKIN, EDUARDO, “Acerca de la nueva ley de Salud Mental; su reforma a los Códigos Civil y Procesal de la Nación,” elDial.com - DC1533, 3/3/2011; CROVI, LUIS DANIEL, “Capacidad de las personas con padecimientos mentales,” LL, 25/10/2011, 1; FINOCCHIO, CAROLINA L. / MILLÁN, FERNANDO, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental,” DFyP 2011 (septiembre), 194; FAMÁ, MARÍA VICTORIA / HERRERA, MARISA / PAGANO, LUZ MARÍA, Salud mental en el derecho de familia - Addenda de actualización: La salud mental desde la óptica de la LSM, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

La continuación, la promoción y el afianzamiento de políticas públicas, acciones e investigación son deudas que aún tiene el Estado Nacional en el marco de la defensa de los Derechos Humanos de las personas con padecimiento mental.

Deudas que, según indica el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional (en adelante, “CN”), conforman una obligación indelegable del Congreso Nacional, en cuanto le impone imperativamente legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de los niños/as, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.⁷

El horizonte luminoso de la igualdad que marcaba la LSM al momento de su sanción, era *“apenas perceptible, una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales solo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (a veces encubiertas de un manto de piedad definitivamente hipócrita).”*⁸

El operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la LSM como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, latente en el derogado Código Civil de Vélez, reforma mediante del Decreto Ley N° 17.711/68, ahora superado por el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley N° 26.994 y vigente desde agosto de 2015 (en adelante, “CCCN”).

7. Por todos, ver: ROSALES, PABLO O., “Discriminación en razón de la discapacidad: las convenciones internacionales de discapacidad y su aplicación como herramienta interpretativa del derecho interno”, SJA 28/7/2010; “Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, SJA 27/8/2008 - JA 2008-III-1022.

8. RUIZ, ALICIA, “Asumir la vulnerabilidad” en Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 7.

En efecto, la LSM como producto humano, es perfectible, marca un norte, pero no es un fin en sí mismo, no conforma el techo, sino la base necesaria para la construcción integral e integrada en una cosmovisión donde la persona humana es el centro y eje del sistema jurídico.

El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida: el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN.

Ello así, por ser la persona humana el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo su vida un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.⁹

La tutela del derecho a la salud constituye una manda consagrada por la CN y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica garantizarla con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.¹⁰

En consecuencia, debe desterrarse la idea, tan arraigada en el imaginario colectivo y en cierta formación profesional con autonomía de la disciplina que se trate, que circunscribe la salud mental bajo dos ejes de análisis: (a) capacidad de la persona humana (entendida como habilidad o aptitud de ser titular de derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes) y (b) internación (entendida como restricción voluntaria/involuntaria de la libertad ambulatoria y sus efectos).¹¹

La salud mental, como derecho, se enmarca en un cambio de paradigma en la percepción de la persona humana que reposa sobre su dignidad como individuo integrante de una comunidad social y políticamente organizada (*v.gr.* el Estado Constitucional y Convencional de Derecho).

9. CSJN, Fallos, 302:1284 (1980); 310:112 (1987); 316 :479 (1993); 323:3229 (2000); 329:4918 (2006) y 338:1110 (2015).

10. CSJN, Fallos, 321:1684 (1998); 323:1339 (2000); 323:3229 (2000); 329:1638 (2006) y art. 75, inc. 22, CN; art. 12, inc. c, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º de los arts. 4º y 5º, Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1º, del art. 6º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos, 344:1557 (2021), voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

11. KRAUT, ALFREDO JORGE, “Salud Mental: internación involuntaria...”, *op. cit.*, pp. 353-425.

Un ordenamiento social básico, “en la sociedad moderna es que el individuo tiende a dormir, jugar y trabajar en distintos lugares, con diferentes coparticipantes, bajo autoridades diferentes, y sin un plan racional amplio.” La institucionalización total, como “solución instrumental” al problema de la salud mental, “puede describirse como una ruptura de las barreras que separan de ordinario estos tres ámbitos de la vida. Primero, todos los ámbitos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro que realiza en la compañía inmediata de muchos otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de ellas se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, concebido ex profeso para lograr los objetivos propios de la institución.”¹²

Lo atinente a la salud mental requiere, es evidente, una definición política y su integración en una agenda que está demarcada, desde incluso antes de la reforma constitucional de 1994, en clave de derechos humanos, en general, y de derechos económicos, sociales y culturales, en particular.

Progresividad y no regresividad no son expresiones meramente declamativas en materia de derechos humanos. Se trata de principios que hacen a su propia vigencia y materialización, en tanto establecen un piso mínimo y no un techo en camino a la realización de la persona humana en sociedad.

Los derechos humanos son: inherentes, irrenunciables e imprescriptibles, universales e inalienables, integrales e indivisibles, interdependientes y se relacionan entre sí, agregando que en la realización “progresiva de los derechos es que los estados tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo a recursos materiales, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la plena realización de tales derechos. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente, prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos.”¹³

12. GOFFMAN, ERVING (OYUELA DE GRANT, MARÍA ANTONIA -trad.-), “Internados. Ensayos sobre la situación sobre la situación social de los enfermos mentales”, 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2009, p. 21-22.

13. Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, “Manual para

La lucha por el derecho (a salud mental) exige un compromiso no sólo de los operadores jurídicos, sino de quienes integran, en el marco de la interdisciplinariedad que gobierna toda práctica social.

En ese marco, el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental (OMS) 2013-2030, reafirmado por la 74ª Asamblea Mundial de la Salud en su Decisión N° WHA74(14), abarca la salud mental, *“concebida como un estado de bienestar en el que el individuo realiza sus capacidades, supera el estrés normal de la vida, trabaja de forma productiva y fructífera, y aporta algo a su comunidad. Con respecto a los niños, se hace hincapié en los aspectos del desarrollo, como el sentido positivo de la identidad, la capacidad para gestionar los pensamientos y emociones, así como para crear relaciones sociales, o la aptitud para aprender y adquirir una educación que en última instancia los capacitará para participar activamente en la sociedad.”*

En síntesis, la adopción de una perspectiva de derechos humanos es fundamental para responder a la carga mundial de morbilidad mental, en la protección, promoción y respeto de los derechos de las personas con trastornos mentales en consonancia con lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y otros instrumentos internacionales y regionales.¹⁴

2. SOBRE SALUD MENTAL

La salud mental abarca una amplia gama de actividades directa o indirectamente relacionadas con el componente de bienestar mental incluido en la definición de salud que da la OMS: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.” Se relaciona, de este modo, *“con la promoción del bienestar, la prevención de trastornos mentales y el tratamiento*

la transversalización del enfoque de derechos humanos con equidad”, Guatemala, pp. 13-14, recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28829.pdf>.

14. Arg. OMS, “Plan de acción sobre salud mental 2013-2030”, Ginebra, 2014 pp. 1-2, recuperado de: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240031029>.

Ver también el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - “Protocolo de San Salvador”.

y rehabilitación de las personas afectadas por dichos trastornos.”¹⁵ A ese norte apunta la LSM.

El concepto de salud mental es mucho más amplio que la ausencia de trastornos mentales, considerando una base fisiológica, su relación con el funcionamiento físico y social, y los resultados de salud.¹⁶ De allí que ahora se alude a personas con discapacidad intelectual o social como una forma más comprensiva y menos discriminatoria de la problemática que los afecta.

Los problemas de salud mental son muy comunes en todos los países. Argentina no es la excepción. Sin embargo, la mayoría de *“las sociedades y de los sistemas sociales y de salud descuidan la salud mental, y no prestan la atención y el apoyo que las personas necesitan y merecen. El resultado es que millones de personas en todo el mundo sufren en silencio, son víctimas de violaciones de los derechos humanos o se ven afectadas negativamente en su vida cotidiana.”*¹⁷ En el silencio del internamiento, bajo el modelo manicomial y parafraseando a FOUCAULT, la locura ha conquistado extrañamente un idioma que es el suyo.¹⁸

En lo que este punto importa, la LSM *“incorpora las recomendaciones de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los estándares internacionales más modernos en el campo de la salud mental. El consentimiento informado y la creación de comisiones de revisión del estado de los pacientes internados junto a la prohibición de la apertura de nuevos hospitales psiquiátricos y la obligatoriedad de la internación en hospitales generales, son algunos de los ejemplos de los avances mencionados.”*¹⁹

Se ha afirmado que la LSM, puede analizarse como un desarrollo reglamentario nacional de algunos de los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos de

15. Cfr. http://www.who.int/topics/mental_health/es/.

16. Arg. WHO, “La salud pública al servicio de la salud mental,” 2001, http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_ch1_es.pdf.

17. OPS, “Informe mundial sobre la salud mental. Transformar la salud mental para todos”, Washington, 2023, Prefacio; recuperado de: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/57878/9789275327715_spa.pdf?sequence=5.

18. FOUCAULT, MICHEL (UTRILLA, JUAN JOSÉ -trad.-), Historia de la locura en la época clásica, t. III, 1ª ed., 2da. reimp., Bogotá, FCE, 1993, p. 42.

19. OPS, “Sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental en la Argentina”, en Boletín de Salud Mental, noviembre - diciembre 2010, disponible en: http://new.paho.org/bulletins/index.php?option=com_content&task=view&id=781&Itemid=303.

las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”)²⁰ “por ejemplo, del principio de igualdad y no discriminación, y del trato y consideración de la persona como sujeto de derecho (art. 5° CDPD), de la capacidad jurídica (art. 12 CDPD), del acceso a la justicia (art. 13 CDPD), de la libertad personal y las garantías contra las restricciones indebidas (art. 14 CDPD), de vivir de forma independiente y atender la salud en la comunidad (art. 19 CDPD), de la salud y el consentimiento informado (art. 25 CDPD), de la rehabilitación (art. 26 CDPD), entre otros.”^{21, 22}

La LSM viene a llenar también las carencias normativas que sirven de base para la adopción de políticas públicas concretas en pos de la realización de la persona en comunidad.

En esta línea el CCCN, “armoniza y se encuentra en consonancia con los principios receptados en los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, a la vez que se ajusta a lo normado por la Ley 26657, en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en cualquier momento al reconocimiento de su personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones y, en tal sentido, también puede ejercer por sí mismo esos derechos, salvo las limitaciones previstas en el propio código o en una sentencia judicial (cfr. artículos 22 y 23 del Código Civil y Comercial) [...] Es decir, se presume siempre la capacidad plena de la persona (art. 31, inc. a, del Código Civil y Comercial, en concordancia con lo que establecen los arts. 3 y 5 de la Ley de Salud Mental), razón por la cual, cualquier afectación que opere sobre el principio general debe ser evaluada con un criterio estricto en función, en todo momento, del interés superior de la persona, que debe ser tratada en igualdad de condiciones que los demás, en todos los aspectos de su vida (inc. b del artículo antes mencionado, arg. art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad). De ahí, entonces, que la capacidad jurídica sólo puede ser restringida con carácter de excepción (art. 31, inc. b, del CCCN) [...] Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en

20. Aprobada mediante Ley N° 26.378 (2008) y con jerarquía constitucional a partir de la sanción de la Ley N° 27.044 (2014).

21. LAUFER CABRERA, MARIANO, “Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657: su impacto sobre la administración de justicia, la Defensa Pública, y el ámbito de la infancia,” en AA.VV., “Acceso a la justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública, Ministerio Público de la Defensa” – UNICEF, 2011, p. 194.

22. KRAUT, ALFREDO JORGE, “Salud Mental: internación involuntaria. Control judicial como garantía de respeto a los derechos humanos” en “Derechos humanos y salud mental, una mirada interdisciplinaria, director: Alfredo Jorge Kraut, coordinadora: Guillermina Sosa, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, —2020. Tomo II, pp. 353-425.

el código el reemplazo de un «modelo de sustitución en la toma de decisiones» por un «modelo de apoyo en la toma de decisiones».”²³

¿Era necesaria una Ley Nacional sobre Salud Mental?

La legislación sobre salud mental es *necesaria* para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales, ya que son un sector especialmente vulnerable de la sociedad.²⁴

Estas personas se enfrentan a la estigmatización, a la discriminación y la marginación en casi todas las sociedades, incrementándose así la probabilidad de que se violen sus derechos.

Las afecciones mentales afectan, en ciertas ocasiones, a la capacidad de la persona para la toma de decisiones y puede que además ésta no busque o acepte un tratamiento para su problema.

El riesgo de violencia o lesiones que se puede asociar a los trastornos de salud mental es relativamente bajo. El tema es su valoración “social.”²⁵

Existe también “una zona de conflicto entre el discurso psiquiátrico y el jurídico. La psiquiatría asistencial ha evolucionado conceptualmente, mientras que cierto derecho normativo –impregnado por el discurso psiquiátrico forense– quedó anclado en viejas terminologías –«enajenado», «alienado», «demente», «peligrosidad», «inimputabilidad»–, palabras que ni el derecho ni la psiquiatría han definido con nitidez.”²⁶

23. CNCiv., Sala C, “G., A. s/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD”, sent. del 15-05-25.

24. WHO, “Salud mental, derechos humanos y legislación: orientación y práctica,” Ginebra, 2024, <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/379200/9789240098169-spa.pdf?sequence=1>.

25. Al respecto, ver: KRAUT, ALFREDO JORGE, “Pacientes mentales y derecho privado. Tutela jurídica”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 141, en particular, cap. 5, pp. 133-153.) Un paso por demás relevante en contra de la estigmatización, ha sido el adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, mediante el Acuerdo Reglamentario N° 1301 de fecha 19 de agosto de 2015, donde se disponen las reglas iniciales de actuación conforme las prescripciones recogidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en los arts. 31 y ss.; Principios 1, 4 y 18 para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptados por la Leyes Nros. 26.657 y 9848 (Provincial); y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley N° 26.378.

26. KRAUT, ALFREDO J., “Salud Mental – Tutela Jurídica”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 70.

Una ley específica sobre salud mental –como la LSM, en coordinación con el CCCN– proporciona un marco legal para abordar asuntos claves como la reinserción y la integración en la comunidad de personas con trastornos mentales, la prestación de una atención de calidad, a su accesibilidad, la protección de los derechos civiles y políticos,²⁷ la protección y promoción de derechos en otras áreas clave (vivienda, educación y especialmente un empleo digno).²⁸

Más del 80% de quienes padecen trastornos mentales en el mundo en desarrollo no reciben tratamiento ni atención.²⁹

A la estigmatización señalada, se agrega en este sector del mundo, la generada por el factor económico. La combinación pobreza – salud mental, a su vez, se traduce en la permanente postergación en la agenda de los Estados en vía de desarrollo del análisis e implementación de políticas públicas adecuadas al problema.³⁰

La función globalizadora del sistema internacional de los derechos humanos adquiere al respecto, mayor importancia, no solamente por el reconocimiento que los Estados realizan de principios, derechos y garantías de orden universal, sino también por la responsabilidad que esa afirmación supone para su operatividad, dejando a un lado el mero carácter programático detrás del cual se han escudado los gobiernos durante décadas.

La LSM es superadora, al menos desde el compromiso asumido por el legislador en su sanción, lo que no es poca cosa, aunque ello sólo no baste, “[n]inguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por si sola va a solucionar estos problemas. Se necesitan políticas públicas coordinadas.”³¹

27. En materia de derechos políticos, las Leyes Nros. 25.858, 26.774 y 26.571 han conformado un camino importante hacia el pleno reconocimiento del derecho al sufragio, aunque restan todavía mayores recursos y herramientas para garantizar la plenitud de su goce (ver al respecto: Juzgado Civil de Personas y Familia N° 6, Salta, in re: “N., G. A. s/ Proceso de restricción de capacidad”, 18-VI-2015, Infojus, Nro. Fallo: 15170019.)

28. WHO, “Salud mental, derechos humanos y legislación: orientación y práctica,” cit.

29. OPS, “Informe mundial sobre la salud mental...”, cit., p. 22.

30. OPS, “Política para mejorar la salud mental”, Washington, 2023, en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/57236/OPASNMHMH230002_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

31. LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina,” en Salud mental y derechos humanos. Vigencia de los estándares internacional, OPS, 2009, p. 22.

Bajo este prisma, dicho compromiso internacional, entendemos, confirmado y profundizado a partir del CCCN, que pone el norte en la tutela de la persona humana, dado que la construcción “de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el Código, lo cual puede verificarse en numerosos aspectos. La capacidad de la persona humana es la regla y su restricción es una excepción, que debe fundarse (arts. 31 y ss.). Se establece que, ante la restricción para «determinados actos», se designarán los apoyos necesarios que deban promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida (art. 32).³² En este orden, el Código constituye uno de los primeros ordenamientos codificados que ajusta sus disposiciones a los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378). Existe un amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.) que incluye la inviolabilidad de la persona humana (art. 51), protección de la imagen (art. 53), investigaciones en seres humanos (art. 58), consentimiento informado (art. 59), el reconocimiento de mayores libertades en materia de nombre (arts. 62 y ss.), el valor otorgado a la autodeterminación en relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56, 58, 59, 561 y concs.)³³ en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51, 52, 279 y 1004). Estas normas se inscriben en una fuerte tradición humanista.”³⁴

3. UN BLOQUE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DOMÉSTICAS E INTERNACIONALES

La LSM impuso una reforma del sistema de salud mental conformando así una nueva herramienta para su transformación, e interpelando, al mismo tiempo, a todos los operadores (políticos, jurídicos, sociales y sanitarios) sobre el rol que nos corresponde en su vigencia y efectivización.³⁵

32. Ver Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Sala Primera en lo Civil y Comercial, “A. J. C. s/Declaración de inhabilitación,” sent. 13-08-15.

33. Encontramos un vacío en el CCCN, por caso, sobre la regulación legal de alimentos a personas con discapacidad, oportunidad desaprovechada por el legislador, pero sin preocupación normativa federal y especial. Al respecto, ver –entre otros–: SEDA, JUAN ANTONIO, “Familia y apoyos para la persona con discapacidad”, en MEDINA, GRACIELA (coord.), “Derecho de Familia - Revista Jurídica de Buenos Aires”, N° 101- 2020-II, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, p. 155; TAVIP, GABRIEL E., “Solidaridad y derechos humanos, fuentes del derecho alimentario de personas con discapacidad”, RDF 2022-II, 148.

34. LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Introducción,” en Código Civil y Comercial de la Nación - Ley N° 26.994, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 10.

35. LAUFER CABRERA, MARIANO, “Reflexiones...”, op. cit., p. 202.

Antes de su sanción, una nutrida normativa internacional venía siendo aplicada en nuestro país, más allá del desajuste entre las disposiciones vigentes y la realidad.³⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana),³⁷ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),³⁸ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),³⁹ la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴⁰ la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁴¹ y la CDPD.⁴²

A su vez, quedan incorporados algunos de los estándares especializados adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tales como los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental (Principios de Salud Mental),⁴³ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Normas Uniformes).⁴⁴

36. Y con posterioridad, con la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, aprobada por Ley N° 27.360 (B.O. 31-V-17). Ver: MEDINA, GRACIELA/YUBA, GABRIELA, “Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” de la Corte IDH”, DFyP 2018 (octubre), 121; ROBLES, GABRIELA, “Tutela integral de adultos mayores”, DFyP 2018 (marzo), 237.

37. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/69, 1144 U.N.T.S. 123, O.A.S.T.S. No. 36, p.1, OEA/Ser.L/V/II.23 doc. Rev. 2, 9 I.L.M. 673 (1970) [en adelante la Convención Americana]. Argentina ratificó la Convención Americana el 5/09/84.

38. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Sup. (No. 16) p. 59, ONU. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302 [en adelante el PIDCP]. Argentina ratificó el PIDCP el 8/11/86.

39. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR. Sup. (No. 16) p.49, ONU. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor el 3 de enero de 1976 [en adelante PIDESC]. Argentina ratificó el PIDESC el 8/11/86.

40. Aprobada por Ley N° 23.849 (B.O. 22/11/90) y con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Sobre la interrelación de su texto con la CDPD, ver: UZAL, MARÍA L./PANTAROTTO, NICOLÁS, “La unión de dos mundos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos del Niño”, RDF 91, 237.

41. La Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 7/06/99, A.G./Res. 1608, entrada en vigor el 4 de septiembre del 2001 [en adelante la Convención Interamericana sobre Discapacidad]. Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre Discapacidad el 10/01/01 e. incorporada al derecho interno por la Ley N° 25.280.

42. Este instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la “luminosidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.

43. Los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental, A.G. Res. 119, U.N. GAOR, 46ª Ses., No. 49, Anexo, pp. 188-92, ONU Doc. A/46/49 (1991) [en adelante Principios de Salud Mental].

44. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, A.G. Res. 96, U.N. GAOR, 48ª Ses., ONU Doc. A/Res/48/96 (1993) (ver KRAUT, ALFREDO J., Salud mental. Tutela jurídica, Rubinzal-Culzoni, 2006.)

Ello, junto a otros documentos sobre las políticas redactados por la OMS sobre cuáles son las mejores prácticas a implementar, incluyendo la Declaración de Luxor sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales de 1989,⁴⁵ la Declaración de Caracas⁴⁶ y la Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual,⁴⁷ la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental,⁴⁸ Y, más recientemente, las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.⁴⁹

Este conglomerado normativo y principista puso la realización del ser humano como un fin en sí mismo, siendo su persona inviolable y constituyendo un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.⁵⁰ Memoramos que “[n]ada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los «derechos humanos» —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circumscripita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada.”⁵¹

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, incs. 22 y 23, CN), ha sido el Máximo Tribunal quien ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asu-

45. Aprobada en 17 de enero de 1989.

46. Ver KRAUT, ALFREDO J., “Salud mental. Tutela jurídica”, Rubinzal-Culzoni, 2006; JIMÉNEZ, HEIDI V./VÁSQUEZ, JAVIER, “El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas”, Revista Panamericana de Salud Pública, vol. 9 no.4, Washington, Abril. 2001; cfr. <http://www.scielosp.org>.

47. Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual (2004) [en adelante Declaración de Montreal].

48. Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental, COM. INTER. D.H., 111ª Ses. 4-04-01 [en adelante CIDH Recomendación].

49. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, cuya comisión de seguimiento se encuentra integrada por Argentina, Costa Rica, España, Guatemala y México.

50. CSJN, Fallos, 316:479 (1993).

51. CSJN, Fallos, 241:291 (1958).

mir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.⁵²

Dichos pactos internacionales “*contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.*”^{53, 54}

Argentina (y con ella, sus subdivisiones políticas) ha asumido compromisos internacionales explícitos en materia de derechos humanos, y su incumplimiento genera responsabilidad doméstica e internacional.⁵⁵ La plena vigencia entraña el deber de organizar todo el aparato gubernamental y sus estructuras –a través de las cuales se manifiestan las prerrogativas públicas– debiendo asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁶

En materia de salud mental la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos “T”⁵⁷, “H”⁵⁸, “S. de B., M. del C.”⁵⁹ y “R., M. J.”⁶⁰, ha delineado, previo a la sanción de la LSM, cuál es su piso jurídico, con sustento, principalmente, en con-

52. CSJN, Fallos, 321:1684 (1998).

53. CSJN, Fallos, 323:3229 (2000).

54. Ver: BUDICH, MARCELO A./MUÑOZ GENESTOUX, ROSALÍA, “Participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de control de legalidad (ley 26061) y control de internación (ley 26657). Maternidad adolescente y salud mental”, RDF 2018-VI, 285.

55. CSJN, Fallos, 318:2639 (1995).

56. CIDH, Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párrafos 34 y 23, recordada en Fallos, 318:514 (1995).

57. DIANA, NICOLÁS, “La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de la legalidad”, LL, 2006-C, 231; KRAUT, ALFREDO J., en “Hacia una transformación a favor de la legalidad de los pacientes mentales”, LL, 2006-B, 778, en donde se desarrolla no sólo el recorrido de la causa hasta llegar a la Corte, sino también estudia minuciosamente los argumentos dados por el tribunal y el carácter expansivo de la doctrina sentada.

58. CSJN, “Hermosa, Luis Alberto s/Insania proceso especial”, Fallos, 330:2774 (2007).

59. CSJN, “S. de B., M. del C. c/Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional”, Fallos, 332:2068 (2009); disidencia de los dres. Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt.

60. CSJN, “R., M. J. s/Competencia”, Fallos, 331:211 (2008). Anotado por IGLESIAS, MARÍA GRACIELA, “La justicia y la salud mental: La Corte Suprema de la Nación y el camino a seguir”, LL, 2008-C, 254; RICART, LUCIANA T. / WNUCZKO, CAROLINA, “Personas con sufrimiento mental: La Corte Suprema reitera la importancia de su protección”, LL, 008-B, 407.

venios, normas, principios, informes y precedentes internacionales, en particular, provenientes del sistema interamericano de derechos humanos —nos referimos, en especial, a los casos “Congo”⁶¹, “Ximenes Lopes”⁶², “Porco”⁶³ y “Furlán”⁶⁴, entre otros— obligatorios para la Argentina, conforme lo expuesto, en su condición de Estado parte.⁶⁵

En este campo el compromiso internacional asumido por la República Argentina, con relación a las “100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”,⁶⁶ tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.^{67, 68}

4. ALCANCE DE LA REFORMA

La realización de las personas con padecimientos mentales pasa por el respeto a su libertad, su dignidad y a su persona, por reconocernos en el otro y en ellos, por reconocerlos como tales. Podemos referirnos a la libertad como la facultad natural que tiene la persona humana de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; pero también como el estado o condición de quien

61. CIDH, “Víctor Rosario Congo v. Ecuador”, Caso 11.427, Informe N° 63/99, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 475 (1998).

62. CIDH, Petición 12.237 - Brasil, sentencia del 4-VII-06.

63. CIDH, “Marcela Alejandra Porco v. Bolivia”, Caso 11.426, Informe N° 8/08, Admisibilidad, 4-03-08 (<http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/bolivia11426.sp.htm>).

64. CIDH, “Furlán y familiares v. Argentina”, sentencia de 31-08-12 (serie C N° 246).

65. En la citada causa “Ximenes Lopes” la Corte Interamericana resaltó que: “en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud, como de la Organización Panamericana de la Salud, se han establecido los principales estándares aplicables al tratamiento de salud mental. La Corte considera que dichos instrumentos, tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid, son particularmente importantes para el análisis y el escrutinio de la conformidad del tratamiento prestado...” (pár. 111).

66. Ver, entre otros fallos: CNCiv., Sala E, “P., F. M. s/Evaluación art. 42 CCCN”, sent. del 21-04-25.

67. Ver, al respecto: VILLAYERDE, MARÍA SILVIA, “Una nueva mirada sobre la discapacidad. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,” publicado en <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/publicaciones/varios/nueva-mirada-fundejus%282%29.doc>.

68. RUIZ, A., op. cit., p. 14.

no es esclavo o no está preso.⁶⁹

La verdadera medicina, al decir de BOURDIEU, “*siempre según la tradición hipocrática, comienza con el conocimiento de las enfermedades invisibles, es decir, los hechos de los que el enfermo no habla, de los que él no tiene conciencia o que se olvida de sacar a la luz.*”⁷⁰

La salud mental, su régimen jurídico, parece regular un derecho invisible, insustancial, en tanto pone en crisis e ignora, desde distintos enfoques (jurídicos, médicos, económicos, políticos y culturales) su inserción necesaria e inescindible de la persona, su libertad y los derechos humanos. El concepto técnico y filosófico de libertad, único que según SARTRE cabe considerar, es aquél que se vincula directamente con la autonomía de la elección equivalente al hacer y supone para distinguirse del sueño y del deseo, un comienzo de realización y acción.⁷¹

Frente a la LSM, el operador jurídico tiene tanta responsabilidad en esta tarea como la poseen todos los profesionales de la salud, el Estado Nacional y las Provincias. Debemos evitar que la actividad jurídica se desplace, como lo viene haciendo, “*desde la adquisición del conocimiento a su comunicación persuasiva, desde la comprensión a la argumentación*”⁷² omitiendo asumir su rol social y carácter eminentemente práctico. El límite en todo esto no son las normas. El límite es la persona humana, continente y contenido de todo el sistema jurídico.

Lejos estamos de la idea de que “[l]a furia de los locos, como la de los malvados, puede dirigirse tanto contra sus semejantes como contra sí mismos. Si en este último caso, sólo las cadenas perpetuas tienen el poder de limitarlos, en todos los demás casos en los que únicamente se teme el primer peligro, las celdas separadas, y como en el caso de las prisiones, sometidas a vigilancia, harían del todo inútil el uso de cadenas y de otros tipos de coerción.”⁷³

69. Primeras tres acepciones de la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española, <http://www.rae.es>.

70. BOURDIEU, PIERRE (JIMÉNEZ, ISABEL -trad.-), “Capital cultural, escuela y espacio social”, 2ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 92

71. SARTRE, JEAN-PAUL, “El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica” (traducción: VALMAR, JUAN), Barcelona, Altaya, 1993, p. 509.

72. NIETO, ALEJANDRO/GORDILLO, AGUSTÍN, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, Madrid, Trotta, 2003, p. 46.

73. BENTHAM, JEREMY, “El panóptico”, 1ª ed., Buenos Aires, Quadrata, 2005, pp. 103-104.

Compromiso y comprensión son los pilares que sustentan la eficacia de cualquier norma jurídica y sobre los cuales debe sostenerse cualquier programa que pretenda encarar con seriedad el tema. La comprensión “es a menudo una manera de acercarse a la solución de los problemas. Creemos que la Argentina es un país viable que puede llegar a contar con garantías constitucionales eficaces. Reconocer las causas de las actuales deficiencias es una manera de acercarse a la respuesta deseada.”⁷⁴ La soledad que los pacientes mentales sufren ante la ausencia de la sociedad, cae sin mayor esfuerzo en su olvido, es decir, en la cesación del afecto y cuidado que se merecen por el solo hecho de formar parte de la sociedad.

Si bien las instituciones humanas no son racionales, somos nosotros quienes podemos decidir luchar para darles una racionalidad progresiva.⁷⁵

La LSM fue un paso necesario para cumplir con los estándares internacionales en materia de salud mental y derechos humanos, pero no el único ni suficiente.⁷⁶

Nótese que la eficacia y la garantía “de la lucha por los derechos sociales está dada por el grado de corresponsabilidad de los poderes del estado en tratar de implementar políticas serias y efectivas, dado que la privación de una asistencia ajustada a las necesidades de las personas que padecen enfermedades mentales, generaría un perjuicio irreparable en su salud integral. Puedo adelantar que nos encontramos ante un nuevo paradigma pero que necesita de un compromiso social en pos de modificar conductas individualistas y estigmatizantes que no hacen más que socavar a la persona en su integridad psicofísica.”⁷⁷

Nada es casual ni aleatorio en la reglamentación de los derechos, que la legitimidad democrática, “tiene su precio, porque el derecho constitucional define su integridad precisamente en términos de su independencia de la influencia política. Desde la pers-

74. CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Las garantías constitucionales y su problemática cultural en la Argentina (las garantías constitucionales en un país de la «frontera intracultural» de Occidente”, AA.VV. [BAZÁN, VÍCTOR (coord.)], “La defensa de la Constitución: garantismo y controles”, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 241.

75. Cfr. POPPER, KARL R. (trad. EDUARDO LEODEL), “La sociedad abierta y sus enemigos”, parte II, La pleamar de la profecía, Buenos Aires, Hyspamérica, 1985, p. 438.

76. Otro paso necesario y quizás imprescindible es eliminar del discurso biológico-jurídico el concepto de incapacidad y reemplazarlo por el de discapacidad.

77. MARCHESCHI, CECILIA AMALIA, “El modelo social en salud mental y su presencia en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2017 (marzo), 197.

pectiva interna del derecho, la distinción entre el derecho y la política es constitutiva de la legalidad.”⁷⁸

Las solas normas no bastan, se requiere educación y compromiso de la sociedad en su conjunto (cfr. art. 1º, CDPD). Compromisos políticos que trascienden los gobiernos, en tanto la persona humana, es eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de su persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.⁷⁹

Las leyes especiales (nacionales, provinciales, y los códigos de rito) reglamentan el CCCN para atender, desde la perspectiva de la igualdad real y un paradigma no discriminatorio, aquellas situaciones específicas sociales que un Código no puede regular de manera pormenorizada.

La CDPD complementa el sistema con sus normas a las que necesariamente debe someterse en virtud de su rango, brindando una especial tutela a la persona humana y el soporte para un paradigma protectorio que ampare a los débiles jurídicos con responsabilidad en los distintos niveles de gobierno y jurisdicciones (nacional, provincial y CABA).⁸⁰

El CCCN consigna las reglas generales del sistema⁸¹ y encarna un progreso, en línea con el norte fijado por la LSM, de cara a la búsqueda de igualdad para todas las personas (en especial personas usuarias de los servicios de salud mental).

El CCCN, la CDPD y la LSM conforman, de este modo, un trípode sobre el que se estructura el actual sistema de salud mental.

78. POST, ROBERT/ SIEGEL, REVA (GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO -trad.-), “Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 57.

79. CSJN, Fallos, 316:479 (1993), votos concurrentes.

80. Ver CNACAF, Sala V, “Scaturro, Andrea Fabiana y otros c/EN-M. Salud de la Nación y otros s/amparo”, Exp. 4516/2014, sentencia de 21-XII-15, voto del Dr. Treacy.

81. LORENZETTI, RICARDO L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, 2012-C , 581

5. APUNTE NORMATIVO PROVINCIAL

El art. 36, inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, “CPBA”), le impone al Estado provincial la promoción de la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, en general, y garantizando *“a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes”*.

Al mismo tiempo, todas las personas en la Provincia de Buenos Aires (en adelante “PBA”) gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los tratados celebrados por la Nación y en especial, al respeto de la dignidad, la integridad física, psíquica y moral (arts. 11 y 12.3, CPBA), previéndose expresamente que, los consumidores y usuarios tienen derecho, *“en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud...”* (art. 38 CPBA y art. 42 CN).

Como hito fundamental a nivel provincial, tiempo después de la sanción de la LSM, en diciembre de 2012 se desarrolló en la ciudad de La Plata, el “Primer Encuentro Provincial de Salud Mental y Adicciones”. Como fruto de este encuentro se arribó al “Consenso de la Provincia de Buenos Aires” que sentó las bases para el debate sobre el rol del Estado en la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental.

Participaron de este encuentro Directores de los Hospitales Generales, Directores y Jefes de Servicio de los Monovalentes y Hospitales Especializados, Coordinadores regionales de salud mental y adicciones, Jefes de Servicios de Salud Mental de Hospitales Generales, Jefes de Hospitales de día y Centros de Salud Mental comunitaria. Se discutió, en ese entonces, sobre los ejes propuestos con metodología de taller y como resultado de ese trabajo surgieron una serie de observaciones y propuestas que han servido de base para la construcción de las políticas en torno a la implementación de la LSM, asumiendo el compromiso de desarrollar las estrategias allí consagradas, ejecutando los planes, programas y acciones necesarias para su efectivo cumplimiento, en un trabajo mancomunado *“sumando esfuerzos para lograr un*

sistema de salud para la Provincia de Buenos Aires más digno, justo e inclusivo.”⁸²

A través de la Ley N° 14.580,⁸³ la PBA adhirió en 2013 a la LSM, en cuanto establece que la protección de los derechos de los ciudadanos que padecen problemas de salud mental y garantiza el acceso a los servicios que la promueven y la protegen.

El legislador provincial asumió así el criterio de dicho instrumento normativo *“en el sentido de que las políticas de salud mental contemplan también la protección de los derechos de aquellos ciudadanos con problemas en el uso de drogas legales o ilegales.”⁸⁴*

Designado el Ministerio de Salud como su Autoridad de Aplicación, se le otorgó – junto a los servicios de salud dependientes del subsector público, privado y de la seguridad social– un plazo máximo de treinta y seis (36) meses para implementar las reformas que garanticen el cumplimiento de la LSM, aclarando que ello lo era, *“Sin perjuicio de lo cual los derechos de los usuarios y las obligaciones de los prestadores tienen plena vigencia a partir de la sanción de la presente Ley.”⁸⁵*

En ese marco, se estableció que el Ministerio de Salud: (i) está autorizado a realizar monitoreos periódicos sobre los servicios de salud de los subsectores público, privado y de la seguridad social a fin de evaluar el cumplimiento de lo dispuesto en forma antecedente; (ii) por intermedio de la Subsecretaría de Salud Mental y Adicciones, como responsable de la elaboración de un plan provincial de salud mental participativo, interdisciplinario e intersectorial, cuyos criterios fundamentales serán los establecidos en la LSM y (iii) debe promover, en consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la jurisdicción, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.⁸⁶

Al mismo tiempo, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires se encuentra obligado a realizar un relevamiento anual de carácter público, sobre la situación de la protección de la salud mental en la Provincia, tanto en los subsectores público, privado y de la segu-

⁸². Cfr. <https://www.ms.gba.gov.ar/sitios/saludmental/consenso/>.

⁸³. B.O.P.B.A. 6/02/14.

⁸⁴. Cfr. art. 1º, Ley N° 14.580.

⁸⁵. Cfr. arts. 2º y 3º, Ley N° 14.580.

⁸⁶. Cfr. arts. 4º a 6º, Ley N° 14.580.

ridad social, así como en el ámbito carcelario, el que debe ser presentado ante el plenario de las Comisiones de Salud de ambas Cámaras Legislativas.⁸⁷

Finalmente, la ley provincial impone a las obras sociales y empresas de medicina prepaga que desarrollan sus actividades en esta jurisdicción, la inclusión en su menú prestacional de los servicios garantizados en la norma en un plazo no mayor a 120 días a partir de su sanción.

En los fundamentos del proyecto que luego sería sancionado como Ley N° 14.580, se dejó establecido que la norma tiene la función de promover el derecho a la protección de la salud mental y el completo goce de los derechos humanos de aquellas personas que tiene algún sufrimiento mental. Se expresó allí que la LSM *“resulta clara en su abordaje, precisa en sus conceptos y protectora de la integridad de las personas a la vez que garantiza el efectivo cuidado de la salud mental como un derecho social y como una obligación del Estado. Por otro lado, es histórica la definición del sistema de salud argentino como fragmentario y heterogéneo. Fragmentario por la incoordinación de los diferentes subsectores -y aún dentro del mismo subsector - para el cuidado integral de la salud; y heterogéneo en lo referente a las desigualdades e inequidades para el acceso a los servicios, así como en la determinación social que explica que los colectivos sociales tengan impactos diferentes sobre su salud de acuerdo a sus condiciones de vida, así como por el espacio social en el que habitan y desarrollan su cotidiano. En ese aspecto, adherir a un marco normativo nacional tiende a reparar, aunque parcialmente, esa fragmentación y heterogeneidad.”*⁸⁸

En ese marco, mediante Convenio suscripto entre la entonces Subsecretaría de Salud Mental, Consumos Problemáticos y Violencia de Género⁸⁹ dependiente del Ministerio de Salud y la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ambos de la PBA, se acordaron medidas para la articulación de políticas públicas destinadas al fortalecimiento territorial de una perspectiva de atención, acompañamiento e inclusión social en salud mental y consumos problemáticos, que fortalezcan las buenas prácticas y el respeto por los Derechos Humanos y la dignidad de las personas usuarias. Para ello se acordó generar estrategias de

87. Cfr. art. 7°, Ley N° 14.580.

88. Cfr. <https://normas.gba.gob.ar/documentos/Bj7lmIAV.html>.

89. Actual Subsecretaría de Salud Mental, Consumos Problemáticos y Violencias en el Ámbito de la Salud (cfr. Decreto N° 1181/22 -B.O.P.B.A. 22/09/22-).

intervención articuladas frente a la vulneración de derechos, como asimismo estrategias de promoción de los Derechos Humanos para las personas usuarias de los servicios de salud mental en la Provincia, acorde a las previsiones de la LSM y su adhesión provincial (Ley N° 14.580) y demás normativas vigentes en la materia.⁹⁰

El derecho a la protección de la salud se asienta en el ámbito de la PBA, no sólo en los arts. 42 CN, 36.8 y 38 CPBA, *“sino que también descansa en los tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), entre otros documentos, por los que se reconoce un derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.”*⁹¹

Por último, pero no por ello menos importante, a través de la RESO-2024-3924-GDEBA-MSALGP⁹² se aprobó el “Plan Provincial Integral de Salud Mental (2022-2027)” (en adelante, “PPISM”).

El PPISM tiene como propósitos: (1) promover la salud mental de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, de organización de dispositivos de atención y cuidados, y del modelo de atención con base en las comunidades a través del diseño de políticas públicas para el pueblo de la PBA; (2) generar los procesos y adecuaciones institucionales para lograr la plena implementación de la LSM; (3) jerarquizar e integrar el campo de la salud mental en el marco de la construcción de un Sistema Integrado de Salud y en las políticas públicas de modo transversal en la PBA y (4) disminuir las barreras de acceso, promover mayor equidad e incrementar las prácticas de cuidados en salud mental y consumos problemáticos en la PBA, desde un enfoque interseccional.

El PPISM contempla: (a) seis ejes transversales (acceso a derechos, formación, intersectorialidad, participación comunitaria, sistemas de información y producción de conocimiento, y comunicación); (b) ocho ejes temáticos (salud mental con base en

90. CONVE-2020-27667113-GDEBA-SSDHMJYDHGP, aprobado por RESO-2020-1226-GDEBA-MJYDHGP (B.O.P.B.A. 3/02/21).

91. SCBA, C 117760, “G, A. C. contra “Pasema S.A.” y otros S/Daños y perjuicios”, sent. 1/04/15, voto del Dr. de Lázzari.

92. B.O.P.B.A. 19/06/24 (Anexo IF-2024-17821010-GDEBA-SSSMCPYVASMSALGP).

las comunidades y construcción de redes en salud, salud mental en los hospitales generales y urgencias en salud mental y consumos, adecuación de los neuropsiquiátricos: hacia una provincia libre de manicomios, monitoreo, fiscalización y habilitación de servicios de salud mental, acceso y uso racional de psicofármacos, cuidado y asistencia de las infancias y las juventudes, abordaje integral de consumos problemáticos y abordaje de la problemática del suicidio) y (c) monitoreo y evaluación periódicos (se contempla una revisión anual –con corte cada 30/11– sobre el desarrollo de los ejes transversales en cada uno de los ejes temáticos, sobre los cuales, a su vez, se establecen indicadores y metas específicos).

6. A MODO DE COLOFÓN

Frente a la situación de vulnerabilidad, *“la Constitución Nacional prioriza la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos en ella contenidos, como así también en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños,⁹³ las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23)... el artículo 31 del nuevo Código Civil y Comercial establece, en su inciso a), que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, agregando el inciso f) que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. A su vez, el art. 34 dice que «Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona».*⁹⁴

La “discapacidad social” toma en cuenta al entorno como factor atenuante o agravante de la discapacidad, lo que implica la posibilidad de realizar una corrección que la disminuya.⁹⁵

En este sentido, el CCCN se ocupa en términos “inclusivos” de las personas con discapacidad. Tal vez, no con toda la extensión o alcance, pero con el claro propósito

93. Ver: FAMÁ, MARÍA VICTORIA, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial,” LL, 20/10/15, 1.

94. CNACiv., Sala H, “T., O. F. y otro c/L. V. S. y otro s/Medidas Precautorias”, 13/08/15.

95. Sobre concepto de “ajuste razonable” puede verse el art. 2 de la CDPD y BARIFFI, AGUSTIN, “Capacidad Jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU,” en la obra colectiva “Hacia un Derecho de la Discapacidad en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo”, PEREZ BUENO, LUIS CAYO (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2009.

de saldar una deuda con este importante sector de la población. A su vez, existen leyes especiales que conforman un sistema de protección integral adecuado de los discapacitados (Ley N° 22.431), un sistema de prestaciones básicas de atención integral (habilitación y rehabilitación) a favor de las personas con discapacidad (Ley N° 24.901)⁹⁶ y un amplio digesto de legislación sobre discapacidad.⁹⁷

Al decir de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la CDPD “ha venido a poner en evidencia un nuevo paradigma respecto a las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía y dignidad (arts. 1, 3 inc. a y 4, C.D.P.D.). Así, la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, por lo que aparece como necesario promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. En tal sentido, se procura promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente y de su plena participación, con especial tutela de su autonomía e independencia individual residual [...] luce ostensible que el concepto de salud mental ha dejado de ser una noción estrictamente pericial para pasar a tener un contenido mucho más amplio (conf. Preámbulo, arts. 1, 3, 4, 12, 26 y conchs., C.D.P.D.).” En ese marco, “ha sido sancionada la ley 26.657, dictada en consonancia con los principios que emanan de la Convención, cuyas disposiciones [...] tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de los derechos, por ser normas que versan sobre el estado y capacidad de las personas (conf. Ac. 45.304, sent. del 10/03/1992; entre otras).”⁹⁸

Es preciso interpretar la legislación antedicha y el CCCN en clave constitucional, considerando que conforme surge de la armónica interpretación del “Bloque de Constitucionalidad Federal”,⁹⁹ los tratados –fuera de los previstos en el art. 75 inc. 22

96. Ver GARAY, OSCAR, “Tratado Práctico de la Legislación sanitaria”, Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo II, pp 632-667.

97. Cfr. GARAY, OSCAR, “Tratado...”, op. cit., pp. 667-895.

98. SCBA, causa C.117.244, “A. R. I. s/Insania, Curatela”, sent. del 9/10/13, voto del Dr. Pettigiani.

99. Puede verse: MANILI, PABLO LUIS, “El Bloque de Constitucionalidad”, Buenos Aires, La Ley, 2003; BIDART CAMPOS, GERMAN, “Manual de la Constitución Reformada”, Buenos Aires, Ediar, 2006.

con análogo valor a la Constitución con los alcances allí señalados- tienen superioridad a las leyes. Por lo que, ante cualquier duda sobre el significado o interpretación de una norma inferior, es el tratado el que ha de primar. La legislación ha avanzado como consecuencia de una mayor aceptación social, haciendo del derecho un receptor y propulsor de los cambios sociales.¹⁰⁰

La reforma incorpora los principios básicos que deben presidir cualquier regulación avanzada, racional, protectoria del uso de medios coercitivos o arbitrarios en detrimento de personas especialmente vulnerables.¹⁰¹ A saber: (a) Principio de respeto a la dignidad personal;¹⁰² (b) Principio de legalidad; (c) Principio de necesidad;¹⁰³ (d) Principio de congruencia;¹⁰⁴ (e) Principio de prohibición de exceso;¹⁰⁵ (f) Principio de temporalidad;¹⁰⁶ (g) Principio de idoneidad de medios;¹⁰⁷ (h) Principio de cuidado,¹⁰⁸ y (i) Principio de fiscalización.¹⁰⁹

El derogado **Código** Civil perdía de vista la protección de las personas con discapacidad en temas tan sensibles como el derecho al debido proceso para la pérdida de la libertad. En este sentido, el art. 42 se erige como obligación de colaboración de las fuerzas de seguridad y servicios de salud para la protección de la persona, pero solo habilita su traslado cuando se encuentre en riesgo cierto e inminente, cuando no haya algún otro medio para su protección. En definitiva, el traslado no implicará internación hasta tanto no se realice el examen corres-

100. Este cambio se evidencia incluso en el lenguaje empleado. El nuevo Código adecua los términos para aludir a las personas con discapacidad a los estándares de la CDPD y alejándose de vocablos como idiotas, incapaces, interdictos o dementes que nada tienen que ver con el modelo social y los derechos humanos.

101. Sobre el tema consultar: BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 155-163; KRAUT, ALFREDO JORGE, “Salud Mental. Tutela Jurídica”, cit., Capítulo 8, pp. 237- 299.

102. Ver BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit., p. 155.

103. Ver BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit., p. 158.

104. Ver COBREROS MENDAZONA, EDUARDO, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 362; citado por BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit.

105. Cfr. BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit.

106. Cfr. BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit.

107. Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación de un medio o medida coercitiva en salud mental han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales.

108. El cuidado y la evaluación periódica del equipo interdisciplinario son obligatorios cuando se aplican medidas coercitivas (art. 7º, h) y LSM, art. 41 c), CCCN.

109. Ver BARRIOS FLORES, LUIS FERNANDO, op. cit., pp. 161/163.

pondiente y de admitirse deberá cumplirse con la ley especial respecto a los plazos y modalidades.¹¹⁰

Pese a que la Argentina ha asumido compromisos internacionales a raíz de tratados de derechos humanos, muchos de ellos, con jerarquía constitucional tras la reforma de 1994, en la práctica dichas obligaciones se veían especialmente relegadas en lo que a la protección de las personas con discapacidad se refiere. Recordamos que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado,¹¹¹ se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional.¹¹²

El derecho a la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “*en igualdad de condiciones con los demás y sin discriminación por motivos de discapacidad, lo que incluye no exclusivamente la capacidad de tener derechos sino de obrar.*”¹¹³ No es ocioso indicar que los derechos humanos se presentan, fundamentalmente, como un conflicto de adquisición y pérdida de poder.^{114, 115}

Las solas normas no bastan; se requiere educación y compromiso de la sociedad en su conjunto para que –tal como lo dispone la CDPD–¹¹⁶ se promueva, proteja y asegure el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente.

110. Entre otros fallos, ver: Tribunal de Casación Penal de La Plata, Sala I, causa 1140, “E.L. s/Recurso de queja”, 9-11-23.

111. Al respecto, ver el cambio de interpretación efectuado en CSJN, “Acevedo, Eva María c/ Manufactura Textil San Justo s/ quiebra”, CSJ 1559/2018/RH1, 3/04/25.

112. Cfr. CSN, Fallos, 319:2411 (1996), 3148 (1996) y 323:4130 (2000).

113. BACH, MICHAEL, “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa” en PALACIOS, AGUSTINA/BA-RIFFI, FRANCISCO (compiladores), Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la CDPD, Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 55.

114. GALENDE, EMILIANO/KRAUT, ALFREDO JORGE, “El Sufrimiento Mental: el poder, la ley y los derechos, Lugar Editorial”, Buenos Aires, 2006, p. 117.

115. CSJN, Fallos, 331:211 (2008).

116. Ver, SCBA, causa C 119.274, “S., S. J. s/ Insania”, 29-12-14; CACyC, Sala II, Azul, causa 64.431, “N. ,D. O. s/ Determinación de la capacidad jurídica”, 8-10-19.

Insistimos, como lo hemos hecho con anterioridad, que la realización de las personas con padecimientos mentales pasa por el respeto a su libertad, su dignidad y a su persona, por reconocernos en el otro y en ellos, por reconocerlos como tales. Nuestro compromiso con el prójimo no es más que el compromiso con nosotros mismos y con un sistema internacional de los derechos humanos concebido para la tutela especial de la persona, que los Estados no pueden desconocer y deben primordialmente garantizar. Enfatizamos que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho.¹¹⁷

Resta puntualizar, tal como lo refiere el PPISM, en la implantación de la LSM y la Ley N° 14.580, que la sustitución del modelo tutelar y hospitalocéntrico por uno de salud mental con base en las comunidades requiere de la transformación y creación de nuevos dispositivos de atención y cuidados destinados a las personas con padecimientos en salud mental y consumos problemáticos. Parte imprescindible de esta tarea implica el desarrollo y fortalecimiento de equipos capaces de trabajar en los diferentes territorios con las comunidades desde un enfoque de derechos, teniendo en cuenta la perspectiva de las personas usuarias y sus redes afectivas.

El mundo “*está cubierto de signos que es necesario descifrar y estos signos, que revelan semejanzas y afinidades, sólo son formas de la similitud. Así, pues, conocer será interpretar: pasar de la marca visible a lo que se dice a través de día y que, sin ella, permanecería como palabra muda, adormecida entre las cosas.*”¹¹⁸

La LSM y el CCCN, junto con la CDPD integran un nuevo régimen de salud mental, en el cual se reconoce a la persona humana y a sus derechos como centro y el eje del sistema jurídico y a los Estados (nacional y provinciales) artífices necesarios y obligados en un compromiso exigible que dista de ser una mera expresión de deseos programáticos.¹¹⁹

Para concluir, a diferencia de BORGES, no nos está vedado pedir y exigir en materia de derechos humanos. “*Pedir que no anochezcan mis ojos sería una locura; sé de millares de personas que ven y que no son particularmente felices, justas o sabias. El proceso*

117. CSJN, Fallos, 331:2691 (2008).

118. FOUCAULT, MICHEL (FROST, ELSA CECILIA –trad.–), Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas, Buenos Aires, Siglo XXI, 1968, p. 40.

119. Arg. CSJN, Fallos, 323:3229 (2000), 324:3569 (2001), 325:292 (2002), entre muchos otros.

*del tiempo es una trama de efectos y de causas, de suerte que pedir cualquier merced, por ínfima que sea, es pedir que se rompa un eslabón de esa trama de hierro, es pedir que ya se haya roto.*¹²⁰

El tiempo (en un silencio a gritos) sigue corriendo a casi 15 años de la sanción y vigencia de la Ley N° 26.657;¹²¹ sin embargo, bajo su *presencia* el eslabón de la trama opaca del paradigma del modelo tutelar ha sido roto, sin posibilidad de retroacción o reversibilidad.¹²²

La presencia de un elemento es *“siempre una referencia significativa y sustitutiva inscrita en un sistema de diferencias y el movimiento de una cadena.”*¹²³

120. BORGES, JORGE LUIS, “Una oración”, en Obras Completas 1923-1972, Buenos Aires, Emecé, 1974, p. 1014.

121. Y a 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación.

122. Desde “el enfoque de derechos humanos, resultan particularmente relevantes para la política fiscal los siguientes principios y obligaciones: aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; el cumplimiento del principio de progresividad y no regresividad; y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación” (CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, 2017, párr. 502, recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>).

123. DERRIDÁ, JACQUES (Peñalver, Patricio -trad.-), La escritura y la diferencia, 1ª ed., Barcelona, Anthropos, 1989, p. 400.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

Ministerio Público y vejez digna: Estrategias de protección de derechos en el ámbito provincial

María Isolina Dabove

Ministerio Público y vejez digna: Estrategias de protección de derechos en el ámbito provincial

por *María Isolina Dabove*¹

1. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece de manera sostenida en todo el mundo. Por ello, es considerado un fenómeno global y multigeneracional², cuyos rasgos se expresan en el plano demográfico, en el campo económico, en área cultural y, por ende, en el plano de los derechos³.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, entre 2000 y 2050, el porcentaje de mayores de 60 años se duplicará del 11% al 22%, mundialmente. *El cambio demográfico será más rápido e intenso en los países de ingresos bajos y medianos. Habrá en el mundo más personas octogenarias y nonagenarias que nunca*⁴. Hoy también, se registra una mayor y creciente longevidad en mujeres que en varones. En el grupo de personas de 60 a 75 años, hay una y media mujeres por cada varón. Mientras que en el grupo de 75 y más años, hay de 2 mujeres por cada varón⁵. Sin embargo, no

1. Abogada, Universidad Nacional de Rosario (1988). Doctora en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid (1998) y Posdoctorada, Universidad de Valladolid (2009 y 2010).

Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. isolinadabove@gmail.com

2. Dabove, María Isolina; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, 1º ed. 1º reimp., Buenos Aires, Astrea, 2021, p. 5 a 51; Cepal, *Panorama del envejecimiento y tendencias demográficas en América Latina y el Caribe*, disponible en: <https://www.cepal.org/es/enfoques/panorama-envejecimiento-tendencias-demograficas-america-latina-caribe>; Leeson, George W.; *Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History*, *Journal of Contemporary World Affairs*, Vol. 110, No. 733, 2011; p. 75 a 80; Indec, *Dosier estadísticos de personas mayores*, 2024, disponible en: https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/dosier_personas_mayores_2023.pdf;

3. Dabove, María Isolina; *Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, “Revista de Derecho de Familia”, N° 40, julio/agosto, 2008, p. 39 a 54; *Elder Law: A Need that emerges in the course of life*, “Ageing International”, September 2013, DOI 10.1007/s12126-013-9193-4.

4. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>; también ver: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>

5. Dabove, María Isolina; “Mujeres mayores: pasado, presente y porvenir de sus derechos.”, en Fernandez Andreani, Patricia y Boquín, Gabriela (dir), *Igualdad real de las mujeres*, Buenos Aires, Astrea, 2021, Capítulo XV, p. 397 a 417; *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, “Bioética y Bioderecho”, N°1, Rosario, FII, 1996, p. 49 a

todas las personas mayores viven en buenas condiciones. No todas son aceptadas y respetadas en sus familias y comunidades.

Envejecer de manera digna depende de múltiples factores⁶. Entre ellos se destacan los cambios fisiológicos y psicológicos derivados de la longevidad, la proximidad de la muerte, la experiencia, la jubilación y el cese de ciertas actividades, la pérdida de vínculos y la instauración de nuevas redes, la disponibilidad de mayor tiempo libre, la necesidad de cuidados⁷. No incide solo la cronología. También es la resultante de un complejo bio-psico-social y cultural que se expresa a lo largo de todo el curso de vida⁸.

Así, por ejemplo, en los países pobres, la mayoría de las personas mayores mueren de enfermedades no transmisibles. Es frecuente que sufran varios problemas de salud simultáneamente, como diabetes y cardiopatías⁹. En todo el mundo, muchas personas de edad avanzada están en riesgo de ser maltratadas. En los Estados desarrollados, un 4% a un 6% de los mayores han sufrido alguna forma de maltrato doméstico. También es frecuente que en las residencias o asilos padezcan abusos que atentan contra su dignidad tal como sucede cuando no se cambia la ropa sucia de los residentes con alta dependencia, o al sujetarlos para que no se muevan, o bien, cuando se les niega la atención en el momento que la persona residente la requiera¹⁰.

Párrafo aparte merece la necesidad de asistencia personal a largo plazo. Estos cuidados aumentan en proporción a la mayor longevidad humana, debido a la pérdida

54; Di Tullio Budassi, Rosana; *El Derecho alimentario de los ancianos*, "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", 2008, N° 38: p. 64 a 82.

6. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>

7. Dabove, María Isolina, *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002, p. 83 a 103.

8. Dabove, M. I. *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, p. 6 a 9; Aragón, Joaquín M., *El proceso de envejecimiento: aspectos psicológicos*, "Estudios de Psicología", N° 2, 1980, p. 156; Iacub, Ricardo; *Identidad y envejecimiento*, Buenos Aires, Paidós, 2011, passim; Leher, Úrsula; *Correlato social y psicosocial de la longevidad*, "Geriatría Práctica", vol. III, N° 9, trad. Laura Pérgola, 1993, p. 3; Rubio Herrera, Ramona; *Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso*, "Boletín de Estudios y Documentos de Servicios Sociales", N°13, 1983, p. 25 a 30; Sagrera, Martín; *El edadismo. Contraste "jóvenes" y viejos La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992, p. 105 a 110.

9. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>

10. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>; Dabove, María Isolina; *Autonomy, Self-determination, and Human Rights: Legal Safeguards in Argentina to Prevent Elder Abuse and Neglect*, in "International Journal of Law, Policy and The Family", 2018, Vol. 32, p. 80 a 92; doi: 10.1093/lawfam/ebx017

de habilidades para las actividades diarias o la afectación de las competencias instrumentales para la toma de decisiones¹¹. Además, a medida que las personas viven más tiempo, los casos de demencia, como el Alzheimer, también aumentan. El riesgo de demencia crece con la edad, afectando al 25-30% de los mayores de 85 años. En países de ingresos bajos y medianos, estas personas a menudo no tienen acceso a atención asequible a largo plazo, y sus familias generalmente no reciben ayuda gubernamental para cuidarlos en casa¹².

Algunas personas mayores padecen limitaciones en su movilidad, o bien sufren problemas físicos o mentales que generan un aumento en la demanda de ayuda para la vida cotidiana. Otros necesitan cuidados de largo plazo, ya sean domiciliarios, residenciales, o comunitarios, o bien, requieren de compañía y oportunidades para el sostenimiento de proyectos vitales que mitiguen la soledad que no siempre es bienvenida¹³. Asimismo, las personas mayores pueden presentar una vulnerabilidad agravada ante situaciones de emergencia. Cuando las comunidades son desplazadas debido a pandemias, desastres naturales o conflictos armados, los mayores pueden ser abandonados por no poder escapar ni recorrer largas distancias. Petro, en muchas circunstancias, esas personas pueden ser un recurso importante para sus comunidades y en la prestación de ayuda humanitaria, especialmente cuando actúan como líderes comunitarios¹⁴.

En síntesis, las necesidades sociales se modifican y amplifican al mismo ritmo que el envejecimiento poblacional, razón por la cual aumentará también el requerimiento de protección judicial de las personas mayores. Pero ¿estamos preparados jurídicamente para efectivizarla? ¿Cómo nos atraviesan los “viejismos”, es decir, los

11. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*, disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>; Dabove, María Isolina (dir); *Adult support and care. Apoyos y cuidados de personas adultas y mayores*, Buenos Aires, Astrea, 2024, passim, disponible en: <https://astrea.com.ar/book/9800020>; Dabove, María Isolina; *Las residencias gerontológicas en el Derecho de la Vejez: panorama normativo en Argentina*, en “Revista de la Facultad de Derecho”, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. V; N° 2: Nueva serie II (2014), p. 173 a 215.

12. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>

13. Dabove, María Isolina; *Vulnerability in Old Age? Principia Iuris for Taking Judicial Decisions that Affect Older Persons' Rights*, en “Rivista di filosofia del diritto”, Bologna, Società Editrice il Mulino, año 13, n° 1, 2024, p. 183-212, disponible en: <https://www.rivisteweb.it/issn/2280-482X/presentazione>; *Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas*; “Revista de derecho privado”, Bogotá, Universidad del Externado, N.º 34, enero-junio de 2018, p. 53 a 85.

14. Organización Mundial de la Salud; *Envejecimiento y ciclo de vida. Datos interesantes sobre la vejez*. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/about/facts/es/>

prejuicios sobre la vejez? ¿Nuestra cultura garantiza los derechos de las personas mayores en las familias actuales? El envejecimiento poblacional exige además políticas públicas que garanticen los derechos y libertades fundamentales en todas las etapas de la vida.

Este capítulo está destinado a analizar el significativo papel que el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (MPBA) desarrolla en la actualidad, para la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas mayores.

2. Fines y funciones del Ministerio Público en clave gerontológica

La Ley 14.442, en su artículo 1º, define al Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires como el cuerpo integrado por Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, bajo la conducción del Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa del interés social y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales¹⁵.

Este enunciado permite identificar los fines principales de la institución: la defensa del interés público, la promoción de la legalidad y la preservación de los valores jurídicos fundamentales. Estos objetivos orientan su actuación como órgano extra-poder, autónomo e independiente dentro del sistema de administración de justicia.

Por otro lado, en la misma ley se detallan las funciones específicas que permiten alcanzar dichos fines. Estas comprenden, entre otras:

- a) La intervención en procesos judiciales en defensa de personas en situación de vulnerabilidad.
- b) La emisión de dictámenes ante la Suprema Corte de Justicia.
- c) La promoción de investigaciones y acciones judiciales.

¹⁵. Buenos Aires, Ley 14.442, actualizada por Ley 14.613 disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/B3mlauj0.html#:~:text=El%20Ministerio%20P%C3%BAblico%20es%20el,jur%C3%ADdicos%20consagrados%20en%20las%20disposiciones>,

d) La participación en políticas públicas de acceso a la justicia y protección de derechos.

Así, mientras los fines expresan el “para qué” del Ministerio Público, las funciones definen el “cómo” se concretan esos objetivos en la práctica institucional.

Esta distinción resulta especialmente significativa al analizar el papel del Ministerio Público en la defensa de los derechos de las personas mayores, ya que permite comprender que su intervención no se agota en la actuación procesal. Además, esta función responde a un mandato institucional más amplio vinculado a la garantía de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la vida comunitaria de quienes integran este colectivo, en igualdad de condiciones que todas las demás personas.

En relación con la vejez cabe recordar que el accionar del Ministerio Público se enmarca en la Constitución Nacional¹⁶, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Leyes 27.360 y 27.700)¹⁷, La Constitución de Buenos Aires y su legislación provincial¹⁸. También se apoya en documentos internacionales de “soft law” como son los Principios en favor de las Personas de Edad de Naciones Unidas (1991), la Declaración de Brasilia (2006), o las 100 Reglas de Acceso a la Justicia de Grupos en situación de Vulnerabilidad (2007), entre otros¹⁹.

Este cuerpo normativo debe ser integrado con los estándares de protección reforzada para grupos en situación de vulnerabilidad elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰, por la Suprema Corte de Justicia

16. Constitución de la Nación Argentina, arts. 14; 14 bis, 15; 16 y 75 incs. 22 y 23, entre otros, disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

17. Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Ley 27.360 (Buenos Aires: Boletín Oficial, 2017).

18. Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 11 y 36, entre otros. Disponible en: https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=173

19. Dabove, M. I.; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, 170 y 196.

20. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gauna”, Fallos: 320:875, Ciudad de Buenos Aires, CSJN, 1997; *La vulnerabilidad en los precedentes de la Corte*, 2024, disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/76/documento>

provincial²¹ y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²². Asimismo, es importante considerar los *Cuadernos Temáticos de Dictámenes* elaborados por la Procuración General ya que sistematizan criterios jurídicos relevantes sobre salud, previsión social, capacidad jurídica y acceso a la justicia relativos a personas mayores²³.

3. EJES PRIORITARIOS DE LA PROCURACIÓN GENERAL

El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, como ya se ha señalado, es un órgano extrapoder cuya configuración institucional permite una intervención transversal y especializada en casos que involucran a personas mayores. Tal como surge de los informes anuales elaborados por la Procuración General, su participación resulta especialmente relevante en contextos de violencia, internaciones involuntarias, procesos de restricción a la capacidad jurídica y conflictos patrimoniales²⁴.

También, está relacionado con el desarrollo de los cinco ejes que componen el derecho de la vejez: protección de la persona mayor: reconocimiento de su nombre, domicilio, estado y capacidad jurídica (atributos de la personalidad); fortalecimiento de sus derechos de autonomía, de participación y de asistencia y cuidados y derecho de acceso a la justicia y debida defensa en juicio²⁵. En particular, el derecho de la vejez aborda el estudio de:

1. La discriminación por vejez, su vulnerabilidad y afectación de la capacidad jurídica de las personas mayores.

21. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Resolución SC 216/24. *Guía de Buenas Prácticas para el Acceso a la Justicia de las Personas Mayores*, marzo de 2024, disponible en: <https://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?id=54064&veradjuntos=no>

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 5 de marzo de 2018, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf; *Muelle Flores vs. Perú*, 6 de marzo de 2019, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf; Prof. de Chañaral y otras municipalidades vs. Chile, 10 de noviembre de 2021, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_443_esp.pdf; *Vega Gonzalez y otros vs. Chile*, 12 de marzo de 2024, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_519_esp.pdf

23. Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, *Cuaderno Temático de Dictámenes: Los derechos de las personas mayores*, La Plata, Centro de Información Jurídica (CIJur), 2023, *passim*. Disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Cuaderno%20-%20Los%20derechos%20de%20las%20personas%20mayores%2011-12.pdf>

24. Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, *Organigrama*, disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6475/Res_PG_305-25_-_Anexo_Organigrama_PGPA.pdf; *Informe institucional sobre la estructura funcional del MPBA*, disponible en: <https://www.mpba.gov.ar/novedad/2241>

25. Dabove, M. I.; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, 170 y 196.

2. Los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y derechos patrimoniales en la vejez.
3. Los derechos humanos de participación vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política.
4. Los derechos sociales, fundados en las exigencias de la igualdad material de las personas mayores.
5. Los sistemas de protección y garantías con el propósito de asegurar el acceso a la justicia de este grupo.

Cada eje se vincula con uno de los *Cinco Principios en favor de las Personas de Edad* de Naciones Unidas, ya mencionado. Así, la problemática de la discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores está ligada al principio de la autorrealización. El segundo eje, destinado a los derechos humanos de autonomía, se asocia con el principio de independencia. Los derechos humanos de participación, con el principio homónimo (participación). Los derechos sociales se vinculan con el principio de los cuidados. Por último, el principio de dignidad informa todo lo relativo a las garantías y los sistemas de protección.

Sobre este marco, la adopción de *medidas diferenciadas y ajustes razonables* durante la vejez, definida como uno de los ejes prioritarios del organismo, resulta sumamente importante²⁶. Esta línea de acción está fundada en el principio de igualdad sustantiva y con el derecho a una tutela judicial efectiva, y se encuentra en sintonía con los cinco ejes del derecho de la vejez anteriormente mencionados²⁷.

4. APORTES JURISPRUDENCIALES AL DERECHO DE LA VEJEZ

Los dictámenes emitidos por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (MPBA) ante la Suprema Corte provincial constituyen una herramienta institucional clave en la construcción de estándares de protección reforzada de los derechos fun-

26. Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, Organigrama, disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6475/Res_PG_305-25_-_Anexo_Organigrama_PGPA.pdf; Informe institucional sobre la estructura funcional del MPBA, disponible en: <https://www.mpba.gov.ar/novedad/2241>

27. Disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/4504>

damentales de las personas mayores. Lejos de tratarse de meras opiniones técnicas consultivas, estos pronunciamientos reflejan una posición jurídica activa, orientada a garantizar el acceso efectivo a derechos esenciales como la salud, la seguridad social, la igualdad sustantiva y la justicia, sin discriminación por vejez.

Entre las problemáticas abordadas se destacan los casos de negativa de cobertura por parte de obras sociales, internaciones involuntarias sin control judicial, conflictos previsionales que afectan el mínimo vital, y restricciones a la capacidad jurídica impuestas sin las debidas garantías procesales. En todos estos supuestos, el MPBA ha sostenido una interpretación expansiva y evolutiva de los derechos comprometidos, en línea con el principio *pro persona*, y ha incorporado estándares internacionales provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁸.

Un ejemplo ilustrativo es el dictamen emitido en el expediente C-128286-1 (*Dietrich c/ FCA Automóviles Argentina SA*), en el cual el Procurador General sostuvo que la responsabilidad civil empresarial debía analizarse desde una perspectiva de vulnerabilidad estructural, considerando la edad de la víctima como un factor agravante en términos de reparación integral²⁹. En otros casos, como *T.G. c/ OSDE*, se reafirmó la obligación de las obras sociales de garantizar el acceso a tratamientos complejos para personas mayores con enfermedades crónicas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 24.901 y la Ley 26.689³⁰.

Estos dictámenes, al articular el derecho interno con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, constituyen un aporte sustancial al desarrollo del derecho de la vejez. En particular, consolidan una práctica institucional con enfoque gerontológico, comprometida con una justicia más inclusiva, igualitaria y eficaz para todas las personas mayores.

28. Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Ley 27.360 (Buenos Aires: Boletín Oficial, 2017); Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sentencia del 23 de agosto de 2018.

29. Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, Dictamen en Expte. C-128286-1, “*Dietrich Sergio Reinaldo c/ FCA Automóviles Argentina SA*”, 28 de mayo de 2025. Disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/dictamenfile/c/128286>

30. Centro de Información Jurídica (CIJur) MPBA, “*T.G. c/ OSDE s/ amparo de salud*”, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, Expte. n.º 19596/2022, 15 de mayo de 2025. Disponible en: <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/6690>

5. ARTICULACIÓN INTERINSTITUCIONAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (MPBA) participa activamente en espacios de articulación interinstitucional orientados a la promoción de políticas públicas con enfoque gerontológico. Entre ellos se destaca su intervención en la *Mesa Interinstitucional para el Abordaje Integral de las Personas Mayores*, ámbito creado en 2020. Está integrado por organismos provinciales como la Subsecretaría de Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual, el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), la Defensoría del Pueblo y diversas entidades municipales y comunitarias afines³¹.

Desde este espacio de trabajo, el Ministerio Público ha contribuido a la elaboración de instrumentos clave, como la *Guía de Buenas Prácticas para el Acceso a la Justicia de las Personas Mayores*, aprobada por la Suprema Corte de Justicia mediante la Resolución SC N° 216/24.

Dicho documento establece pautas operativas para garantizar un trato digno y accesible en el ámbito judicial, incluyendo medidas de ajuste razonable, uso de lenguaje claro, plazos abreviados, atención preferente y condiciones edilicias adecuadas. Su elaboración se llevó a cabo a través de un proceso participativo que convocó a operadores del Poder Judicial, organismos públicos, organizaciones de la sociedad civil y especialistas en derecho, psicología y gerontología; entre ellos, tuve el honor de formar parte³².

Estas acciones reflejan un enfoque integral que trasciende lo estrictamente jurisdiccional y se orienta a la transformación cultural e institucional del sistema de justicia desde una perspectiva de vejez. En este sentido, la participación del MPBA no solo refuerza su rol constitucional como garante de derechos, sino que también lo posiciona como un agente estratégico en la construcción de redes territoriales de cuidado, prevención y acceso efectivo a la justicia para las personas mayores.

31. Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, *Mesa Interinstitucional para el Abordaje Integral de las Personas Mayores*, disponible en: <https://derechoshumanos.mjus.gba.gob.ar/mesa-personas-mayores/>

32. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Resolución SC 216/24. *Guía de Buenas Prácticas para el Acceso a la Justicia de las Personas Mayores*, disponible en: <https://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?id=54064&veradjuntos=no>

6. DESAFÍOS Y PROYECCIONES

A pesar de los avances normativos e institucionales alcanzados en los últimos años, persisten obstáculos estructurales que limitan el pleno ejercicio de los derechos de las personas mayores en la Provincia de Buenos Aires. Entre ellos se destacan la brecha digital y la tecno-violencia, que restringen el acceso a información, trámites y servicios en línea; la escasa accesibilidad física y comunicacional en sedes judiciales y organismos públicos; y la persistencia de estereotipos viejistas, que reproducen visiones asistencialistas o deficitarias de la vejez, obstaculizando el reconocimiento de las personas mayores como sujetos plenos de derecho³³.

A ello se suma una fragmentación en las políticas públicas de asistencia y cuidados gerontológicos, una débil articulación intersectorial y una insuficiente presencia territorial de dispositivos especializados, especialmente en zonas rurales o periféricas. Esta situación se ve agravada por la falta de recursos humanos con formación gerontológica, la escasa producción de datos desagregados por edad avanzada (60 años y más), y la invisibilización de las múltiples formas de discriminación interseccional que afectan a las personas mayores, en particular a mujeres, personas con discapacidad, migrantes y miembros del colectivo LGBTI+³⁴.

En este contexto, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires enfrenta el desafío de profundizar su rol proactivo como garante de derechos, fortaleciendo su presencia territorial mediante equipos interdisciplinarios, promoviendo la capacitación continua de sus operadores con enfoque gerontológico, y consolidando una cultura institucional inclusiva y libre de viejismos. Asimismo, resulta clave avanzar en la producción de dictámenes con perspectiva interseccional, en la promoción de mecanismos de participación ciudadana, y en la incorporación de tecnologías accesibles que faciliten el acceso a la justicia de las personas mayores³⁵.

33. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas*, 2022.

34. Venturiello, María Pía; Cirino, Estefanía y Palermo, María Cecilia; *Protección social, políticas de cuidados y discapacidad para personas mayores. Argentina 2016–2020*, Revista Sudamérica, Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Humanidades. Centro de Estudios Sociales y Políticos, N° 14, Julio, 2021, p. 49 a 68, disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/165718>

35. Dabove, M. I.; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, passim

Finalmente, se impone la necesidad de construir una política pública de justicia gerontológica, que articule el trabajo del Ministerio Público con otros poderes del Estado, organismos de derechos humanos, universidades y organizaciones de la sociedad civil, en línea con los compromisos asumidos por el Estado argentino en el marco de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

7. RECOMENDACIONES ESTRATÉGICAS

En virtud de los desafíos estructurales señalados y las proyecciones institucionales identificadas, se torna necesario avanzar en una serie de recomendaciones que orienten la acción del Ministerio Público en materia de vejez. Estas propuestas, de carácter estratégico y operativo, buscan fortalecer la tutela efectiva de los derechos de las personas mayores, consolidando un modelo de justicia con enfoque gerontológico, interseccional y territorialmente sensible. Entre las principales, se destacan:

1. **Fortalecimiento territorial.** Ampliar la presencia del MPBA en el interior provincial mediante equipos interdisciplinarios con formación gerontológica, priorizando zonas rurales y de difícil acceso.
2. **Capacitación continua.** Implementar programas obligatorios de formación en derecho de la vejez, y sus cinco ejes, para fiscales, defensores, asesores y personal administrativo.
3. **Producción de datos y monitoreo.** Crear un sistema de registro y seguimiento de casos que involucren a personas mayores, con indicadores desagregados por edad (incluyendo a los de 60 y más años), género, discapacidad, etnia, y situación socioeconómica, entre otros.
4. **Accesibilidad integral.** Garantizar condiciones edilicias, tecnológicas y comunicacionales adecuadas en todas las dependencias del MPBA, promoviendo el uso de lenguaje claro, formatos accesibles y participación de intérpretes.
5. **Participación activa.** Fomentar espacios de consulta y diálogo con organizaciones de personas mayores, universidades y actores co-

munitarios, a fin de incorporar sus voces en el diseño de políticas institucionales.

6. **Articulación interinstitucional.** Consolidar mecanismos de cooperación con organismos provinciales y municipales para la atención integral de situaciones de vulnerabilidad, violencia o discriminación por vejez.

El Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires se encuentra ante una oportunidad histórica para consolidar su rol como garante de los derechos humanos de las personas mayores. En un contexto de envejecimiento poblacional acelerado y persistentes desigualdades estructurales, su intervención no puede limitarse al plano procesal, sino que debe proyectarse como un actor estratégico en la construcción de una justicia accesible, inclusiva y con enfoque gerontológico.

No se debe olvidar que la vejez comprende una dimensión material, relacionada con su manifestación física y psíquica; una perspectiva histórica, que refleja el paso del tiempo y el final de la vida; y un aspecto cultural, que se refiere al valor y función que la ley y la cultura le asigna³⁶. Asumir este enfoque complejo e integral de la longevidad implica no solo aplicar el derecho vigente. También exige contribuir activamente a su transformación, promoviendo una cultura institucional que reconozca a las personas mayores como sujetos plenos de derechos, con capacidad de decisión, autonomía y participación. En definitiva, se trata de avanzar hacia un modelo de justicia que no deje a nadie atrás, ni afuera, del ámbito comunitario en el cual se está inserto.

36. Dabove, M. I.; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, passim



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

Lecturas críticas para (re)pensar los abordajes del derecho humano a vivir en familia de las niñeces y adolescencias en situación de discapacidad

Camila Beguiristain

Lecturas críticas para (re)pensar los abordajes del derecho humano a vivir en familia de las niñas y adolescencias en situación de discapacidad

Por Camila Beguiristain¹

1. PLANTEO

El 12 de junio de 2025, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en lo que sigue), a petición de la República Argentina, emitió la Opinión Consultiva N° 31 relativa al contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos. Allí recordó la trascendencia del derecho humano de las niñas y adolescencias (NA, en adelante) a vivir en familia y a ser cuidadas por ésta en tanto núcleo central de protección. En ese sentido, reiteró y reforzó que cuando dicho derecho no puede ser satisfecho por la familia, a la luz del principio de corresponsabilidad, entra en escena la obligación del Estado de garantizar políticas públicas de cuidado que salvaguarden su interés superior, en especial cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad por –entre otros– motivos de discapacidad².

De ahí que, transcurridos diez años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN, en lo sucesivo), veinte desde la instauración del sistema de protección integral de los derechos de NA con la sanción de la Ley Nacional N° 26.061, y más de treinta desde el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en lo que sigue), cabe preguntarse cuál ha sido el abordaje que se ha desplegado respecto de NA en situación³ de discapacidad psico-

1. Abogada UNLP. Diploma Superior en Género y Políticas Públicas en FLACSO. Maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata. Candidata a especialista en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencias en la UNPAZ. Auxiliar Letrada de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 4 del Departamento Judicial de La Plata.

2. Corte IDH, 12/06/2025, Opinión Consultiva N° 31/25, “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”, en: <https://colectivoderechofamilia.com/opinion-consultiva-oc-31-25/>.

3. En este trabajo se recogen las voces que proponen considerar tres dimensiones que se interrelacionan y deben estar presentes en cualquier análisis: 1) condición de discapacidad, relativa a la dimensión personal donde la mirada

social o intelectual separados de su familia de origen con motivo de las medidas de protección excepcional de derechos (MPED, desde ahora).

La elección de la temática responde a una preocupación actual de revisión impostergable pues la práctica y los estudios realizados sobre la temática siguen reflejando que la separación del grupo familiar de origen les impacta de manera diferenciada y requiere poner en marcha una multiplicidad de acciones mancomunadas y simultáneas por parte de los tres poderes del Estado para asegurar a NA el goce de todos sus derechos en condiciones de igualdad.

Por ello, y con motivo de seguir colocando la problemática en la agenda estatal de cara a la revisión crítica de los abordajes, el presente trabajo tiene por objetivo analizar e interpelar las principales aristas de las MPED cuando tiene a dichas personas menores de edad como protagonistas de cara al acceso a la justicia⁴.

Con este fin, el trabajo se organizará en cinco secciones. En la primera, se desarrollarán los estándares convencionales elaborados por los distintos órganos internacionales de derechos humanos en relación con la separación familiar de NA en situación de discapacidad. En la segunda se plantearán los efectos diferenciados que, en la práctica, trae aparejada la toma de la MPED sobre dicho grupo. En la tercera, se contrastará el texto normativo con el contexto fáctico actual, recurriendo a la jurisprudencia existente en la materia a los fines de evidenciar con datos empíricos los efectos descriptos. En la cuarta, se analizará la trascendencia de los ajustes de procedimiento y el sistema de apoyos de cara a la participación de NA en el proceso para reflexionar sobre nuevas y necesarias interpretaciones y se abordará con especial énfasis el rol del Ministerio Público.

Dicho esto, cabe una aclaración a la persona lectora. Si bien se contemplará la situación en el derecho nacional argentino, por cuestiones de espacio y de versación profesional, el presente ensayo hará especial hincapié en la provincia de Buenos Aires.

se centra exclusivamente en el diagnóstico; 2) situación de discapacidad como dimensión interrelacional, situacional y dinámica que surge cuando entran en juego las barreras sociales, y 3) posición de discapacidad, que remite a la dimensión estructural y se sitúa en las representaciones, en las valoraciones y en la cultura como resultado de prejuicios y estereotipos; este se construye cada vez que se le niega el reconocimiento de su condición de ser persona, de decidir sobre su propia vida y de participar en la sociedad; PALACIOS A., FERNÁNDEZ, S. E., e IGLESIAS, M.G., "Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos", La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 1º ed., p.10.

4. En este trabajo se recuperan líneas trabajadas en SARQUIS, L. y BEGUIRISTAIN, C., "Adopción de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Aportes desde una mirada crítica para la garantía del derecho humano a vivir en familia", RDF 117, AR/DOC/2367/2024.

2. LA SEPARACIÓN FAMILIAR DESDE UN ENFOQUE DIALÓGICO: ESTÁNDARES CONVENCIONALES EN MATERIA DE NIÑEZ Y DISCAPACIDAD

De la lectura de la Ley Nacional N° 26.061 y su par provincial N° 13.298, es posible advertir la falta de disposiciones que recuperen la perspectiva de discapacidad para los abordajes enmarcados en el sistema de protección integral de los derechos de NA. No obstante, sostener que dicha ausencia neutraliza o exime las obligaciones en la materia conduce a una interpretación sesgada, reducida e inequívoca que ocasionaría intervenciones violatorias de derechos humanos y, por ende, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Por eso, ponderando el mandato contenido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, este estudio retoma la trascendencia de realizar el análisis de la temática con enfoque de derechos humanos y, para su materialización, deviene pertinente no solo la remisión a las disposiciones normativas contenidas en los tratados sino también a las interpretaciones y jurisprudencia que producen continuamente los diferentes órganos de tratado, puesto que sus pronunciamientos resultan de aplicación obligatoria para Argentina al constituir las “condiciones de vigencia”.

Asumir entonces a las niñeces y adolescencias y la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos implica poner en diálogo dos mundos: la CDN y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en lo sucesivo). Ambos tratados —que se complementan y refuerzan— despliegan una multiplicidad de estándares que parten del reconocimiento de NA como sujetos/as de derecho y no como objeto de “protección” u objeto de políticas asistenciales.

A partir de allí, es dable mencionar que de la lectura de los artículos 4, 9, 18 y 27, la CDN consagra el derecho humano a la preservación de sus vínculos familiares y constituye obligación del estado el velar porque NA “no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Para eso, y a los fines de evitar que la separación tenga como causa a la situación socioeconómica familiar, dispone que el Estado debe brindar asistencia a los progenitores a través de medidas apropiadas (incluso materiales) cuando estos no puedan garantizarle a NA un nivel de vida adecuado.

Por su parte, el artículo 20 se concentra en la protección reforzada y el cuidado alternativo, mencionando que NA “temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, quien garantizará “de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado”.

Ahora bien, reconociendo que la discapacidad continúa siendo un factor central para justificar la separación familiar, la CDPD refuerza dichas normas y en su artículo 23 dispone que NA en situación de discapacidad tienen el mismo derecho a la vida familiar, al otorgamiento de medidas apropiadas y prohíbe la separación en razón de la discapacidad.

Mediante este entramado normativo se impone la exigencia de un Estado activo y garante de políticas públicas para empoderar a las familias de cara al cumplimiento de las responsabilidades que les incumben con relación a NA y promover su derecho a la vida familiar en un entorno que asegure sus necesidades materiales y afectivas. No obstante, dicha manda se refuerza cuando involucra a personas en situación de discapacidad, puesto que el sistema reconoce las mayores complejidades que involucra su crianza y cuidado, y como correlato, el mayor apoyo que debe brindarse a sus familias.

De ahí que, aun cuando se hayan adoptado todas las medidas y la separación familiar sea necesaria en base al interés superior, el Estado deberá tomar tal decisión a través de la autoridad competente de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, con estricto respeto a las garantías del debido proceso (tanto de NA como su familia) y estar sujeta a una revisión periódica de carácter judicial, velando porque la separación sea temporal, dure el menor lapso posible y que durante su tránsito se resguarden los derechos humanos de NA, especialmente cuando implique su alojamiento en dispositivos institucionales.

El Estado también deberá encaminar la intervención con el objetivo de resolver las dificultades que llevaron a la separación y apoyar a las familias mediante acciones ajustadas al caso para que puedan lograr una crianza positiva, con la finalidad última de que NA retorne a su ámbito familiar de origen, si ello responde a su interés superior. Incluso, durante el cuidado alternativo, está obligado a garantizar que NA mantenga relación con su familia, salvo que – nuevamente – el interés superior lo desaconseje. Por lo tanto, la búsqueda de otras soluciones permanentes con otras

figuras jurídicas de cuidado -como la adopción- operan por defecto, es decir, ante el fracaso de los esfuerzos dirigidos a lograr que el NA permanezca con su familia de origen⁵.

En esa línea, en la Observación General N° 9 relativa a los derechos de los niños con discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño enfatizó en que la mejor forma de cuidar a dichos NA es dentro de su propio entorno familiar, para lo cual se requiere de apoyos, capacitaciones y recursos materiales especiales. Sin embargo, en la misma oportunidad, señaló su preocupación por el gran número de NA con discapacidad que son colocados en instituciones, en donde son más vulnerables a los abusos mentales, físicos, sexuales y de otro tipo, así como al descuido y al trato negligente, por lo que instó a los Estados a que utilicen la colocación en instituciones únicamente como último recurso, cuando sea absolutamente necesario y responda al interés superior, y se efectúe una revisión periódica del abordaje diseñado en tales dispositivos⁶.

En relación a la participación de NA en los procesos de separación familiar, el mismo Comité señaló la obligación de los Estados de garantizar el derecho a expresar su opinión, disponiendo para ello los ajustes de procedimiento y asistencias necesarias de conformidad con los artículos 7 y 13 de la CDPD⁷. Asimismo, recordó el deber de escuchar a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad como verdaderos/as interlocutores/as en los procesos de separación y colocación, intensificando los esfuerzos para efectivizar su escucha a lo largo de todo el proceso de adopción de la medida de protección, antes de tomar la decisión, cuando se aplica ésta y también ulteriormente⁸.

5. Compulsar, entre otros: Asamblea General de las Naciones Unidas, 24/02/2010, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, A/RES/64/142; Comité de los Derechos del Niño, 29/05/2013, Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrafos 58 y siguientes; y Comité de los Derechos del Niño, Informe de resultados del Día de Debate General 2021 sobre los derechos de la infancia y el cuidado alternativo, en <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/days-general-discussion>.

6. Comité de los Derechos del Niño, 27/02/2007, Observación General N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9.

7. Comité de los Derechos del Niño, 20/07/2009, Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12.

8. Comité de los Derechos del Niño, 27/02/2007, Observación General N° 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad, Op. Cit.

En la misma dirección, recientemente dicho Comité dio a conocer el borrador de la Observación General N° 27 sobre el derecho de NA al acceso a la justicia y a los recursos efectivos⁹ y ese valioso insumo convencional merece ser destacado pues precisa que “Los niños con discapacidad deben tener acceso a ajustes de procedimiento y adecuados a su edad, que no deben estar limitados por el concepto de carga desproporcionada (...). Los ajustes incluyen adaptaciones físicas, en términos de ubicación, accesibilidad y adecuación de los espacios; enfoques de comunicación pertinentes, en términos de formato, lenguaje y formulación, planificación de tiempo adicional, pausas periódicas, uso de tecnología o dispositivos de apoyo, incluidas ayudas a la comunicación, y apoyo de intermediarios formados con el consentimiento del niño; la presencia de una persona de apoyo, como un familiar u otro adulto de confianza del entorno del niño; y ajustes razonables en relación con los motivos de anulación de los procedimientos y la recepción de pruebas”. Por último, recuerda que debe presumirse que NA tiene la capacidad de formarse y expresar opiniones, y que éstas deben tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez.

Por otra parte, es indispensable abandonar visiones reduccionistas que homogenizan a NA, desconsideran su contexto y ofrecen respuestas estandarizadas y de utilidad limitada. Así, a la luz de la perspectiva interseccional, es deber de quienes son responsables de abordar y tomar decisiones en sus casos, tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad que les atraviesa para que las estrategias de intervención atiendan a las múltiples categorías que se intersectan con el fin de superar la situación de discriminación particular de cada niño, niña o adolescente. En especial, cuando la edad y la discapacidad entran en intersección con el género¹⁰.

Ligado a ello, y como cierre del presente apartado, cabe recuperar la Opinión Consultiva N° 29 de la Corte IDH¹¹ ya que arroja lineamientos transversales para la aplicación de los estándares mencionados al emplear y desarrollar la herramienta de los enfoques diferenciados. Allí el órgano resalta el imperativo de adoptar y utilizar dichos enfoques para garantizar la igualdad material y desterrar la discriminación

9. Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, Borrador de Observación General N° 27 sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo, en: <https://www.ohchr.org/es/calls-for-input/2025/call-submissions-draft-general-comment-no-27-childrens-right-access-justice>.

10. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 25/11/2016, Observación General N° 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3.

11. Corte IDH, 30/05/2022, Opinión Consultiva N° 29/22, “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”, en: <https://colectivoderechofamilia.com/opinion-consultiva-oc-31-25/>.

estructural, en tanto implica una herramienta metodológica que permite analizar las situaciones atendiendo los distintos factores de vulnerabilidad con un enfoque distinto con el objeto de abordarlos de manera diferenciada.

En consecuencia, aun cuando originariamente la opinión tuvo por objeto abordar la situación de las personas privadas de la libertad, reconociendo la sobreutilización de la institucionalización respecto de personas con discapacidad, el juez Mac-Gregor Poisot amplía el sujeto y sostiene que su contenido también es de aplicación para dicho grupo. De ahí que el imperativo sea extrapolable a NA en situación de discapacidad, en virtud de los efectos particulares que sobre dichos sujetos despliega la separación familiar –tal como se estudiará en el apartado siguiente–.

3. VISIBILIZAR PARA TRANSFORMAR

En este apartado, interesa ahondar y visibilizar las aristas más problemáticas de las MPED cuando la persona menor de edad involucrada se encuentra en situación de discapacidad psicosocial pues, como se advertirá, el principio de igualdad entra en tensión a partir de que el factor discapacidad opera como motivo de discriminación negativa y no como causa de acciones positivas y enfoques diferenciados. En consecuencia, obliga a reforzar la debida diligencia corresponsable de los distintos efectores intervinientes en el marco del control de legalidad.

En primer lugar, merece la atención la modalidad de cumplimiento de la medida. Al respecto, la Ley Nacional N° 26.061 y su par provincial N° 13.298, priorizan que estas se desarrollen en ámbitos familiares considerados alternativos, con personas vinculadas a NA, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o que formen parte de su familia ampliada o sean miembros de la comunidad. De manera excepcional y subsidiaria, se apelará al ámbito institucional. Es decir, la normativa parte de reconocer los efectos particulares que de por sí ya tiene el desarrollo de tales medidas en dispositivos institucionales.

En esa misma sintonía, el apartado quinto del artículo 23 de la CDPD establece que “Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”.

No obstante, si ante la ausencia de alternativa la medida debe aplicarse en dispositivos institucionales y la misma involucra a NA en situación de discapacidad, a los efectos diferenciales de base se integran otras barreras que atentan contra la protección y garantía de los derechos en condiciones de igualdad con los demás NA.

Para empezar, los dispositivos presentan déficit en términos de accesibilidad física o arquitectónica y en recursos humanos que cuenten con formación adecuada para el abordaje de la salud mental. Sobre esto, en el primer Censo Nacional de Dispositivos de Cuidado Residencial de niñas, niños y adolescentes surge que, de un total de 605 dispositivos – ubicados en las 23 jurisdicciones del país– solo un 45,1% señala que admite NA con discapacidad; un 43,1% población con enfermedades asociadas a la salud mental y un 19,2% población en situación de uso o consumo de sustancias. No obstante, al momento de informar sobre la población efectivamente alojada –a diciembre de 2022–, el 59,5% responde que al menos una niña, niño o adolescente presenta discapacidad, lo cual implica que, aunque no tienen en su perfil poblacional las condiciones para su recepción, en la práctica admiten su ingreso. Respecto al territorio bonaerense, se indica que solo el 34% de los dispositivos admite NA con discapacidad o con enfermedades vinculadas a la salud mental.

En términos poblacionales, se registraron 1.310 niñas, niños y adolescentes con discapacidad lo que representa un 14,5% de la población total. En relación a las condiciones de accesibilidad de los dispositivos residenciales, luego de aclarar que “un análisis amplio de la accesibilidad, en términos universales, excede los objetivos de este relevamiento”, se reportan, entre otros, los siguientes datos: el 62,6% no cuenta con rampas y demás condiciones de acceso y circulación de personas con discapacidad y el 81,5% no cuenta con disponibilidad de baños con artefactos sanitarios adaptados para personas con discapacidad. Esta información visibiliza el déficit existente en términos accesibilidad física o arquitectónica. Otros datos informados dan cuenta que el 21,5% de los dispositivos residenciales no resultan accesibles a los servicios de salud mental y que solo el 30,7 % de los dispositivos tiene personal formado en abordajes en salud mental.

Vinculado a ello está el impacto psicoafectivo. En este punto, Otero explica que NA que atraviesan medidas excepcionales presentan su vida psicoafectiva doblemente herida: por la situación de vulneración de derechos por la cual se interviene y luego, por la separación afectiva de sus vínculos primarios. Pero, para NA en situación

de discapacidad supone además el ingreso a un lugar que, en la generalidad de los casos, no posee las condiciones necesarias para su cuidado, protección y acompañamiento. Por un lado, porque mayormente carecen de servicios e instalaciones disponibles, aceptables, accesibles y adaptables y por otro, porque las violencias que sufren NA en los centros de cuidado alternativo, afecta “especialmente” a quienes se encuentran en situación de discapacidad¹².

En segundo lugar, ligado al déficit estructural, se ubica la falta o insuficiencia de disponibilidad de dispositivos donde NA tienen su centro de vida, que reúnan condiciones de accesibilidad —en los términos del art. 9 de la CDPD—, lo cual genera que muchas veces deban transitar la medida en localidades distantes al lugar donde reside su grupo familiar de origen, situación que repercute negativamente en el trabajo que se debe efectuar en términos de restitución de derechos y en el derecho a mantener contacto directo con su familia¹³.

Sobre este punto, cabe recordar que el Comité sobre los Derechos del Niño y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han expresado su preocupación en relación al gran número de NA en situación de discapacidad que son alojados en instituciones, por lo que recomiendan que, mediante programas de desinstitucionalización, apoyen a las familias para el ejercicio de sus responsabilidades parentales.

En tercer lugar, el punto anterior conduce a un resultado que continúa agravando el escenario: la extensión temporal de la medida excepcional por fuera de los plazos legales. De acuerdo al relevamiento realizado por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante, SENAF) en el año 2019, respecto de NA sin cuidados parentales con discapacidad, el 85% permanecen en los dispositivos de cuidado más de 180 días, y dentro de ese 85%, el 54,77% permanece hasta cinco años y el restante 31,04% más de cinco años. De esta manera, la excesiva institucionalización y la falta de un horizonte claro de trabajo para definir la situación jurídica de NA, dificulta las

12. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina, CRC/C/ARG/CO/5-6, párr. 21,a.; Confr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/HRC/35/21, párr.74; en similar sentido, tiene dicho la Corte IDH, “la vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación”, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 106.

13. La Ley N° 13.298 dispone en el último párrafo del artículo 35.2 del Decreto reglamentario N° 300/05 que “en el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia”.

posibilidades de egresar a un espacio familiar, sea con la familia de origen o ampliada, a través de la adopción o con un proyecto autónomo.

Y aquí es preciso ponderar otro punto central. En aquellos casos de NA en situación de discapacidad respecto de los cuales obra declaración judicial de situación de adoptabilidad, el paso del tiempo disminuye las posibilidades de encontrar postulantes pues la intersección de los factores edad y discapacidad arroja una menor disponibilidad de personas con dicha voluntad adoptiva.

Así, de la compulsa de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA)¹⁴ y el Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de adopción bonaerense¹⁵ surge que, mientras la cantidad de postulantes con voluntad adoptiva de NA en situación de discapacidad es de un 11,67 % a nivel nacional y un 0,66 a nivel provincial, la estadística es notoriamente menor al hacer el cruce con el factor edad pues los legajos disponibles empiezan a descender significativamente a partir de los 6 años en ambas jurisdicciones, dándose cuenta así que las posibilidades ciertas son realmente escasas.

Lo dicho, queda corroborado en el citado informe de la SENAF que reveló que la franja etaria de 13-17 años de adolescentes sin cuidados parentales y en situación de discapacidad es la que mayor presencia tiene en los dispositivos institucionales al representar un 41%. Incluso, la estadística no disminuye tanto en las niñas, pues un 29,15 % tienen edades entre 6 y 12 años.

En cuarto lugar, pese al principio de provisoriedad que atraviesa a las MPED, por el transcurso del tiempo, se observan desprendimientos de competencia de los/as jueces/zas que dictaron la legalidad de la medida excepcional, por entender que se modifica el centro de vida de NA al lugar en el que se encuentran alojados/as, provocando que la inacción oportuna, eficaz y responsable de los órganos intervinientes les traslade los costos a sus realidades y sus familias. Ello, en clara afectación al debido proceso de NA y el de las personas adultas, puesto que constituyen dos caras de la misma moneda y la vulneración de uno repercute en el otro.

14. DNRUA, Estadísticas al 1/09/2025 - Fuente Base de datos DNRUA, compulsado el 09/09/2025. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/01/estadisticas_pais_al_1_de_septiembre_2025.pdf

15. Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de adopción. Estadística 2024, compulsado el 09/09/2025. Disponible en: <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=40275>

Por último, pero no menos importante, se advierten abordajes capacitistas y adultocentristas que menoscaban el derecho de NA en situación de discapacidad a participar, resolviendo sus situaciones jurídicas sin incorporar su voz al proceso o, habiéndola incorporado, sin ponderarla de acuerdo al grado de madurez en igualdad de condiciones con NA sin discapacidad y no en base a la discapacidad.

4. EL TEXTO EN CONTEXTO

Además de la estadística enunciada, se expondrán tres causas judiciales. El objetivo de la pequeña muestra, más allá de cuestiones de espacio, corresponde a la posibilidad de evidenciar a través de las mismas cómo operan los impactos señalados en el apartado anterior en casos concretos.

Interesa destacar que las MPED puede coincidir con las internaciones y su marco regulatorio contenido en la Ley Nacional N° 26.657. Estas últimas suelen llevarse a cabo en establecimientos de salud mental alejados del centro de vida de NA, situación que complejiza el trabajo necesario tendiente a generar condiciones favorables para la externación y posterior derivación a hogares convivenciales. Ello genera la intervención de múltiples organismos que pocas veces logran — conforme el principio de corresponsabilidad y efectividad— articular las acciones con el objeto de promover, proteger y restituir derechos en forma integral y, que en otras tantas ocasiones lisa y llanamente, desconocen. De esta manera, los controles de legalidad de una y otra medida se llevan a cabo en jurisdicciones distintas, con posibles conflictos de competencia y prolongaciones temporales amplísimas e ilegítimas.

En este marco encontramos, el fallo dictado en fecha 21/12/2023, por la magistrada del Juzgado de Familia N° 7 del Departamento Judicial Avellaneda-Lanús¹⁶, en el que rechaza la competencia para entender en las actuaciones “M., J. U. s/ internación” y las devuelve al Juzgado de Familia N° 3 de Quilmes, quien se había declarado incompetente para seguir interviniendo en el entendimiento de que se había modificado el centro de vida de J. a la localidad en la que se encontraba el Hogar SERES, donde se encontraba institucionalizado desde el año 2018.

16. Juzgado de Familia N° 7 del Departamento Judicial Avellaneda-Lanús, 21/12/2023, “M., J. U. s/ internación”, inédito.

De los hechos, surge que J., un joven de la localidad de Quilmes, recibe la primera intervención estatal en agosto del año 2012 cuando el Servicio Local de dicha localidad toma conocimiento de la problemática familiar en la que el progenitor ejercía violencia sobre el grupo familiar, motivo por el cual fue excluido del hogar. Tres años después, en noviembre del año 2015, la escuela a la que concurría puso en conocimiento que J. había sido encontrado en su habitación con intención de suicidarse razón por la cual se derivó al joven al Hospital Tobar García de CABA, donde comienza tratamiento psicológico y psiquiátrico de manera ambulatoria. Ante la imposibilidad de su progenitora de brindarle la contención que en mérito de su situación necesitaba, es internado en dicho hospital dándose intervención al Juzgado Civil N° 92 de C.A.B.A. Luego, en agosto del año 2018, el Servicio Local de Quilmes adopta una medida de abrigo, con cumplimiento en el Hogar Seres de Avellaneda, tomando intervención el Juzgado de Familia N° 3 de Quilmes, quien dispone su legalidad.

Un año después de haberse dictado la legalidad, en fecha 13/05/2019, el Servicio Local evaluó pertinente el cese de la medida y consideró que debía entablarse una medida de protección en salud en el marco de los artículos 35 y 35 bis de la Ley Provincial N° 13.298. Como consecuencia, y ante el pedido de la Asesoría de Menores e Incapaces interviniente, el Juzgado recarátula las actuaciones como materia de internación y da intervención al Equipo Técnico para que se constituya trimestralmente en el lugar de alojamiento a los fines de que informe sobre su situación.

A partir de allí, siendo la última intervención del Servicio Local en fecha 13/08/2019, el joven permaneció institucionalizado durante cinco años sin plan estratégico de restitución de derecho, ni criterio de salud mental, toda vez que los distintos informes acompañados por el Equipo Técnico durante esos años no reflejaban pautas de internación. Por el contrario, se dejó constancia de las visitas que recibía de su familia, de las salidas con pernocte que realizaba J. en el domicilio materno y las peticiones que hacía respecto al deseo de volver a su hogar. Además, se hizo saber que en fecha 12/09/2022 se expidió certificado de discapacidad.

Por todo ello, al tomar conocimiento de las actuaciones, la magistrada destaca que la medida de abrigo se dispuso en un Hogar que se encontraba en una jurisdicción distinta a la de su centro de vida, la falta de abordaje oportuno, eficaz e integral con la familia de origen, la manifiesta ilegalidad con la que J. se encontraba institucionalizado y la falta de resolución de su situación jurídica pese a los requerimientos del joven, por lo que entendió que su centro de vida no se había modificado, sino

que continuaba en la localidad de Quilmes. Asimismo, consideró que modificar la jurisdicción se convertiría en otra barrera a la tutela judicial efectiva del joven y se entorpecería la vinculación con el grupo familiar. Por lo tanto, resolvió oficiar al Servicio Local a que tome intervención a los fines de desplegar las acciones que estimara corresponder, poner en conocimiento al Registro Central de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción a los fines de que se actualicen los estados registrales del joven, rechazar la competencia y remitir las actuaciones al Juzgado de Quilmes que previno.

Como se advierte, J. permaneció institucionalizado cinco años sin marco jurídico alguno, y los órganos de los cuáles debía recibir protección lo mantuvieron irregularmente en dicha situación, con mínimas intervenciones plasmadas en informes interdisciplinarios hasta que entendieron que su centro de vida había mutado y decidieron desprenderse (y desentenderse) de las actuaciones sin resolución alguna.

Otra decisión que interesa traer a estudio es la tomada por el Juzgado de Familia N° 7 de La Plata en fecha 05/03/2025¹⁷ en la que le ordenó al órgano de niñez interviniente, a petición de la Asesoría N° 4 Departamental, la readecuación de las actuaciones y de la petición realizada, de conformidad con la normativa nacional y convencional vigente; asimismo, que en el plazo de cinco días de notificada la resolución, remitiera el Plan Estratégico de Restitución de Derechos teniendo en cuenta lo actuado hasta el momento y el tiempo transcurrido. Por último, puso en conocimiento a los órganos revisores lo ocurrido en las actuaciones.

De los hechos reseñados surge que en fecha 27/12/2023 se decidió implementar una medida de salud respecto de J. M., toda vez que el niño no contaba con personas adultas que pudieran llevar adelante los cuidados que requería su situación de salud mental. En virtud de ello, ingresa al Hogar Permanente de Discapacidad con Centro Educativo Terapéutico - San Patricio. No obstante, tres meses después, atento el tiempo transcurrido se requirió al Servicio Local que proceda a dilucidar las estrategias que garanticen los derechos del niño de cara a la externación y su derecho a vivir en familia, puesto que no contaba con criterio de internación. Ante la falta de respuesta, se convoca a audiencia y el órgano de niñez señaló que el niño mantenía un fuerte vínculo con su progenitora y abuela materna, pero que estas no podían

17. Juzgado de Familia N° 7 del Departamento Judicial La Plata, 05/03/2025, "M., J. M. s/ Abrigo", inédito.

asumir el cuidado de manera responsable; entonces, la Asesoría y el Juzgado solicitaron la definición de la situación jurídica.

Luego de múltiples reiteraciones e intervención de los órganos pertinentes, en fecha 07/01/2025, es decir, más de un año después, se remitió un informe en el que el órgano de niñez decretaba el cese de la medida de salud oportunamente tomada y solicitaba que se declare el estado de adoptabilidad del niño.

Ante el rechazo de la Asesoría por violación a la normativa vigente y la ausencia de la voz de J. (quien aún tenía un fuerte vínculo con su abuela y progenitora), el Juzgado le ordenó aclarar o reformular la petición, pero el órgano administrativo la sostuvo. En consecuencia, mencionando que la actuación del órgano de niñez violaba los derechos del niño y de su familia biológica, así como las garantías del debido proceso de ambas partes, la Asesoría requirió al Juzgado que resolviera la disputa ordenando al órgano de niñez el cumplimiento de sus funciones y adecuación de sus peticiones en el marco legal nacional e intencional de los derechos humanos previsto para la adopción a los fines de resolver la situación jurídica de J. M.

Sobre las posibilidades de egreso institucional a través de la filiación adoptiva, es preciso mencionar el caso de J., un joven de 16 años institucionalizado desde el año 2013, cuya situación de adoptabilidad se dictó en el año 2015 y en donde las distintas búsquedas de postulantes, tanto en el Registro Provincial, en la Red Federal y a través de convocatorias públicas, arrojaban resultado negativo. No obstante, en el año 2017, los órganos de niñez intervinientes informaron que J. se encontraba en la casa del matrimonio de S. I. R. y B. G., que eran personas voluntarias del hogar donde residía el joven. Uno años después, ante el fracaso de las búsquedas indicadas, en fecha 11/06/2020 –es decir, 7 años después de su institucionalización– el matrimonio informó estar dispuesto a encargarse del cuidado del adolescente, por lo que, iniciadas las actuaciones de determinación de la capacidad se proponen como apoyos. En consecuencia, la Sala II del Tribunal de Familia de San Salvador de Jujuy, con fecha 22/06/2021, resolvió tener por concluido un expediente sobre “guarda” y designó como apoyos, en el marco del proceso sobre determinación de la capacidad jurídica, al mencionado matrimonio, dejando abierta la posibilidad de avanzar en un futuro en la filiación adoptiva.

Este caso permite reflexionar también en relación a supuestos en que el derecho a la vida familiar de NA en situación de discapacidad, no siempre debe ni puede definir-

se con un tinte dicotómico -familia de origen/ampliada o familia adoptiva- y debe darles también la posibilidad de construir un proyecto familiar diferente, contando para ello con políticas públicas diseñadas al efecto.

Al respecto, en el territorio bonaerense, el primer antecedente se encuentra en el Registro de Cuidadores Familiares¹⁸, que surge de una prueba piloto desarrollada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a través de la Res. SC 1461/2019. Su objetivo consiste en convocar, evaluar, capacitar e inscribir a personas que quieran ofrecerse como cuidadores/as de NNA de entre 10 y 17 años, alojados en instituciones. De este modo, el/la cuidador/a viene a garantizar el derecho a vivir en familia mediante la creación de lazos afectivos estables y la aceptación de responsabilidades de cuidado. A tal fin, deberán los órganos intervinientes enmarcar el vínculo en las distintas figuras jurídicas de cuidado que prevé el ordenamiento vigente y podrán aplicar dos modalidades: con convivencia o sin convivencia.

Retomando los antecedentes y la estadística, advirtiendo la necesidad de reformular y crear nuevas y mejores figuras que se adecúen a las situaciones de NA, es de interés recuperar el reciente proyecto de ley presentado en la legislatura bonaerense por el que se pretende crear la figura de cuidado permanente para NA sin cuidados parentales¹⁹, para aquellos casos en que no es posible el retorno a la familia de origen o ampliada y la adopción no resulta la figura jurídica adecuada para el resguardo de sus derechos. A tales fines, se desprende del artículo 2 que la figura se perfecciona al poner a NA a cargo de personas no parientes que asumen el ejercicio de la responsabilidad parental, de conformidad con el artículo 702 inc. d del CCyCN, para su protección, desarrollo y formación integral, de manera permanente y estable, hasta la mayoría de edad.

Por su parte, el artículo 4 del proyecto describe el ámbito de aplicación subjetivo e indica que las personas destinatarias son " a. niñas y niños a partir de los diez (10) años que no presten el consentimiento para la adopción; b. niñas, niños y adolescentes que, hayan prestado su consentimiento para la adopción, y no se haya logrado encontrar familias para ser incluidos; c. niñas, niños y adolescentes que no se en-

18. Disponible en: <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=47682>. Para ampliar el conocimiento en relación a la figura, compulsar: RAFFO, P.E. y PORTILLO, C.E., "Niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. Registro de Cuidadores Familiares: una nueva forma de restituir derechos", RDF 109, p. 136.

19. Disponible en: <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/proyectos/25-26D723012025-03-2612-41-30.pdf>

cuentran en condiciones de salud para prestar su consentimiento para la adopción; d. progenitoras adolescentes que no presten el consentimiento para la adopción o que, habiéndolo prestado, no se haya logrado encontrar familias para ser incluidas con sus hijos o hijas; e. adolescentes para los que la adopción no sea la figura jurídica adecuada”. Seguidamente, el artículo 5 menciona que la modalidad podrá ser con o sin convivencia.

5. RELECTURA DEL DEBIDO PROCESO EN CLAVE DE NIÑEZ Y DISCAPACIDAD

Aun cuando el marco normativo actual consagra a NA como verdaderos/as sujetos/as de derechos, todavía es posible identificar –tanto en el ámbito administrativo como judicial- prácticas ancladas al sistema tutelar anterior de toma de decisiones sustitutivas. Entonces, urge profundizar y fortalecer la participación que se les otorga en el proceso desde la conjunción de la perspectiva de niñez y discapacidad, en la que las decisiones se toman colocando a NA como protagonista, ponderando su autonomía progresiva y brindando los apoyos y asistencias necesarias que requieran para tomarlas.

Por eso, respecto de NA en situación de discapacidad dicho extremo deberá, además, abordar aquellas modulaciones diferenciadas que garanticen la participación en condiciones de igualdad. Máxime cuando se ponderan los efectos desiguales de las MPED.

En ese sentido, si bien la Ley N° 13.298 no alude de forma expresa a la calidad de parte de NA en las MPED, se trata de un carácter implícito o derivado del objeto y fin de dichas medidas, toda vez que se aplican para preservar y restituir sus derechos amenazados o vulnerados y, en consecuencia, el artículo 35 bis les reconoce participación activa en el procedimiento de acuerdo con su edad y grado de madurez.

En este contexto, la escucha constituye una de las diversas –y principales- formas de participación de NA, que debe garantizarse en cualquier proceso judicial que les concierna sin condición alguna; asimismo, para dotar de efectividad a la herramienta, supone la obligación de que la opinión exteriorizada sea considerada y

valorada según el grado de discernimiento y la cuestión debatida²⁰. De esta manera, la “escucha” representa una facultad que NA podrán ejercer libremente y que, de así desearlo, deberán asegurarse las condiciones necesarias para su realización.

Sobre eso, el artículo 7 de la CDPD dispone que NA en situación de discapacidad tienen “derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. Para darle eficacia, dicha disposición debe ser articulada con el artículo 12 que les reconoce personalidad y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, debiendo el Estado adoptar medidas pertinentes para proporcionarles el acceso al apoyo que puedan necesitar para ejercer dicha capacidad jurídica.

En consecuencia, como sostiene Silvia Fernández —con cita de Campoy Cervera—, en nuestras sociedades se debe observar la posible construcción de un nuevo paradigma, dirigido a dos aspectos centrales: la participación de NA en la toma de decisiones en todos los asuntos que los afectan, por un lado, y el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica en iguales condiciones que el resto de las personas, por otro²¹.

Ahora bien, tal participación, entra en íntima conexión con el acceso efectivo a la justicia, pues la CDPD reconoce los mayores obstáculos con los que se encuentran las personas con discapacidad en su ejercicio y hace eco de ello al constituirse en el primer tratado internacional que reconoce explícitamente ese derecho. Así, en el artículo 13 de la CDPD dispone que “los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos (...)”.

20. BEGUIRISTAIN, C. y SILVA, S. A., “¿Antagonismo procesal o resistencia judicial? Hacia una garantía efectiva de la defensa técnica de las niñeces y adolescencias”, RDF 2025, 120, AR/DOC/1260/2025.

21. PALACIOS, A., “Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos”, en PALACIOS, A., FERNÁNDEZ, S. E. e IGLESIAS, M.G., “Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos”, Thompson Reuters- La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 645-646.

En relación al derecho a ajustes de procedimiento adecuados, en los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad”, se ha señalado que “A fin de evitar la discriminación y garantizar la participación efectiva e igualitaria de las personas con discapacidad en todos los procedimientos legales, los Estados proporcionarán a las personas con discapacidad ajustes de procedimiento individualizados, adecuados al género y la edad. Estos ajustes comprenden todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En la medida de lo posible, los ajustes deben organizarse antes del inicio del proceso. 3.2 Los Estados garantizarán que se hagan una serie de ajustes de procedimiento, asegurando al mismo tiempo que dichos ajustes se realicen de forma que se equilibren y respeten debidamente los derechos de todas las partes (...)”²².

Allí, entre otros ajustes y modificaciones a los procedimientos, se mencionan: adaptación del lugar; espacios de espera adecuados; ajustes del ritmo del acto procesal; modificaciones a la metodología para preguntar en las circunstancias adecuadas, como permitir preguntas orientadas, evitar preguntas compuestas, encontrar alternativas a las preguntas hipotéticas complejas, proporcionar tiempo adicional para responder, permitir descansos cuando sea necesario y utilizar un lenguaje sencillo; permitir que estén acompañadas, en todas las etapas del proceso si así lo desean, por familiares, amigos u otras personas que les proporcionen apoyo emocional y moral; asegurar que se utilicen distintos métodos de comunicación que resulten necesarios para su plena participación.

De esta manera, todos los actos procesales que se redactan y notifican, muchas veces, de manera automática y estandarizada, deben adaptarse a la necesidad de cada NA en situación de discapacidad para garantizarles el derecho que les asiste de comprender la información recibida y así pueda asegurarse la eficacia del acto procesal –que, en estos casos, involucra nada más ni nada menos que su derecho a vivir en familia-. Por ejemplo, aumentar los recaudos de utilización de lenguaje sencillo o comunicación en braille, seña u otros modos, medios y formatos alternativos

22. Relatores Especiales, expertos independientes y grupos de trabajo de la Organización de las Naciones Unidas, “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad”, 2020, p. 9. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-SP.pdf

o aumentativos de comunicación; también, como se expuso anteriormente, contar con el acompañamiento de personas de su elección que les brinden asistencia para comprender el contenido.

También, distintas disposiciones de la CDPD que ponen de relieve que existen distintos formatos, modos y métodos de comunicación y, que, colocan en un mismo e igual plano el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal destacando además la importancia que se utilicen aquellos que resultan más apropiados para cada persona. En ese mismo sentido, el art. 32 del CCyCN que la persona puede “expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado”.

Respecto a los apoyos, el artículo 43 del CCyCN entiende a los apoyos como cualquier medida “judicial” — apoyos formales— o “extrajudicial”— apoyos informales— que facilita a la persona la toma de decisiones y luego, agrega: “Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

En relación a ello, respecto de NA en situación de discapacidad y sin cuidados parentales, es preciso realizar una aclaración. Si bien nuestro CCyCN describe a los apoyos en el artículo 43, dentro de la sección relativa a la restricción de la capacidad, la designación de los mismos no requiere de dicho proceso²³, pues de lo contrario implicaría obstaculizar el acceso a dicha herramienta a niños y niñas que no alcanzan los 13 años y se desconocería el rol que en los hechos ejercen las personas que integran los dispositivos institucionales donde se alojan, con quienes NA forjan vínculos afectivos y se constituyen en personas de referencia.

23. Tal discusión se abordó en el fallo dictado por el Juzgado de Familia N° 11 de Viedma, en donde se resolvió disponer la designación de la Sra. F.E.C. como apoyo formal del joven J.E.L.M., con carácter provisorio y sin restricción de la capacidad de éste. En el caso, el joven petitionó la designación de apoyo con la finalidad de facilitarle la toma de las decisiones que fueran necesarias para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos, por un plazo de 60 días, ya que integraba la Selección Argentina en los Trisome Games de Turquía 2024, por lo que viajaría para participar en las actividades de lanzamiento de jabalina, bala y disco, requiriendo para ello del apoyo de su profesora del seleccionado en la comprensión y comunicación de los distintos actos y contingencias que pudieran surgir durante el viaje. Para hacer lugar a dicho pedido, la jueza mencionó el debate existente respecto a si la designación judicial de apoyos puede realizarse como medida autónoma o si requiere de una sentencia que restrinja la capacidad y expuso que la segunda vía sería contraria al principio de no discriminación por motivos de discapacidad y al artículo 12 de la Convención que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. En esa línea sostuvo que “exigir a la persona con discapacidad que para acceder al sistema de apoyos debe necesariamente restringirse su capacidad jurídica es asimilar la discapacidad a la restricción de la capacidad, casi en un retorno al superado modelo tutelar, en un accionar discriminatorio y contrario al principio pro persona”. Juzgado de Familia N° 11 de Viedma, 06/03/2024, “L.M.J.E. S/ DESIGNACIÓN DE APOYO”, AR/JUR/17295/2024.

Sobre el derecho a la defensa técnica de NA —de raigambre constitucional-conven- cional—, el artículo 27 de la Ley Nacional N° 26.061 lo instaure como una garantía mínima de procedimiento y, posteriormente, el territorio bonaerense hace eco de ello con la Ley N° 14.568. Dichas normas establecen el derecho a contar con asis- tencia letrada especializada en cualquier procedimiento judicial o administrativo y, en aquellos casos que NA no se cuente con recursos económicos, el Estado deberá asignarle uno de oficio en forma gratuita.

La utilización de esta herramienta tiene especial cabida en las MPED, pues en ellas la separación familiar se concluye ante motivos de gravedad que conllevan la vulnera- ción de derechos, por lo que deviene innegable que existe un conflicto de intereses. De ahí que, habiéndose informado los alcances de la figura y obtenido el correspon- diente consentimiento de NA de intervenir en calidad de parte, el derecho a contar con asistencia letrada, les asiste tanto en la etapa que tramita ante los órganos ad- ministrativos de niñez como el proceso judicial tendiente a controlar la legalidad de la medida excepcional y, eventualmente, en la etapa de declaración de situación de adoptabilidad (conforme lo artículos 607 y 617 del CCyCN)²⁴.

Al mismo tiempo, hay que agregar que el derecho a intervenir con asistencia le- trada, debe ser interpretado de manera armónica con el sistema de capacidad y representación de las personas menores de edad, que se edifica sobre la autonomía progresiva (artículos 26 y 639, inc. b, CCyCN). En relación a los NNA en situación de discapacidad, observa Silvia Fernández que las eventuales limitaciones a la au- tonomía progresiva de NNA en situación de discapacidad, solo serán justificadas si se fundan en la valoración de la edad y la madurez— en igualdad de condiciones, con otros NNA sin discapacidad— y no en la situación de discapacidad ni por mo- tivo de ella.

De esta manera, la defensa técnica, como noción general, comprende distintos su- puestos: i) adolescentes, respecto de los cuales se presume que pueden intervenir por sí con asistencia letrada; ii) personas menores de 13 años que pueden intervenir con asistencia letrada siempre que se acredite grado de madurez suficiente; y, iii) aquellos casos en lo que no corresponde la asistencia letrada y es necesaria la desig- nación de un tutor/a especial, comúnmente denominado “tutor ad litem”.

24. Para un mayor abordaje de la figura, compulsar: BEGUIRISTAIN, C. y SILVA, S. A., “ ¿Antagonismo procesal o re- sistencia judicial? Hacia una garantía efectiva de la defensa técnica de las niñeces y adolescencias”, Op. Cit.

En el objeto de estudio de este trabajo, considerando las mayores complejidades que atraviesan NA en situación de discapacidad, la defensa técnica otorga un plus de protección, por ejemplo para exigir: i) que se les escuche en relación a sus voluntades y preferencias y a que su opinión “se tomen en consideración seriamente”; ii) que se les brinde información adaptada a sus circunstancias personales; iii) que se les aloje en instituciones adecuadas y que se encuentren en el lugar donde tienen su centro de vida o lo más cercanas posibles; iv) que se les suministren los elementos necesarios de acuerdo a su situación y sus pertenencias; v) que se garantice la convivencia con hermanas o hermanos alojados en otros dispositivos institucionales; vi) que se mantenga comunicación con su grupo familiar; vii) que se garanticen los derechos económicos, sociales y culturales –en especial, el derecho a la salud, educación y a la seguridad social –; y, viii) que se cumplan los plazos legales y se defina de su situación jurídica.

5.1. El rol del Ministerio Público

Deriva de la accesibilidad al sistema de administración de justicia, la participación del Ministerio Público, figura que constituye “una herramienta central para enfren-
tar la vulnerabilidad” cuando se trata de una persona en situación de discapacidad²⁵.

En el territorio bonaerense, de conformidad con el artículo 38 de la Ley N° 14.442, el área del Ministerio Público encargada de la defensa y protección de los derechos de NA y personas en situación de discapacidad se denomina Asesoría de Incapaces y dicho órgano tiene un rol trascendental en el control de legalidad de las MPED, pues constituye una de las situaciones en las que su actuación es de carácter principal (art. 103 inc. b y art. 38 inc. 4 Ley N° 14.442).

Entonces, para comprender los alcances de su actuación es necesario mencionar que, a la luz del enfoque de derechos humanos, las Asesorías de Incapaces se afianzaron como mecanismo de protección y defensa de los derechos de los colectivos a los cuáles representa, no solo para asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales sino como una garantía en sí misma. Por tanto, su actuación se enrola en el marco de las tutelas procesales diferenciadas y actúa como reaseguro para nivelar la participación de personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por su

25. Corte IDH, 31/08/2012, “Furlan y Familiares Vs. Argentina”, párrafo 243. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

edad y/o por su situación de discapacidad²⁶. En ese contexto, el Sistema de Promoción y Protección Integral acentúa sus funciones y el CCyCN las refuerza al requerir su intervención en el procedimiento de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, arrojando una línea clara en relación con la responsabilidad de debida diligencia reforzada que debe desplegar.

Inicialmente, en virtud de su función extrajudicial prevista en último párrafo del artículo 103 del CCyCN y en el artículo 38 inc. 1 y 6 de la Ley N° 14.442, es posible que la Asesoría funcione como conector del ámbito administrativo con el judicial, por ejemplo, con requerimientos o convocatorias que realicen dispositivos de salud y niñez que aborden la situación de NA. Así, muchas de las situaciones que llegarían a los juzgados de familia ya le serían conocidas y permitiría reforzar el análisis en el control de legalidad, aportando información sobre intervenciones previas. No obstante, por los resabios del sistema tutelar anterior, se advierte resistencia en el requerimiento de su actuación por fuera de lo judicial, desaprovechando tal atribución.

Ya en el marco de la actuación judicial, respecto de NA atravesados por cuestiones de salud mental o discapacidad psicosocial, además de constituirse como herramienta de accesibilidad al sistema de administración de justicia, es quien exige la aplicación de los ajustes de procedimiento para llevar a cabo todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para el acceso igualitario²⁷. Ello se conecta íntimamente con las visitas que por imperio legal (conforme artículo 38 inc. 7 Ley N° 14.442) debe realizar en los dispositivos institucionales, pues permite tomar contacto en el lugar donde NA se encuentran alojados y evitar las posibles repercusiones negativas del traslado al espacio tribunalicio. Asimismo, propicia la resolución de situaciones jurídicas en las que la MPED concurre con intervenciones que se enmarcan en la Ley Nacional N° 26.657 o medidas de salud reguladas por el artículo 35 inc. 1 de la Ley N° 13.298.

Otro punto de actuación relevante tiene que ver con la verificación de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales -especialmente en NA cuya medida se adoptó con modalidad institucional- y, en caso negativo, solicitar su exigibilidad.

26. BRUNI, M. C. y PICCINELLI, O., " Balance, consolidación y desafíos en la actuación del Ministerio Público a diez años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 2025, 120, AR/DOC/1261/2025.

27. SARQUIS, L. y BEGUIRISTAIN, C., " Adopción de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Aportes desde una mirada crítica para la garantía del derecho humano a vivir en familia", Op. Cit.

Aquí, cabe recordar que la Corte IDH señaló que las Asesorías constituyen una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad que surge de la interacción de la discapacidad con los escasos recursos económicos, toda vez que indicó que la pobreza tiene un impacto desproporcionado en personas en situación de discapacidad²⁸.

En esa dirección, la Asesoría es quien se encuentra legitimada para solicitar el otorgamiento de la beca "Sistema Sostén" regulada por la Ley N° 11.852 y que contempla el otorgamiento de una asignación económica y acompañamiento personal. También, podrá solicitar la inclusión de NA a la cobertura integral de salud prevista en la Ley 15.218, conocida como "Ángel Azul".

A través del deber de concurrir a los dispositivos institucionales para verificar la situación en la que se encuentran los NA que representa, las asesorías se erigen como órganos de control y exigibilidad y, al mismo tiempo, como figuras de salvaguardia del derecho de participación oportuna y efectiva de NA, puesto que les permite tomar contacto personal y privado e introducir la voz de NA en el proceso de manera inmediata a la toma de la MPED.

Así, en el marco de una acción de amparo iniciada por la Comisión Provincial por la Memoria en la que solicitó que cautelarmente se ordenara al Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia (OPNyA), el Hogar San Patricio y el Instituto de Obra Médico Asistencial- IOMA- a garantizar la provisión de artefactos para acondicionar el ambiente, el cese del sometimiento a aislamiento y la suspensión de la aplicación del "Protocolo de actuación ante descompensaciones", en virtud de su legitimación colectiva y sin perjuicio de hacer expresa mención de quienes representaba de manera individual en el marco de actuaciones de abrigo, la Asesoría asumió intervención adhiriendo a lo peticionado y requiriendo asimismo la intervención del Órgano de Revisión de Salud Mental y el Servicio Zonal. Frente a ello, el 23/02/2024 el Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata hizo lugar a la medida cautelar y requirió la urgente intervención del Órgano de Revisión²⁹.

28. Corte IDH, 31/08/2012, "Furlan y Familiares Vs. Argentina", párrafo 243, Op. Cit.

29. Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata, 23/02/2024, "Comisión Provincial por la Memoria c/ Hogar San Patricio s/ Amparo", inédito.

6. BREVÍSIMAS PALABRAS FINALES

Al inicio de este trabajo se indicó que el objetivo sería analizar los principales efectos de la separación familiar de NA en situación de discapacidad a través de la adopción de MPED.

Estas páginas demuestran, en primer lugar, que urge reforzar la aplicación del enfoque de derechos, priorizando y concentrando los esfuerzos de cara a trabajar las garantías mínimas de procedimiento en clave de discapacidad, para lograr respuestas oportunas y eficaces que sean el resultado de colocar a NA como protagonistas.

En segundo lugar, en vista a los desafíos, resulta fundamental seguir interpelando y transformando las prácticas que se despliegan, pues visibilizando y ponderando los efectos diferenciados del tránsito de la MPED, es imperioso planificar y ejecutar acciones diferenciadas en su abordaje de cara a la igualdad, de modo que se garantice la paridad de armas y se nivelen los desequilibrios que se producen ante la participación judicial de NA en situación de discapacidad.

Por ello, apelando a la óptica crítica y constructiva, las líneas que conforman este trabajo aspiran a constituirse en disparadores para repensar y (re)estructurar los abordajes de la MPED desde una mirada sistémica que integre los estándares de derechos humanos en materia de niñez y discapacidad, la interdisciplina y la interinstitucionalidad.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: Derechos Humanos y Perspectivas Sociales

**Inteligencia artificial y violencia
de género en entornos digitales.
Especial referencia al delito
de distribución de pornografía
infantil. Algunas respuestas del
anteproyecto de Código Penal
2024 para la Argentina**

Jorge Eduardo Buompadre

Inteligencia artificial y violencia de género en entornos digitales. Especial referencia al delito de distribución de pornografía infantil. Algunas respuestas del anteproyecto de Código Penal 2024 para la Argentina.

Por Jorge Eduardo Buompadre¹

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El creciente avance que se viene observando de la tecnología de la información y comunicación en las últimas décadas, especialmente con la invasión de la Inteligencia artificial (IA) ² al mundo físico, con amenazas o ataques de distinto signo en la cotidianeidad de los ciudadanos, parece que aún no ha sido motivo de preocupación para el legislador que tiene en sus manos el ejercicio de la política criminal en nuestro país.

La prensa oral y escrita da cuenta todos los días de alguna rareza que no deja de sorprender y, la mas de las veces, preocupar, por las consecuencias que genera este fenómeno de la moderna tecnología en la vida de las personas: rostros y cuerpos humanos, voces, gestos, diálogos, figuras, discursos -por lo general total o parcialmente falsos-, de personajes famosos, políticos, deportistas, artistas de televisión, periodistas, gente común, ignota de cualquier barrio de la ciudad, pero víctima po-

1. Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (Argentina); Presidente de la Comisión para la Reforma del Código penal 2024, Resoluciones Nos. 25/2024-MJN, de 28 de febrero y 48/2024-MJN, de 13 de marzo, Ministerio de Justicia de la Nación.

2. Véase distintas definiciones y variables de la Inteligencia Artificial trazadas hasta el momento, en SCHURJIN ALMENAR Daniel, El derecho penal ante el desafiante cruce entre la inteligencia artificial y el delito, disponible en pensamientopenalcom.ar

tencial de una cruel y brutal invasión de su cotidianeidad, que son creados por la IA, provocando todo tipo de comentarios en los medios de comunicación y en las redes sociales, muchos de ellos alineados en consideraciones y reclamos que demandan acciones más contundentes desde todos los ámbitos, en particular, desde el derecho penal, precisamente por la falta de una normativa que castigue este tipo de manipulación tecnológica de la persona humana o de la realidad.

La aparición de este nuevo fenómeno de la moderna tecnología, unida a las diversas modalidades criminales que se vienen cometiendo por medio de la informática en los últimos años, ha confirmado nuestra sensación de que la vía digital se ha convertido en el medio preferido de los delincuentes, por las grandes ventajas que acarrea, especialmente económicas, a lo que hay que añadir las enormes dificultades que se presentan y los difíciles obstáculos que hay que superar en toda investigación criminal, circunstancias que ha potenciado el crecimiento del ciberdelito en estos tiempos. Y, mucho más compleja se presenta la situación cuando se pretende oponer a esta manifestación del crimen cibernético, una respuesta punitiva adecuada, cuando, en muchos países -como Argentina- los Códigos penales carecen de una fórmula que abarque los distintos matices en que puede presentarse (o disfrazarse) este fenómeno de la moderna tecnología ³.

Lo cierto es que, las diferentes facetas en que se convierte este monstruo de mil cabezas, pone al descubierto no solamente la ausencia de una figura en el Código penal que sancione estas insidiosas travesuras de los piratas informáticos -al menos en forma específica-, particularmente aquellas que tienen relación con la representación de *imágenes simuladas* de cualquier signo, especialmente de contenido sexual, de mayores y menores de edad, que se publican, difunden y/o distribuyen en un entorno digital difícil de controlar y perseguir en una investigación criminal, sino también una suerte de apatía o desinterés de la política criminal argentina en abordar estos temas, circunstancias que facilitan el montaje de un escenario en el que sus protagonistas son audios, videos, imágenes, figuras, representaciones, espectáculos, sonidos, etc., atribuidos a personas de apariencia humana, pero que no son reales, lanzándose al espacio virtual un contenido engañoso que altera una realidad o presenta una situación que no existe o que no ha existido nunca.

3. Desde ya que otras figuras pueden dar pie a su aplicación, por ej. las previstas en los artículos 110 (injuria), 119 (abuso sexual), 128 (posesión y/o distribución de material pornográfico), 131 (grooming), 139 (suplantación de la identidad), 149 bis (coacciones), 173 (estafa informática), etc., del Código penal, pero se correría el riesgo de violar el principio de legalidad (principios de lesividad u ofensividad), tal como explicáramos en páginas precedentes.

Estas representaciones, cuando sus contenidos son imágenes de mujeres (en particular, niñas y adolescentes) con sus cuerpos alterados por la IA -por lo general, total o parcialmente desnudos- y son lanzados al infinito espacio de las redes sociales, producen, sin duda alguna, graves daños en la persona, especialmente en su salud mental, daños que no solamente se amplifican con su difusión, sino que, muchas veces, son irreparables. Pero, al mismo tiempo de reconocer la gravedad de los daños colaterales que la propagación produce, esa creación falsa que retrata una situación que no existió, que no es real, nos empuja a formularnos al menos dos preguntas: ¿configura un tipo delictivo esa invasión de la vida de las personas o, deberían tipificarse penalmente estas conductas? y ¿pueden implicar un caso de violencia de género digital, por el solo hecho de que la víctima es una mujer?

En la actualidad, debido al avance de la tecnología de la información y comunicación -en especial de la IA, como se apuntó precedentemente- se observa un crecimiento de nuevas modalidades de conductas que afectan la intimidad personal de mujeres, niñas y adolescentes, cuando son difundidas o materializadas por las redes sociales, configurando una forma de “violencia digital”, situación que ha llevado a varios países a sancionar penalmente estos hechos, como por ejemplo, tipificando ciertas formas de acoso o *stalking*, el fraude digital o en línea, la difusión no consentida de imágenes íntimas o *sexting* (secundario), la suplantación de identidad, etc. Pero, la pregunta que nos hicimos sigue sin respuesta: ¿podrían estos hechos ser considerados “violencia de género digital”?

2. VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL

La violencia siempre ha sido, históricamente, un elemento constitutivo de un tipo delictivo y, al mismo tiempo, una justificación de una mayor medida de la pena. Desde esta perspectiva, es concebida en un sentido neutral-convencional del vocablo, como por ej. la violencia en el robo, en la extorsión, en ciertos abusos sexuales, etc., entendiéndose por tal, el despliegue de una energía física ejercida sobre o contra una persona, cuyo empleo tiene como consecuencia, la anulación o restricción de la voluntad ⁴. El término “género”, por el contrario, es de época más reciente, vocablo al que, modernamente, le fue añadido el sustantivo femenino “violencia”, para visibilizar un tipo de violencia contra la mujer

4. Mayor explicación, en CREUS Carlos y BUOMPADRE Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.I, pags. 189 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

caracterizada por conductas hostiles, discriminatorias y desiguales en el acceso a los espacios de poder y a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, aparece en el lenguaje jurídico el concepto “violencia de género”, que se instala en Argentina con la tipificación del delito de femicidio mediante la ley 26.791 de 2012, cuya fórmula -pese a exigir que el homicidio se cometa mediando violencia de género-, no nos suministra alguna pista que nos auxilie en la búsqueda de una definición sobre este tipo de violencia.

Aun así, esta nueva expresión “violencia de género”, no equivale, ni tiene el mismo significado que la violencia a que hemos hecho referencia más arriba. Una cosa es la violencia en el sentido tradicional y neutral del vocablo y otra muy distinta la violencia de género, cuyo origen es socio-cultural, con un sentido eminentemente estructural y con un ámbito específico de aplicación, vale decir, un ambiente en el que se desata un nivel de agresión en un contexto de sometimiento y subordinación de la víctima que, en todos los casos, debe ser una mujer. Violencia de género, entre nosotros, es “violencia contra la mujer”.

Hasta la sanción del delito de femicidio, la cuestión de género giraba en torno de dos normativas: la ley 26.485 de 2009, que no tiene ninguna referencia al término “género”, sino que se trata de una ley orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de la mujer, vale decir, que no se trata, en sentido estricto, de una ley de género, sino de una ley de violencia contra la mujer porque, simplemente, se pensó para la mujer no para el género opuesto. La otra normativa es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará), aprobada por Argentina mediante la ley 24.632 de 1996, instrumento internacional que, si bien tampoco nos brinda una definición de la violencia de género, de su texto se puede inferir que sí nos propone un concepto limitado de violencia contra la mujer, por cuanto lo hace depender de una condición: debe tratarse de una violencia caracterizada por una acción “basada en su género”, exigencia normativa que pone de relieve que, para esta Convención, por un lado, la violencia de género es aquella violencia contra la mujer que tiene su fuente en el género (femenino) de la víctima y, por otro lado, que no toda violencia contra la mujer es violencia de género.

De todo este entramado normativo, surge que la violencia es de género cuando se la emplea contra una mujer, por el solo hecho de serlo y, además, se la emplea en el marco de una “relación desigual de poder”, tal como se establece en el art. 4 de la ley

26.485⁵.

Sin embargo, desde no hace mucho tiempo a esta parte, la irrupción de la informática ha provocado el surgimiento de nuevas modalidades de conductas que utilizan las ventajas de la tecnología para cometer delitos de distinto signo, fenómeno que ha inaugurado, en cierta forma, la expresión “violencia en entornos digitales”, esto es, el ejercicio de violencia que se pone de manifiesto por el empleo, para su difusión o expansión por las redes sociales u otras aplicaciones y dispositivos (teléfonos celulares, plataformas, mensajerías, etc.), las Tecnologías de la Información y de la Comunicación.

Debemos convenir en que la violencia digital es una de las tantas formas de violencia en que se puede manifestar la conducta humana. Así se la ha reconocido en Argentina, mediante la sanción de la ley 27.736, de 10 de octubre de 2023 (BO: 23/10/2023) -denominada “Ley Olimpia”- que, modificando la ley 26.485 incorpora, por una parte, este tipo de violencia como una modalidad de violencia contra la mujer y, de otra parte, definiendo a la “violencia digital o telemática” como *“Toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar. En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace, o acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación, o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley”* (art. 6, inc. i, ley 26.485).

5. Véase, con más detalles, BUOMPADRE Jorge E., Los delitos de género en la reforma penal (ley No. 26.791), Editorial Con Texto, Resistencia, Chaco, 2012. Disponible también en pensamientopenal.com.ar

A la vista de lo normado por la ley 27.736, ¿se podría afirmar que la violencia en entornos digitales, cuando la víctima es una mujer (niña o adolescente), implica un caso de “violencia de género digital”? Sí, la respuesta debe ser afirmativa, por cuanto implica (entre las modalidades posibles, el ciberacoso, el hostigamiento, la difusión no consentida de imágenes íntimas, suplantación o robo de la identidad, grooming, los discursos de odio, etc.) una grave afectación de los derechos fundamentales de una persona -por lo general perteneciente a colectivos vulnerables como los niños, niñas y adolescentes-, como la libertad, la privacidad, la intimidad, la vida, etc., cuya reparación, en el estado actual de nuestro Derecho, solo se podría intentar recurriendo al Derecho civil, habida cuenta de que estas nuevas modalidades criminales eran impensables en los albores del Código penal en 1921, lo que ha hecho que quede muy distante del fenómeno criminal que se observa en este siglo XXI.

Ello es así, debido a que, en la medida que el hecho de violencia de que se trate no se encuentre sancionado penalmente en términos de perspectiva de género (como en el caso del delito de femicidio), no puede calificarse como “delito de género” y justificar así, en un marco de neutralidad, una mayor penalidad porque la conducta ha afectado a una víctima del sexo femenino. La violencia de género, como se puso de relieve, siempre implica el ejercicio de violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra una mujer es violencia de género. Por tal motivo, en nuestra opinión, el elemento circunstancial “violencia de género”, en cualquiera de las modalidades de violencia contra la mujer previstas legalmente (analógica o digital), debe estar regulado específicamente como un elemento del tipo objetivo de delito de que se trate -con una pena proporcional al tipo de injusto-, precisamente porque las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que producen un aumento de la penalidad (agravantes específicas que dimensionan la intensidad del monto punitivo), deben estar, o bien expresamente previstas en la ley penal para que su aplicación sea legítima, o -en el marco de un sistema regulatorio también aceptable-, estar previstas en un listado de circunstancias agravantes, generales o móviles, permitiendo su aplicación al margen de los factores incriminatorios constitutivos del tipo de delito -objetivos, subjetivos o normativos- expresamente tipificados en la figura legal, todo ello de manera armónica con las exigencias estrictas del principio de legalidad.

Sin perjuicio de lo dicho, es necesario poner de relieve que, si no se realizan las reformas legislativas correspondientes, tipificando penalmente las figuras respectivas, la violencia “de género” digital, no será más que una modalidad de violencia contra

la mujer cuyo “castigo” habrá de demandarse en el ámbito del Derecho civil o del Derecho administrativo sancionador, mediante la aplicación de las normas contravencionales vigentes en algunas provincias, por ej. Chaco, CABA, etc.

3. LA ALTERACIÓN DE LA REALIDAD COMO CIRCUNSTANCIA ATÍPICA

La alteración o modificación dolosa de la realidad se puede producir de diversas maneras, tanto en el mundo físico como en el mundo digital, y puede o no constituir un hecho delictivo, según el iter o etapa de la acción implicada, por ejemplo, el envío, por vía digital, de imágenes íntimas entre dos o más personas, no es delito (sexting primario), pero si esas imágenes son difundidas sin consentimiento de una de las personas involucradas (sexting secundario), esa propagación debería ser objeto de sanción penal. Lo mismo podría suceder con la manipulación de la persona humana mediante las herramientas de la Inteligencia Artificial, como veremos seguidamente.

Mas allá del acertijo que implica descubrir -y, por ende, atribuir responsabilidad penal- al autor del manejo intencional o impropio de la IA, lo cierto es que se viene observando un crecimiento inusitado de esta práctica falsaria de la realidad, produciendo imágenes auténticas o falsas de personas humanas que se lanzan al espacio digital, empleándose, en no pocas ocasiones, una técnica denominada *deepfakes* ⁶,

6. El término *deepfake* se conoce por primera vez en el 2017 y surge con la combinación de las palabras *deep learning* (aprendizaje profundo) y *fake* (falso). Implica la existencia de un archivo de video, imagen o voz manipulados mediante inteligencia artificial (fuente: [unir.net]). Los *deepfakes* son generados mediante el uso de tecnología de procesamiento de gráficos y técnicas avanzadas de aprendizaje profundo, como las redes neuronales recurrentes (RNN, por sus siglas en inglés) o las redes generativas adversarias (GAN, por sus siglas en inglés), con el fin de producir videos extremadamente realistas pero completamente falsos (Simón Soler, 2023). Sin embargo, incluso sin el uso de una tecnología avanzada, la cual no está al alcance de todos, ya existen formas de manipulación contextual que pueden ser replicadas fácilmente por cualquier persona (Paris & Donovan, 2019). El contexto inicial donde se observaron los *deepfakes* fue en el ámbito de la pornografía (conf. Barba Arteaga Cecilia, *Deepfakes sexuales: impacto, prevención y perspectivas de género en el entorno digital*, MHJournal, No. 10, 2024, disponible en dspace.umj.es). Según Europol, los *deepfakes* ya figuran entre las amenazas emergentes más serias para la ciberseguridad global. Por su parte, la consultora tecnológica Gartner estima que, para 2026, al menos un 30% del contenido audiovisual en internet podría estar generado o modificado por inteligencia artificial (Fuente: Galileo Universidad; galileo.edu).

En el blog Bancolombia.com, de 26/07/2024, se dice que “bajo esta modalidad, los estafadores suelen llevar a cabo el siguiente *modus operandi*: crear perfiles falsos en Facebook, Twitter o Instagram con fotos y datos de sus víctimas. Y luego, enviar mensajes a sus amigos o familiares para pedirles dinero o información personal; generar fotos o videos con características faciales de la víctima para acceder a cuentas de billetera móviles y robar los ahorros; difamar o extorsionar a una persona con contenido falso donde dice o hace algo que en realidad nunca hizo, invitar a invertir en negocios estafas. Al conseguir datos específicos de la cédula, facturas o firmas de las personas, los estafadores generan documentos que parecen auténticos pero son completamente falsos. De este modo, pueden acceder a servicios o productos financieros como tarjetas de créditos, préstamos, hipotecas, contratos, entre otros, de manera ilícita y a nombre de la víctima. Otro informe dice que quizás la amenaza más disruptiva sea el auge de los *deepfakes*: videos, imágenes o audios falsos generados por IA que imitan a personas reales. En algunos casos, estos materiales pueden ser lo suficientemente sofisticados como para superar verificaciones de identidad en tiempo real. Los impostores pueden utilizar marionetas digitales para simular el rostro de la víctima o utilizar voces clonadas mediante IA para cometer fraudes de identidad. Esto ya ha sido demostrado por diversos informes del sector en 2024; uno de ellos señala que “los sistemas de autenticación biométrica que utilizan reconocimiento facial o de voz ya han sido comprometidos por la tecnología de *deepfakes* en varios casos críticos”. Un caso particularmente

a la que recurren los ciberdelincuentes para difundir por las redes estas representaciones simuladas que imitan la apariencia y la voz de una persona, dificultando toda posibilidad de distinguir lo falso de lo verdadero, en contenidos que, en algunos casos, son conocidos como *face swapping*, consistentes en un procedimiento que posibilita reemplazar el rostro de una persona por el de otra, incluso por la de un animal, en una fotografía o video, en otros casos, como *deepfakes sexual*, esto es la incorporación a un rostro verdadero de un cuerpo artificial, total o parcialmente desnudo, creándose una escena individual o colectiva, falsa y, por lo general, con un contenido sexual y, en otros, como *Deep voices* o *voice hacking*, consistente en manipulaciones de audio conteniendo la voz de una persona que es utilizada para crear discursos o declaraciones falsas, técnica frecuentemente usada en casos de políticos, celebridades, periodistas, etc.

La intervención de la IA en el ámbito de la sociedad, ante la creación de una representación de una persona (en particular menores de edad) y/o de material pornográfico, imaginarios o irreales, plantea, desde luego, un inconveniente difícil de resolver en términos punitivos, que se potencia -como se dijo- por la ausencia de una norma penal específica que sancione con pena privativa de libertad estas conductas, lo cierto es que, sin una persona humana (y, con mayor razón, de un menor de edad de verdad), cuya figura es utilizada directamente, sea cual fuere el espectáculo, la escena o el material elaborado, se plantea un problema de atipicidad (ausencia de tipo penal y nula afectación del principio de lesividad), por cuanto no habría un sujeto pasivo ni un bien o interés alguno necesitado y merecedor de protección penal, como exigen los principios de proporcionalidad y ofensividad, en el marco de un derecho penal respetuoso del principio de legalidad; sólo tendríamos una filmación, una escena, un audio, etc., que pueden, desde luego, ser calificados de pornográficos, o de inmorales, pero no tendríamos, en principio, una ofensa material (o lesión) inmediata o una puesta en peligro de un bien jurídico, salvo que, en el caso concreto, se pueda comprobar -por las propias características de la representación escénica- un compromiso para un bien jurídico individual, como podrían ser el honor, la libertad sexual, la imagen y/o la intimidad de una persona humana cuyo rostro, o su cuerpo, hubiere sido manipulados por la IA y difundido por el espacio digital ⁷.

impactante ocurrió a principios de 2024: un grupo de delincuentes crearon un *deepfake* del director financiero (CFO) de una empresa y de otros empleados para engañar a un responsable del área financiera. Durante una videoconferencia, este empleado vio lo que parecía ser el rostro auténtico de su CFO dándole instrucciones. Convencido de que la interacción era genuina, transfirió posteriormente 25 millones de dólares a las cuentas de los atacantes, antes de que se descubriera el fraude (Fuente: regulaforensics.com, de 19/06/2025).

7. Confr., en este sentido, ORTS BERENGUER Enrique, Derecho penal, parte especial (varios autores) (Coordinador J. L. González Cussac), 5ta. edición, Tirant lo Blanch Manuales, Valencia, 2016, p. 251.

Sin dudas que el análisis de cada caso en concreto nos dará la respuesta que se considera correcta (lo cual, obviamente, no detendrá a la crítica) pero, en general, cuando la conducta tiene relación con la creación de personajes, materiales, espectáculos, exhibiciones, etc., de contenido sexual, que son irreales, no verdaderos (que es lo que sucede con el uso doloso o impropio de la IA), no se podría sostener que conductas de esta clase implican la vulneración o puesta en peligro de bien jurídico alguno, ni tampoco la existencia de un sujeto pasivo necesitado de protección penal (no habría una víctima, un ser humano, de carne y hueso, que proteger).

4. LA EXTENSIÓN DE LA PUNIBILIDAD A IMÁGENES CREADAS POR LA IA, NO PREVISTAS, VIOLENTA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

El Código penal argentino regula toda la cuestión atinente al material pornográfico en el que se involucra a menores de edad, en el Capítulo III, del Título III -Delitos contra la integridad sexual-, del Libro II -De los delitos-, art. 128 (ley 27.436/18), con el siguiente texto:

“Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”.

La extensa enumeración de acciones típicas que se observa en el texto legal responde a recomendaciones internacionales en la materia; en particular, el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, suscripto por la Argentina y aprobado por la Ley interna N° 25.763/2003.

Según el art. 2° del citado Protocolo, se entiende por *pornografía infantil* “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, *reales o simuladas*, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”. Este concepto, como se puede apreciar, comprende no sólo las imágenes reales o verdaderas de un menor, sino también las simuladas, pero el art. 128 del Código penal no ha receptado esta última modalidad, conclusión a la que inevitablemente hay que arribar porque el legislador, al sancionar este artículo, evidentemente no ha seguido al pie de la letra los estándares del citado Protocolo.

Por lo tanto, el injusto típico sólo se podría perfeccionar en la medida en que las representaciones de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales sean reales, vale decir, que la imagen representada corresponda “realmente” a un menor de dieciocho años comprometido en situaciones relacionadas con la pornografía, y no a imágenes simuladas o virtuales las que, si bien son representaciones que muestran a sujetos que se cree que son menores involucrados en actos sexuales explícitos -y que podrían no serlo-, no tienen existencia material, se trata de imágenes falsas, circunstancia que genera -como se dijo- no solo un problema de encuadramiento jurídico penal, sino también múltiples y complejas cuestiones de prueba en el procedimiento judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, recientemente la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal (Zárate, Buenos Aires, 19/5/25) resolvió que la *representación de imágenes simuladas* de contenido sexual, de menores de edad, sean o no creadas por herramientas suministradas por inteligencia artificial (IA), quedan comprendidas en el delito de publicación y distribución de imágenes pornográficas previstas en el art.

128 CP (Fallo disponible en [saij.gob.ar])⁸, decisión que, al hacer intervenir en la interpretación legal un medio de comisión -la inteligencia artificial- desconocido en los albores de la sanción de la figura en cuestión, obliga a reabrir un debate sobre el alcance del objeto del delito que, en el citado precepto, se describe como “**representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales**”; dicho de otro modo, se debe determinar si el vocablo “representación” abarca también a las imágenes simuladas.

La doctrina no es uniforme sobre esta cuestión. Algunos autores entienden que la pseudo-pornografía o pornografía simulada no está aún regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sólo la pornografía real o explícita, advirtiéndose que su eventual regulación en nuestro sistema penal deberá dar cuenta, previo a todo, de qué manera se pone en riesgo o se menoscaba la autodeterminación sexual y el normal y correcto desarrollo de menores de edad cuando éstos no participan en las representaciones aludidas, en especial a la luz de los principios de lesividad, ultima ratio y un derecho penal fragmentario⁹, postura en la que se alinean otros autores, sosteniendo que, en el texto legal, no se hace mención a actividades sexuales simuladas y que, si bien la cuestión fue discutida en sede legislativa, no fue incorporada al precepto finalmente sancionado¹⁰. Por el contrario, otros sostienen que, entre los medios posibles de comisión del delito, está incluida la difusión por Internet, y

8. Se dice en el fallo citado: «Realizando un análisis semántico de la norma interna (art. 128 CP), ajustado a los estándares internacionales, esto es, el «Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía», aprobado

por Ley 25.763, es posible colegir que toda representación, entendida esta como imagen real o simulada de un menor de edad de contenido eminentemente sexual, queda abarcada por la misma, independientemente de que sean creadas o no mediante herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial (...) El Segundo Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, «Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía», aprobado por Ley 25.763, considera pornografía infantil a ‘toda representación’, igual que lo hace el art. 128 del CP, por cualquier medio, de un niño del dedicado a actividades sexuales explícitas. Y si bien alude que tales representaciones pueden ser ‘reales o simuladas’, vocablos que no se hallan presentes en la redacción de la figura típica de nuestra norma interna, lo hace a modo meramente ejemplificativo o aclaratorio, circunstancia que surge al advertir que se halla entre comillas en el texto del instrumento.

Por lo tanto, al ser una mera aclaración, su falta de mención explícita en nuestro texto legal no excluye a ninguno de los dos supuestos”.

9. ABOSO Gustavo E., La nueva regulación del delito de distribución de pornografía infantil a la luz de la reforma de la ley 27436 (art. 128 del Código penal argentino), disponible en elDial.com, agregando este autor que “Respecto de las imágenes ficticias o digitalizadas que representan menores de edad, por ejemplo, el uso de dibujos animados o digitalizados o representaciones análogas de menores de edad (por ejemplo, actores aparentando ser menores de edad), nuestra ley penal exige que la representación real o auténtica de menores de edad, requisito que excluye del ámbito de prohibición de este delito los casos señalados de representaciones ficticias de menores de edad (pornografía técnica), extremo que no sucede en la legislación represiva de otros países”.

10. PALAZZI Pablo “Los delitos informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 49 y sig.

que, dentro de la representación, quedan incluidas las imágenes simuladas ¹¹. Por su parte, Figari enfatiza que el legislador no ha incluido en la norma las actividades sexuales reales o simuladas, tal como lo contiene el art. 2 inc. c) del Protocolo, pero tampoco no se consigna en la norma en forma expresa que los actos típicos tienen que ser “reales”, lo cual abre la posibilidad de que también puedan ser simulados ¹².

El fallo que se acaba de citar, en nuestra opinión, implica una violación del principio de legalidad, el cual, como garante (agente de control) del *ius puniendi* estatal, imponiéndoles límites estrictos, impide que una conducta no tipificada como delito por ley, sea considerada tal, dentro del amplio marco de protección de los derechos individuales que surge de los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional y de los Tratados Internacionales de DDHH a ella incorporados (art. 75.24 CN; art.9, CADH; 15 PIDCyP).

Esta decisión judicial, desde nuestro ver, significa una violación del principio de legalidad, por cuanto, si bien es verdad que todo elemento de contenido valorativo en un tipo penal -como es el caso del enunciado “toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales” en el art. 128 CP, debe ser interpretada judicialmente para fijar su sentido y alcance, no lo es menos que la que luce el fallo en cuestión implica una interpretación que excede el radio de acción de la norma en cuestión, circunstancia demostrativa de una interpretación (extensiva) que, por desbordar el tenor literal del precepto (lo simulado se convierte en real o verdadero), se transforma en una interpretación analógica del tipo penal en comento, que modifica el sentido de la norma, mecanismo cuyo uso deriva en que, unas imágenes de contenido sexual en la que participan personas que no son reales, sino simuladas (no verdaderas), pasan a ser consideradas como verdaderas, por cuanto -como se dijo-por un lado, no habría una interpretación correcta o ajustada a la ley de dicha normativa, sino una interpretación que traspasa el marco literal posible de la misma y, por otro lado, no habría un bien jurídico individual que proteger ni una víctima real que justificara la intervención del Derecho penal.

Llegados a este punto, nos deberíamos preguntar ¿se podría sostener la existencia de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección penal, en la distribución,

11. DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “Delitos contra la integridad sexual” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pag.232.

12. FIGARI Rubén E., Comentario al ar. 128 CP (ley 27.436) sobre pornografía infantil, disponible en saij.gob.ar

difusión, etc., de una imagen simulada (irreal) de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales?

Si el precepto penal no prevé en forma expresa la conducta consistente -por si fuera el caso- en la creación de una imagen simulada (como una conducta punible), entonces no puede existir delito, no hay un comportamiento típico, por cuanto -en palabras de Soler- lo que está directamente prohibido, no ya por la lógica, sino por la Constitución, es el acto de servirse de una incriminación para castigar un hecho que cae en la zona de libertad ¹³. De manera que, si el intérprete transforma el tipo penal, mutando de una situación de atipicidad (por ausencia del objeto de la acción) a una de tipicidad, entonces violenta el principio de legalidad. Si el juez -a través de la interpretación, sea analógica o extensiva- traspasa el umbral literal de la norma, no estaría realizando una interpretación de la misma sino “legislando”, contrariando los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, incurriendo - dándole a la norma un sentido que supera el máximo de acepciones posibles- en una interpretación analógica prohibida por ausencia en la normativa en cuestión de la acepción respectiva, que es la creación de una imagen simulada o irreal. Esta interpretación extensiva o ampliada del tipo penal, comprendiendo como conducta típica, y punible, la imagen simulada de un menor de edad, no tipificada en la ley (no está definida la materia de prohibición), implica una interpretación analógica prohibida en derecho penal, comportando una violación del principio de legalidad, toda vez que dicha interpretación permite la aplicación de un supuesto que no está contenido en la norma. Insistimos, por una parte, implica la creación de una conducta criminal por vía judicial, importando una acción claramente invasiva y propia de otro poder (el poder legislativo), y, por otra parte, un vaciamiento de la función de garantía que cumple el tipo legal, presupuesto básico de la imposición de una pena ¹⁴, orientación seguida en numerosos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ¹⁵.

13. Conf. SOLER Sebastián, Tratado de Derecho penal, parte general y especial, 6ta. edición, (actualizado por Jorge E. Buompadre), Tomo, II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022.

14. Conf. PÉREZ DEL VALLE Carlos, Derecho penal, parte general, 8º edición, Dykinson, Madrid, 2024. BUSTOS RAMÍREZ Juan, Lecciones de Derecho penal, parte general, Editorial Trotta, 2006.

15. SCJN, El principio de legalidad impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley (Fallos: 330:4234; 331:699; 331:1312; 331:1679; 331:2784; 334:1143; 334:1754; 338:793) y exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal (Fallos: 331:858; Esto implica que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, o sea válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316:2329; 318:1154; 319:3400; 321:366; 323:240; 340:549 voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz; 342:2344; 344:3156). El principio de legalidad rige también en ma-

Confirma nuestra tesis, la figura descripta en el segundo párrafo del art. 128, cuyo texto sanciona con la misma pena que las conductas del primer párrafo, a quien *organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores*, fórmula que permite inferir que la “representación” (sexual) de un menor de 18 años debe ser real, de verdad, por cuanto resulta difícilmente imaginable no solo la “organización de un espectáculo en vivo” con imágenes simuladas de dichos menores, sino que, además, deben “participar” del espectáculo, aun cuando no sea necesario que realicen alguna escena pornográfica, ya que puede ser recreada por terceros que actúen en él ¹⁶. Dicho con otros términos, la conducta descripta en el tipo pone de relieve que los menores a los que se hace referencia en el 2do. párrafo son los mismos menores aludidos en el 1er. párrafo y que, por ende -como dijimos- debe tratarse de menores de verdad, por cuanto, además, esos menores deben “participar” en el espectáculo en vivo, y no parece posible que imágenes simuladas representando menores de 18 años en actividades sexuales explícitas, “participen” en un espectáculo con tales características ¹⁷.

La reforma española impuesta por la LO 1/2015, de 30 de marzo, inspirada por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/12/2011, relativa a la “Lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil”, vino a terciar en la discusión de si el material pornográfico infantil debía referirse -como hacía sentir la doctrina- a un menor real, existente, modificando esta interpretación aportando una nueva definición de *pornografía infantil* en el art. 189, que alcanza tanto a los actos reales como a los simulados, con el siguiente texto:

teria penal, respecto de lo cual el Tribunal ha explicado que el mismo nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido y, que además se establezcan las penas a aplicar, ya que su objeto es proscribir, en materia penal, las leyes “ex post facto” (Fallos: 315:2101). Por ende, la ley no puede aplicarse retroactivamente (Fallos:327:2258). El principio de legalidad proscribela aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no impide la interpretación de sus normas que, en cuanto legales, requieren también la determinación de su sentido jurídico, función que es propia del poder judicial (Fallos: 314:1451).

16. BREGLIA ARIAS y GAUNA, entienden que el menor tiene que realizar alguna escena pornográfica, exigencia que ratifica la idea de que debe tratarse de un menor real, de verdad (BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar, “Código Penal y leyes complementarias. Comentado y concordado”, 6º edición actualizada y ampliada, t. I, pag. 962. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007).

17. FIGARI recuerda una advertencia del senador Guastavino en oportunidad de discutirse el castigo de la simple tenencia de pornografía infantil: “No queremos esperar a que se le tenga que tocar un solo pelo a un niño”, expresó el legislador, usando una gráfica expresión que, sin duda alguna, tiene referencia con la representación de un menor de edad de verdad, vinculado a una actividad sexual explícita y no a una imagen simulada del mismo.

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

En una misma dirección, la citada reforma tuvo injerencia también en la regulación de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (arts. 197-204), respecto de los que -en particular sobre el art. 197.1- la doctrina tiene dicho: “Por lo que se refiere a la imagen íntima, este artículo: a) protege este bien sólo frente a determinados ataques, y b) protege la imagen *verídica* de la persona, es decir, “la que representa la verdad” (quedando excluida la protección de la que es fruto de una manipulación). Así, puede anticiparse ya que sólo debe entrar en este tipo penal *la imagen que reproduce los rasgos auténticos de una persona en un claro contexto de intimidad, y que ha sido captada subrepticamente*. En el caso de que la injerencia no reúna dichas características, la tutela debe quedar en manos de la jurisdicción civil: cuando la imagen captada o reproducida por un tercero, sin el consentimiento del titular, tenga un carácter neutro (careciendo de implicaciones sobre la intimidad o el honor), no haya sido obtenida de forma subrepticia, o no reproduzca la verdad...agregando, la imagen que constituye objeto de protección penal en esta norma, es aquella que reproduce los rasgos auténticos de una persona, es decir, aquella *que representa la verdad*. Se trata, por tanto, de captar o reproducir la imagen íntima del original, quedando fuera del tipo aquella que simula el contexto de intimidad utilizando determinadas manipulaciones, como las propias de

la inteligencia artificial (IA). Atendiendo al carácter fundamental del derecho, y a su conexión con la dignidad de la persona (según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional), puede decirse que las creaciones artificiales de la imagen quedan extramuros de la órbita del art.18.1 de la Constitución, y del aspecto moral del derecho que protege el art. 197.1 CP ¹⁸.

El volátil escenario que nos presenta la IA en la actualidad -más parecido a ciencia ficción que a realidad aunque, desde luego, no es ciencia ficción-, es algo que ya ha hecho playa en Argentina. Por ejemplo, en una periódico de la ciudad de Córdoba, de mediados del año pasado (2024), se publicó una noticia que hacía referencia al caso de un estudiante de 18 años, que había manipulado fotos de sus compañeras de colegio mediante IA, usando sus rostros sobre cuerpos desnudos obtenidos de sitios pornográficos, difundiendo las imágenes en sitios dedicados a la pornografía, incluyendo los enlaces de las víctimas a las redes sociales, lo que provocó que fueran contactadas por numerosos usuarios de esas plataformas. Ante la ausencia de una figura específica en el Código penal, la calificación jurídico penal que se usó en la acusación lo fue por el delito de lesiones graves agravadas por motivos de género, debido al daño psicológico padecido por las víctimas (fuente: Infobae, 09/6/25). Más recientemente, se publicó una noticia de un caso de pornoextorsión (o *revenge porn*), protagonizado por una mujer denunciando a otra por la viralización de videos íntimos con su ex pareja, sin su consentimiento, con finalidad de venganza, odio, resentimiento, etc. (fuente: Infobae, 17/7/25), hecho que se asemeja, antes que al uso impropio e intencional de la IA, más bien a aquella conducta que conocemos como sexting secundario, tampoco objeto de castigo en el Código penal.

El Código penal actual no cuenta -como se dijo- con una fórmula específica que regule este tipo de situaciones -con la salvedad de algunas provincias que tipifican, como contravención, la difusión no consentida de imágenes o grabaciones íntimas, por cualquier medio ¹⁹- motivo por el cual, en el ámbito de la Comisión de Reformas

18. Conf. JAREÑO LEAL Ángeles, El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual, Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, 26-09 (2024), disponible en criminnet.ugr.es

19. Así, por ej., en CABA, el art. 71 bis (Código contravencional, Ley 6017) establece que: “Quien difunda, publique, distribuya, facilite, ceda y/o entregue a terceros imágenes, grabaciones y/o filmaciones de carácter íntimo sin el consentimiento de la persona y a través de cualquier tipo de comunicación electrónica, de transmisión de datos, páginas web y/o a través de cualquier otro medio de comunicación, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con una multa de cuatrocientas (400) a mil novecientas cincuenta (1950) unidades fijas o cinco (5) a quince (15) días de trabajo de utilidad pública o con tres (3) a diez (10) días de arresto. El consentimiento de la víctima para la difusión, siendo menor de 18 años, no será considerado válido. Tampoco podrá alegarse el consentimiento

creada, en 2024, por el Ministerio de Justicia de la Nación, para la elaboración de un Proyecto de Código penal, propusimos, en el Libro II, Título III -Delitos contra la integridad y libertad sexual-, Capítulo II -Pornografía infantil, grooming y otros ataques-, artículo 123, el siguiente texto:

“Se impondrá prisión de TRES (3) a SEIS (6) años, al que creare con inteligencia artificial o por cualquier medio produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare, distribuyere toda representación de una persona menor de DIECIOCHO (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”.

5. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA SUPLANTACIÓN O FALSIFICACIÓN DE LA IDENTIDAD, COMO MODALIDAD DE VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL

La IA, como hemos visto, es una gigantesca máquina de gestión de datos, que ha puesto al descubierto un desarrollo tecnológico sin precedentes en la historia de la humanidad, pero que, una parte de esa humanidad -el ciberdelincuente-, ha hecho uso para la comisión de delitos de diverso signo, comprometiendo las bases del derecho penal, sustantivo y adjetivo.

La violencia digital se puede expresar de múltiples maneras, una de ellas es, precisamente, la manipulación de la persona usurpando su identidad para intimidarla, hacer comentarios ofensivos sobre otras personas, etc., implicando una técnica que vulnera -entre otros bienes e intereses- su identidad como ser humano, es decir, su propio ser, alterando su derecho a ser representado en la vida en relación con su verdadera identidad, es decir, a que se lo reconozca como lo que realmente es, en su mismidad, como uno mismo. Se trata, en síntesis, en usar los datos de una persona

de la víctima en la generación del contenido como defensa a la realización de la presente conducta. Acción dependiente de instancia privada con excepción de los casos donde la víctima sea menor de 18 años de edad. No configura contravención el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”.

Art. 71 quater, “Las sanciones se elevan al doble cuando son realizadas: 1. Cuando la víctima fuera menor de 18 años, mayor de 70 años, o con discapacidad; 2. Cuando la contravención se cometa con el concurso de dos (2) o más personas; 3. Cuando la contravención sea cometida por el/la jefe, promotor u organizador de un evento o su representante artístico; 4. Cuando la contravención sea cometida por el/la cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia; 5. Cuando la contravención sea cometida por un familiar en el 4to. grado de consanguinidad o 2do. grado de afinidad; 6. Cuando la contravención se cometa con información que no habría sido develada sin que medie el engaño; 7. Cuando la contravención sea cometida mediante la utilización de identidades falsas o anónimas o mediando la suplantación de la identidad de otra persona humana o jurídica”.

(hacerse pasar por quien no es) para distintos fines, por ejemplo, amenazar o intimidar, usar cuentas de correo o de teléfonos para estafar, apoderarse de dinero en cuentas bancarias, crear perfiles falsos para engañar a familiares, amigos, controlar los bienes de una persona o a ella misma en sus comunicaciones con terceros, vigilando sus movimientos, etc.

Según el blog BBVApivot, “los ciberdelincuentes pueden suplantarnos mediante dos tipos de fraudes de identidad: el *fraude tradicional*, en el que roban la identidad completa extrayendo datos biométricos y empleando IA para apropiarse de cuentas de forma fraudulenta, contratar servicios, engañar a familiares y amigos, etc.; o mediante el *fraude de identidad sintética*, donde roban información personal real que combinan con información ficticia, generada por IA, originando una identidad falsa que les permite crear un historial y establecer credibilidad paulatinamente, dificultando así ser detectada fácilmente (Fuente: BBVApivot.com).

La falsificación de la identidad implica una alteración de la verdad personal, de lo que el sujeto humano es en la sociedad, de modo que el castigo de conductas que imiten, falseen, disimulen, adulteren, suplanten, etc., la identidad de una persona, cualquiera sea la finalidad que se persiga con este tipo de acciones, justifican la intervención del derecho penal.

En este marco, debemos acompañar las reflexiones de García Merino, cuando nos advierte que “hablar de la IA, implica considerar de manera transversal la dimensión ética del nuevo juguete de la humanidad (Forbes México, 2024), el cual conlleva una responsabilidad moral compartida, en la cual todos los usuarios se encuentran en el deber de aplicar valores sociales que consideren que las IA tienen tanto un potencial destructivo como uno constructivo, dependiendo del uso que se le dé (García Merino, 2024; Tegmark, 2023). La IA en sí misma representa tanto una oportunidad como una amenaza para la humanidad. Su uso sin aplicar consciencia crítica puede derivar en degradaciones sociales y deterioros cognitivos, emocionales, psicológicos, entre otros riesgos asociados. La suplantación de la identidad humana por parte de la IA es una realidad, responsabilidad que recae en sus programadores, y que representa un alto costo personal para los sujetos directamente afectados y sociales para toda la especie. La falsa empatía se podría

considerar como una estafa emocional, que derive en sanciones judiciales para las corporaciones que se lucran del engaño”²⁰.

El Código penal en vigor no prevé un delito de estas características, al menos en forma específica, motivo por el cual, en el ámbito de la Comisión de Reformas (2024), en el Libro II, Título XXVI, Capítulo I, Atentados a través de medios informáticos, del Anteproyecto de Código penal, propusimos el siguiente texto:

ARTÍCULO 492. *“Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años y SEIS (6) a VEINTICUATRO (24) días-multa, al que a través de Internet, redes sociales, cualquier sistema informático o medio de comunicación, adoptare, creare, se apropiare o utilizar la identidad de una persona física o jurídica que no le pertenezca, con la intención de cometer un delito o causar un perjuicio a la persona cuya identidad se suplanta o a terceros”.*

Sin perjuicio de lo dicho, debemos convenir en que estos delitos no son otra cosa que delitos convencionales a los que el ser humano les dio la posibilidad de que se movilen, se desarrollen y se conecten en un universo inalcanzable, y que tienen de especial – a diferencia de la mayoría de los ilícitos convencionales que se tipifican en un código penal- el hecho de que se caracterizan por el medio utilizado para su comisión, que reside en el uso de dispositivos informáticos y de servicios y aplicaciones que anidan y funcionan en una red global de computadoras que se interconectan entre sí (Internet), brindando a los delincuentes nuevas y sofisticadas herramientas para la comisión del delito.

En un escenario tan complejo y difuso, desde luego que no debemos esperar que un penalista -o el derecho penal como disciplina científica- resuelva los problemas que plantea la ciberdelincuencia; el penalista lo único que puede hacer es estudiar los tipos penales que elabora el legislador y analizarlos desde la dogmática por ej. indagar a través de la especulación teórica, si los principios y reglas de la teoría del delito tradicional, como ocurre con los delitos convencionales, le son aplicables a estas nuevas formas conductuales que aparecen con el avance de la moderna tecnología.

20. GARCÍA MERINO, J. (2024). Suplantación de identidad humana por la inteligencia artificial (IA). *Innovare* Revista de ciencia y tecnología, 13(2), 1-7. <https://orcid.org/0009-0000-3222-6774>

El derecho penal, en su estricta formulación teórica, no puede hacer nada -o muy poco- en la lucha contra esta forma de la delincuencia, por una razón muy simple: porque todos los días aparece una nueva modalidad delictiva en el mundo digital y, como es de imaginar, el derecho penal no puede permanecer en etapa de cambios en forma continuada. El ciberdelito solo puede ser contrarrestado por los expertos en informática, y en ciberdelincuencia. El derecho penal, con los pocos recursos con que cuenta, especialmente en este sector de la criminalidad, muy poco puede hacer, y el legislador, en su tarea político-criminal, solo podrá construir figuras que atra-pen, mínimamente, las nuevas conductas que van apareciendo en el mundo digital y que, de un modo u otro, lesionan o ponen en peligro bienes, cosas y derechos de las personas, respetando los principios cardinales del derecho penal.

Con ese norte, hemos prepuesto en el seno de la Comisión de Reformas 2024, la figura antes descripta. Aun así, convenimos en que la sola tipificación como delito de una conducta no implica una respuesta suficiente -y menos, plenamente satisfactoria- para combatir el fenómeno, si no se implementan, prioritariamente, políticas públicas serias y eficaces en la lucha contra el cibercrimen ²¹.

21. Por Resolución 710 del Ministerio de Seguridad de la Nación, de 27/07/2024 (BO: 29/07/24), se creó la *Unidad de Inteligencia Artificial Aplicada a la Seguridad* (UIAAS) que tiene como objetivo la prevención, detección, investigación y persecución del delito y sus conexiones mediante la utilización de la Inteligencia Artificial (IA). Uno de los objetivos principales del organismo será el de patrullar las redes sociales abiertas, aplicaciones y sitios de Internet, así como la llamada "Internet profunda" o "Dark-Web", en orden a la investigación de delitos e identificación de sus autores, así como la detección de situaciones de riesgo grave para la seguridad, en el marco de la Constitución Nacional y legislación vigente. *Son sus funciones:*

- a. Patrullar las redes sociales abiertas, aplicaciones y sitios de Internet, así como la llamada "Internet profunda" o "Dark-Web", en orden a la investigación de delitos e identificación de sus autores, así como la detección de situaciones de riesgo grave para la seguridad, en el marco de la Constitución Nacional y legislación vigente.
- b. Identificar y comparar imágenes en soporte físico o virtual.
- c. Analizar imágenes de cámaras de seguridad en tiempo real a fin de detectar actividades sospechosas o identificar personas buscadas utilizando reconocimiento fácil.
- d. Utilizar algoritmos de aprendizaje automático a fin de analizar datos históricos de crímenes y de ese modo predecir futuros delitos y ayudar a prevenirlos.
- e. Identificar patrones inusuales en las redes informáticas y detectar amenazas cibernéticas antes de que se produzcan ataques. Esto incluye la identificación de malware, phishing y otras formas de ciberataque.
- f. Procesar grandes volúmenes de datos de diversas fuentes para extraer información útil y crear perfiles de sospechosos o identificar vínculos entre diferentes casos.
- g. Patrullar mediante drones áreas extensas, proporcionar vigilancia aérea y responder a emergencias.
- h. Realización de tareas peligrosas, como la desactivación de explosivos, mediante robots.
- i. Mejorar la comunicación y coordinación entre diferentes Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y asegurar así que la información crítica se comparta de manera rápida y eficiente.
- j. Analizar actividades en redes sociales para detectar amenazas potenciales, identificar movimientos de grupos delictivos o prever disturbios.

De manera que, con la sanción de este precepto, y de otras tantas figuras que han sido incorporadas al Anteproyecto de Código penal, quedaría cubierto, por un lado, el espacio de impunidad que implica la ausencia de un tipo de delito que abarque conductas actualmente no previstas y cuya previsión son necesarias y, por otro lado, facilitaría la labor de los jueces y fiscales por tener a mano la norma adecuada para castigar estos hechos y no tener que recurrir, forzosamente, a otras figuras “parecidas” ante la necesidad de cubrir un vacío punitivo evidente.

Estará en cabeza de los legisladores la responsabilidad de sancionar, en la oportunidad que les toque, el nuevo código penal que, como Comisión reformadora, propusimos para Argentina.

k. Detectar transacciones financieras sospechosas o comportamientos anómalos que podrían indicar actividades ilegales.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 6: Régimen disciplinario

**El plazo de “caducidad
- perención” como
especificación legal
del “plazo razonable”
en los procedimientos
disciplinarios**

María José Rodríguez

El plazo de “caducidad - perención” como especificación legal del “plazo razonable” en los procedimientos disciplinarios

Por María José Rodríguez¹

1. LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA (INTERNA)

La función administrativa se endereza teleológicamente a realizar de un modo directo e inmediato el bien común o interés general² que se suele denominar “interés

1. Abogada (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad del Museo Social Argentino (grado) y en la Universidad Nacional de La Matanza y Universidad Austral (MDA; posgrado). Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, Universidad de Lorraine (Metz - Sarreguemines, Francia). Autora y coautora de libros y artículos varios sobre derecho administrativo. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

2. Las expresiones “interés general”, “interés público”, “bienestar general” suelen ser usadas de modo intercambiable con la noción de “bien común” perfilada por la filosofía clásica. De nuestra parte, preferimos esta última como concepto que trasunta una profunda axiología y teleología, frente a las tres primeras. En efecto, la noción de interés público parece reflejar un concepto más cuantitativo que cualitativo. Interés público significa desde la trazabilidad etimológica, *inter-esse* —estar entre—, “lo que importa a todos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público. Como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, 1989, Bs. As., p. 237), que se atribuye a una mayoría numérica. Por su parte, el sintagma “bienestar general” puede ser interpretado de un modo reduccionista que no refleje los órdenes de relación de la persona humana ni la jerarquía de sus fines existenciales, cuyo cumplimiento requiere de condiciones constitutivas del bien común que justifica la existencia del Estado y que configuran su causa final. Frente a estas nociones, el bien común se presenta como el conjunto de condiciones de toda índole (espirituales, religiosas, culturales, intelectuales, jurídicas, económicas, de seguridad, materiales etc.) que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales propios en libertad y bajo su propia responsabilidad.

Esta perspectiva incorpora al Estado y a su causa final dentro de la escala de valores y destierra la idea derivada del utilitarismo político de que el Estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos intereses. El Estado —como señala Messner— es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre. No es, como pretende el liberalismo, un simple servidor del individuo con sus intereses económicos, ni un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material, como sostiene el colectivismo. Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función

del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana (Messner, Johannes, *Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, ps. 857 y ss.).

En contraste con esta conceptualización clásica de bien común —ciertamente de cuño aristotélico - tomista— se ha definido el interés público “con pureza de método”, prescindiendo de todo contenido, como “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él, su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses e individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público*..., op. cit., ps. 249 a 250). Procede resaltar sin embargo que la colacionada noción “pura”

público primario”³.

Para concretar este fin requiere, entre otras prerrogativas, de la potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria puede ejercerse sobre los particulares administrados cuando estos incurren en ilícitos administrativos (infracciones, faltas). O bien, puede desplegarse en el seno interno de la organización administrativa cuando los funcionarios y empleados que se desempeñan en la Administración Pública no lo hacen según las normas aplicables que perfilan deberes y prohibiciones. En este caso se denomina *potestad sancionatoria disciplinaria interna*⁴.

La potestad sancionatoria disciplinaria que se despliega *ad intra* de la organización administrativa, tutela lo que se suele llamar en doctrina, el “interés público secundario”⁵.

Este interés público secundario consiste en el buen funcionamiento de la Administración; se trata, en definitiva, de asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa⁶.

debe ser rectamente inteligida en el pensamiento de este autor quien reconoce que el derecho, “siendo como es un objeto cultural, o de la cultura, con todo lo que ello significa, es pasible tanto de un conocimiento filosófico, como de un conocimiento científico, en el que se ubicaría la pretensa definición “pura” y “objetiva” (v. Escola, Héctor J., op. cit., ps. 3 a 5).

3. Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra Jurídica, 2022, ps. 43 y ss.

4. Ibidem, p. 27. Explican García de Enterría y Fernández que, en materia de organización administrativa, la Administración exhibe una potestad disciplinaria que ejerce sobre los agentes que están integrados en su organización; la administración para mantener la disciplina interna de su organización dispone de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual impone sanciones a sus agentes, normalmente vinculadas al régimen funcional de los sancionados. Esta potestad admite dos extensiones: a) los servicios públicos (escolares, presos, internados en instituciones sanitarias), y b) miembros de las profesiones tituladas, integrados en colegios profesionales (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 168).

5. Comadira, Fernando G., op. cit., p. 43.

6. Leemos en los considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas: “Que el conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley No. 25.164 y su reglamentación, aprobada por el Decreto N.º 1421/02, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.

Que el régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones”.

Es de remarcar la trascendencia de la potestad sancionatoria disciplinaria (interna) dirigida a los funcionarios y empleados públicos que integran la organización administrativa⁷, en tanto lastima la lógica que el Estado persiga el bien común con organizaciones que no funcionan o que escandalizan a través del incumplimiento de las reglas por sus propios integrantes.

1.1. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador...?

Cada uno de los denominados poderes del Estado (en puridad, se trata de las funciones del poder) desarrolla actividad administrativa para viabilizar el cumplimiento de sus incumbencias constitucionales propias (legislativa, ejecutiva y judicial en la clásica tipología tripartita), es decir, de un modo propedéutico a concretarlas.

De consiguiente, es razonable colegir que cada uno de los mencionados poderes, en el marco de la actividad administrativa que despliegan para concretar sus competencias constitucionales específicas o típicas, deben contar con potestades disciplinarias para restaurar el interés público eventualmente vulnerado en ese marco.

Desde esa atalaya, el ejercicio de esta potestad resulta del resorte de una competencia autónoma, propia de la función administrativa que despliega cada uno de los tres órganos que titularizan las funciones del poder de modo propedéutico a la concreción de su función constitucional específica.

Pero en la medida en que el ejercicio de esta potestad disciplinaria alberga la posibilidad de incidir sobre derechos de las personas, restringiéndolos, devienen en nuestro país, aplicables los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 75, 76 y 99, inc. 3, de la CN, bloque normativo máximo que impera que los derechos de las personas deben ser regulados por ley formal del congreso⁸.

7. Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, ps. 64 y ss. Sobre la trascendencia o proyección de este interés público secundario sobre el primario, v. también Ivanega, Miriam M., "Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial", ap. I, JURISPRUDENCIA ARGENTINA - Suplemento Derecho Administrativo - 2006 II. Id SAIJ: DACF070006.

8. La intervención del legislador resultará también imperativa si se adscribe a la idea de la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones o faltas, por aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución (v. García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, 2020, ps. 263 a 279).

De consiguiente, podemos concluir que no resulta contradictorio sostener que la potestad disciplinaria es inherente a la función administrativa⁹, pero que, al propio tiempo, en tanto esta recaerá ineludiblemente sobre derechos de las personas, toda regulación restrictiva de derechos reclamará el concurso de la intervención del Poder Legislativo¹⁰. Este podrá regular y establecer cauces y márgenes de actuación para el despliegue de la apuntada potestad sancionatoria pero nunca podrá aniquilarla o anularla porque resultaría afectado el principio de división de funciones del poder.

El sistema constitucional argentino perfilado por las normas traídas que reclama la existencia de ley formal del Congreso para la regulación de las restricciones a los derechos resulta más estricto y garantístico que algunas soluciones jurisprudenciales aportadas por la COIDH que admiten que las faltas disciplinarias puedan estar establecidas en normas que no tengan rango legal¹¹.

La aludida estrictez del sistema constitucional argentino al proteger las libertades que, como se dijo, resulta aún más garantística que la interpretación dada al art. 9 de la CADH por el tribunal interamericano, podría tornar superflua la consideración relativa a si los ilícitos y sanciones disciplinarias exhiben identidad ontológica con los ilícitos y sanciones penales¹². Ello en tanto la aplicación de las garantías constitucionales a la materia administrativa disciplinaria tanto como a la materia penal, así como a toda limitación de derechos, conduciría a un resultado similar.

9. Comadira, Fernando G., *Derecho administrativo disciplinario*, cit., p. 65. De nuestra parte, entendemos que sostener la apuntada inherencia no excluye su fundamento jurídico-positivo constitucional, su necesaria raigambre constitucional, en el Estado de Derecho actual.

10. Esta incidencia sobre los derechos de las personas se observa singularmente en los regímenes disciplinarios de las personas privadas de la libertad que se encuentran cumpliendo una pena. Ello, en tanto las sanciones que se aplican en este ámbito tienen reflejo en el denominado “régimen de progresividad del interno”. En tal sentido, pueden provocar graves perjuicios a este generando incluso, en ciertos casos, alteraciones considerables en la ejecución de la pena del interno. En efecto; existen sanciones disciplinarias que significan una nueva privación de libertad en el contexto de encierro como acontece con la sanción de aislamiento. En otros casos, las sanciones impuestas por infracciones de menor gravedad, impactan sobre el avance en los distintos períodos que implica el aludido régimen de progresividad o impiden el acceso a talleres de estudio o de trabajo, fundamentales para avanzar en el régimen de progresividad de la pena con la consiguiente obtención de beneficios liberatorios (v. Santamaria Pedro, “La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales”, Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo, en la Universidad Nacional de la Matanza, febrero de 2024, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178>).

11. V. Corte IDH, 7-9-2022, caso “Mina Cuero vs. Ecuador”, párrafo 105 y caso “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”, 3 de mayo de 2016, párr. 89 y 95.

12. Para Juan C. Cassagne, “...todos los intentos de distinguir las penas propiamente dichas (regidas por el Derecho penal) y las sanciones penales administrativas y dotar a estas de una sustancia propia han fracasado” (v. Cassagne, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2023, p. 207 y ss.).

1.2. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa

Un régimen de investigaciones administrativas implica la reglamentación tanto de la potestad disciplinaria de la Administración como del derecho de defensa de los agentes investigados.

En definitiva, un régimen de investigaciones constituye una suerte de bisagra entre la potestad sancionatoria disciplinaria (inherente a la Administración) y los derechos y garantías de los servidores públicos, cuya regulación resulta del resorte de la ley formal.

La debida preservación y el restablecimiento del interés público tanto primario como secundario eventualmente afectados dependerá del adecuado equilibrio¹³ que resulte de estos dos elementos.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS COMO ÁMBITOS SENSIBLES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA¹⁴

Resulta intuitivo y evidente por sí mismo que los procedimientos disciplinarios constituyen ámbitos especialmente sensibles —similares a los procedimientos penales y penitenciarios— para la dignidad humana, debido al “entorno de coacción inherente” que implican.

En efecto, la manifiesta potencialidad ablatoria de derechos propia a la naturaleza de los apuntados procedimientos exige una especial vigilancia y atención con el objeto

13. El equilibrio puede ser examinado por analogía con la virtud humana, como un “justo medio entre dos extremos viciosos” (Julio Conte-Grand, “Morfología del Ministerio Público. Entre la acción y el juicio: el equilibrio como clave de bóveda institucional. Con especial referencia al MPBA” en: Conte-Grand, Julio M. (Dir.), Rodríguez, María José (Coord.), *El Ministerio Público en clave de gobierno abierto*, CIJur, 2023, ps. 42 a 43, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Libro-GOBIERNO-ABIERTO%20v2.pdf>.

14. Así lo ha entendido la COIDH, que, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisas por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. COIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1-9- 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad —v. párr. 102—; v. en igual sentido, Res. PG. N° 1267/22 del 26 de octubre de 2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios).

de prevenir posibles lesiones o afectaciones de la dignidad¹⁵ que, como explicaremos *infra*, constituye un valor constitucional, un principio fundamental del derecho con fuerza imperativa y un derecho humano en sí, deviniendo una noción polisémica.

Ello requiere que el ordenamiento jurídico contemple garantías efectivas que aseguren la debida preservación tanto en el plano de la configuración normativa de las faltas y sanciones (principio de legalidad estricta —tipicidad o taxatividad y exigencia de ley formal— como en el plano del procedimiento administrativo y del proceso judicial (consagración del derecho de defensa, entre otras)¹⁶.

2.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75 inc. 22, CN

La dignidad de la persona humana es reconocida por la CADH en su art. 11 —y, por ende, por el art. 75, inc. 22, de la CN— que lleva como título “Protección de la Honra y de la Dignidad”. A tenor de la disposición, “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Refiere Busso, “*que la palabra ‘dignidad’ fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada —encargada de revisar los referidos a la ‘materia de protección’— a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el ‘principio general’: ‘Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad’*”, inclusión que fue aprobada”¹⁷ (lo resaltado no está en el original).

15. Tomamos la idea de la sensibilidad de estos ámbitos perquisitivos con respecto de la dignidad humana, de Daniel Herrera que con similar sentido se refiere a los ámbitos penales y penitenciarios (Herrera, Daniel A., “La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico”, en AA.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires, Pérez Cursi, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf>.

16. En tal sentido, la tarea jurídica que concreta el derecho administrativo sancionatorio permite distinguir dos momentos: la *legisferante*, en la que deben extremarse los esfuerzos para el perfeccionamiento de las herramientas técnicas en favor de la mayor taxatividad posible (que no excluye el recurso a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados); y la *aplicativa* de la norma legal sancionatoria, en la que deben extremarse los esfuerzos para que la interpretación realice “la justicia del caso”. Esta última, por cierto, lejos está de ser mecánica o automática, sino que exigirá siempre una singular *sindéresis*.

17. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, <http://orcid.org/0000-0002-3865-569X> (v. apartado III. Origen del artículo 11 de la CADH).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado la noción tanto como fundamento de derechos como de un derecho en sí mismo¹⁸.

La CSJN en diferentes fallos ha considerado a la dignidad de la persona humana como “un valor supremo en nuestro orden constitucional (...) que impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general”¹⁹.

Desde la doctrina administrativista, Cassagne, si bien considera a la dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos²⁰, no vacila en referir también específicamente al “principio” de dignidad²¹; expresa, en tal sentido, que: “El principio de dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.) y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (...) Su quebrantamiento implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte de la constitución...”²².

Para Comadira, la dignidad de la persona reclama que la Administración debe estar sometida al principio de “juridicidad”. Este alude no solo a la ley en sentido formal, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico: esto es, a los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los demás tratados con jerarquía superior a las leyes, a los reglamentos y a los precedentes administrativos en la medida en que esté comprometida la garantía de la igualdad y sean legítimos²³.

18. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho...”, op. cit. (v. Capítulo V. “Conclusiones”).

19. CSJN, 20/04/2010, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa No. 4733”, Fallos 333:405; cabe tener presente que la invocación de la dignidad del hombre le permitió a la Corte, en el caso “Sejean” (Fallos 308:2268), admitir el divorcio vincular cuando la legislación aún lo prohibía.

20. Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, ps. 90, 92 a 93.

21. Ello sin perjuicio de considerarla fuente central de todos los principios y derechos (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 90).

22. *Ibidem*, ps. 92 a 93.

23. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, ps. 37 y 99 a 100.

En similar dirección a las opiniones colacionadas, hemos destacado antes que: “...el principio de juridicidad se integra en la dogmática jurídica del derecho administrativo como un verdadero pilar de las restantes nociones, como un verdadero imperativo del principio de la dignidad de la persona humana que atiende a su dimensión social. Esta integración dogmática es de recibo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que luego de pasar revista al catálogo de derechos de la primera parte, en el artículo 32 manda interpretarlos conforme con las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”²⁴.

2. 2. La dignidad de la persona humana: la necesidad de recurrir a la filosofía para su conceptualización

Si bien la dignidad es de recibo tanto por la CADH (art. 11, también arts. 5° y 6°) y de consiguiente por nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), así como en numerosos otros tratados internacionales de derechos humanos, y afirmada constantemente por la doctrina, lo cierto es que no se encuentra en los mencionados dispositivos una definición respecto de su esencia.

Ello torna necesario recurrir a la filosofía en tanto disciplina que provee los conceptos fundamentales de las concepciones antropológicas que nutren al derecho²⁵.

Sobre la dignidad de la persona humana expresa Herrera que: “En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de dignidad humana. “Dignitas quiere decir la cualidad de

24. María José Rodríguez, “La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad” en: Rodríguez R. Libardo (Director), Rivero Ortega, Ricardo (Coordinador), Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, *El acto administrativo*, Colección de Derecho Administrativo Comparado, Editorial Temis, IIDA, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, Colombia, 2022, p. 34; v. sobre la profunda dimensión social del principio de juridicidad, María José Rodríguez en: Rodríguez, María José, “La estabilidad del acto administrativo frente la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria” disponible online en [CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. \(mpba.gov.ar\)](https://www.cijur.gov.ar/bitstream/handle/11336/171990/CONICET_Digital_Nro.fl24124c-9150-4f12-9fb0-5baaacac-127f_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y).

25. Sobre la subalternación de los saberes, v. Sanguinetti, Juan José, *La filosofía de la Ciencia según Santo Tomás*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona 1977, ps. 129 y ss.; también Di Marco, María Elisa, “El concepto de subalternación de las ciencias: Aportes para la delimitación interdisciplinar en Ciencias de la Educación” en *Actas del II Congreso Internacional Instituciones e interdisciplina: Alcances jurídicos, económicos y epistemológicos*, Editorial Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, disponible online en https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/171990/CONICET_Digital_Nro.fl24124c-9150-4f12-9fb0-5baaacac-127f_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y; Conte-Grand, Julio, “Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral” en: Lorenzetti, Ricardo Luis, Schötz, Gustavo Juan (Coordinadores), *Defensa del Consumidor*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 2003, p. 28; “Presupuestos epistemológicos” en: Sánchez Herrero, Andrés, Director, Sánchez Herrero, Pedro, Coordinador, *Tratado de Derecho civil y comercial*, Tomo I, Parte General, Conte-Grand, Julio, Sánchez Herrero, Pedro, Autores, La Ley, ps. 5 y ss.

‘dignus’. Esta palabra, deriva de la misma raíz ‘dec’ que encontramos en el verbo defectivo ‘deceat’ (‘es conveniente’, ‘merece’) y en el sustantivo ‘decor’ (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida”. En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre. En consecuencia, según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana”²⁶ (lo resaltado no está en el original).

Desde una perspectiva filosófica clásica, propia de nuestra tradición cultural y jurídica, la dignidad humana finca en el ser del hombre, en su naturaleza o esencia humana²⁷.

Boecio, citado por Herrera, definía a la persona humana como sustancia individual de naturaleza racional²⁸, lo cual implica que todo ser humano es persona. Se ha corregido esta definición acotando que más que sustancia, persona es el sujeto que subsiste en el género de sustancia racional²⁹, es el titular de una sustancia de naturaleza racional³⁰.

Las personas son individuos que existen *per se* y tienen dominio de sus propios actos. Sus acciones no resultan simplemente de la naturaleza como, por ejemplo, un proceso digestivo. No solo actúan como las demás cosas, sino que obran por sí mismas. Son libres. En definitiva, para la filosofía clásica, persona es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza³¹.

La persona se define, en definitiva, por la dignidad de su naturaleza racional que le permite inteligir y comprender sus fines existenciales propios y dirigir su voluntad

26. Herrera, Daniel A., “La ley natural...”, op. cit., p. 29.

27. *Ibidem*, p. 30.

28. *In actu* o *in habitu*. “*In actu*” es la acción en sí misma, mientras que “*in habitu*” es la capacidad o disposición para realizar esa acción. El “hábito”, como disposición propia de la persona, de la especie humana, es la base para la aparición del “acto”.

29. *Ibidem*, p. 27.

30. *Ibidem*, p. 25.

31. *Ibidem*, p. 27.

hacia ellos, en libertad y bajo su propia responsabilidad³².

Para el cumplimiento de sus fines existenciales³³, la persona tiene derechos que, en pureza, son medios³⁴ para lograr aquellos. El derecho positivo reconoce estos derechos humanos como fundamentales.

Ahora bien, estos derechos pueden ser restringidos conforme las justas exigencias del Bien Común (art. 32, CADH) pero siempre sobre la base del respeto del principio de juridicidad, de lo contrario se verificaría, en el lenguaje de la CADH, “una injerencia ilegítima” (v. art 11).

Desde esta mirada es que cabe afirmar que en la medida en que toda actividad perquisitiva del Estado que se da en un procedimiento sancionatorio disciplinario puede vulnerar derechos por la virtualidad esencialmente ablativa que tiene la sanción —e incluso el *iter* previo a ella³⁵—, el principio de dignidad humana que impera la preservación de los derechos con fundamento en los fines existenciales de la persona y de su dignidad debe regir con especial vigor a lo largo de todas las etapas de estos procedimientos disciplinarios y debe estar asegurado y garantizado por cierto, por los textos normativos que los perfilan³⁶.

32. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 35 a 36.

33. *Ibidem*, ps. 39 a 45.

34. V. Palumbo, Carmelo E., *Guía para un estudio sistemático de la Doctrina Social de la Iglesia*, Cies, Editorial, 2.º edición, actualizada hasta *Centesimus Annus*, 1991, p. 110. Sobre los derechos y deberes fundamentales de la persona humana, v. Juan XXIII, *Pacem in Terris*, encíclica colacionada por Palumbo en op. cit., p. 111 y ss.

35. Sobre el “entorno de ‘coacción inherente’ que rodea a un interrogatorio” y su virtualidad para afectar la dignidad humana, v. María José Rodríguez en: Rodríguez, María José: “La potencialidad autoincriminadora de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible online en: https://youtu.be/a22bVcx4_QE?t=2400. Es de resaltar que la CIDH, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. CIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1º septiembre de 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad —v. párr. 102—; v. en igual sentido, Res. PG N° 1267/22 del 26-10-2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Prov. de Buenos Aires).

36. María José Rodríguez en Rodríguez, María José, “Los procedimientos sancionatorios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona”, conferencia vertida en: XXV Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral “Derecho administrativo, Interés Público y Persona”, 17 de octubre de 2022, disponible online en: <https://youtu.be/YJVSg0dcE2c?t=1594>.

2.3. El principio de juridicidad, corolario de la dignidad de la persona humana y como expresión de la nomocracia griega

Ya Platón y Aristóteles se preguntaban qué era más conveniente, si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes³⁷. Y ambos, el Platón último de *Las Leyes* y Aristóteles a lo largo de su *corpus* doctrinario optaron por el gobierno de las leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba Aristóteles que la ley es “razón sin apetito”³⁸.

En la hipótesis del gobierno de los hombres, si estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óptica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Porque las leyes no tienen pasiones.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraíza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona.

Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona.

3. EL SUMARIO Y LA IMPERATIVIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD CONSAGRADO LEGALMENTE

Es conocida la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación relativa a la inconstitucionalidad del plazo de caducidad establecido en el art.

37. Sobre el aporte de estos dos grandes filósofos al denominado “Rule of law” (Estado de Derecho), v. Lalanne, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles”, en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295 a 310, disponible en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962>; ver en similar sentido, Daniel Herrera en Herrera, Daniel, “La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en el Estado Constitucional de Derecho”, conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por el MPBA (CIJur) y la UNNE, los días 9,10 y 11 noviembre de 2022, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15081>.

38. Lalanne, Julio E., op. cit., p. 310.

38 de la Ley Marco del Empleo Público (LMEP). Ello en tanto el aludido artículo, en tanto establece un plazo de 6 meses cuyo *dies a quo* inicia con la comisión de la falta, deviene exiguo y puede frustrar la adecuada preservación del interés público implicado en la investigación disciplinaria³⁹. Similar crítica se formula desde la doctrina especializada⁴⁰.

Reza el mencionado art. 38 LMEP:

“Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada.” (lo resaltado no está en el original).

Desde la afirmación de la inconstitucionalidad de la norma, se ha interpretado que el aludido plazo no es perentorio sino ordenatorio⁴¹, que debe ser inteligido desde la perspectiva del plazo razonable y que, por cierto y fundamentalmente, debe considerarse que inicia su cómputo (*dies a quo*) con la tramitación del sumario y no con la comisión de la falta.

Compartimos este valioso esfuerzo de interpretación *contra legem* por su evidente sentido racional y axiológico. Pero desde este punto de coincidencia nos apresuramos a afirmar que en el estado actual de evolución de la conciencia jurídica y de la vigencia de garantías consagradas por la Constitución convencionalizada, todo procedimiento sumarial debe contar con un plazo máximo razonable de caducidad fijado por la norma (ley) con carácter general. Ello, por evidentes razones de seguridad jurídica y de mínima ablatoriedad de derechos del sumariado, consecuencia de la aplicación del principio de razonabilidad que fulmina toda excesividad en la utilización de los medios represivos; con sustento en la dignidad de la persona y en la racionalidad intrínseca que debe informar a toda norma.

39. V. Dictámenes PTN 312:417 —entre muchos otros— cit. por Comadira Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Segunda edición actualizada y ampliada, Cathedra Juridica, Bs. As., 2024, p. 733.

40. V. Comadira, Fernando G., *Ibidem*, ps. 731 y ss.

41. *Ibidem*, p. 740.

Pero también —bajado el análisis a un plano jurídico-técnico— como consecuencia de la necesaria articulación del principio de oficialidad⁴² —sustentado en el interés público implicado en todo procedimiento perquisitivo—, con el instituto de la caducidad - perención, tal como *infra* nos explyaremos.

3.1. Las diferentes clases de caducidad y la caducidad-perención

Sánchez Povis y Valverde Encarnación advierten sobre la carencia en derecho administrativo de un concepto unitario de caducidad y abrazan la postura que distingue en el aludido ámbito, tres manifestaciones del instituto, a saber, la caducidad- carga, la caducidad- sanción y la caducidad- perención⁴³.

Según explican, la caducidad-carga está referida al tipo de caducidad que opera en los supuestos en los que el particular tiene un plazo corto para el ejercicio de un derecho en beneficio propio. En el caso de que el aludido derecho no sea ejercitado en dicho plazo, operará la caducidad y, por tanto, perderá dicho derecho. La doctrina ha señalado que en este tipo de caducidad el administrado tiene una suerte de “carga” para poder acogerse a un beneficio determinado⁴⁴.

La caducidad-sanción, en cambio, es el decaimiento de un derecho por el no cumplimiento de una carga a la que este estaba sujeto. Tal como expresan los autores seguidos en este tema, este tipo de caducidad opera para poner fin a los efectos de un título habilitante por incumplimiento de las obligaciones que asumió el administrado con la obtención del mismo. Esta figura se utiliza cuando se detectan incumplimientos de las condiciones, obligaciones o términos en los que fue concedido el título habilitante. En ese sentido, debe entenderse este tipo de caducidad como la extinción de ciertas situaciones activas que están acompañadas de la necesidad de cumplir con determinados deberes, cargas o modalidades,

42. Sostiene Comadira que el principio de oficialidad incluye los subprincipios de instrucción e impulsión de oficio (Comadira, Fernando G., op. cit. (segunda edición), ps. 331 y ss.).

43. Sánchez Povis, Lucio, Valverde Encarnación, Gianpierre, “La caducidad del procedimiento administrativo sancionador en el TUO LPAG. Estudio introductorio para su caracterización en el ordenamiento peruano” *Revista De Derecho Administrativo*, N.º 17, 2019, ps. 81 y ss., disponible online en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22166>. Esta clasificación de la caducidad se encuentra también en Palomino Quispe, Oswaldo Rafael, “El plazo del procedimiento de fiscalización en el ordenamiento jurídico tributario. Problemática y propuestas”, Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Tributación y Política Fiscal, Universidad de Lima, Perú, septiembre de 2022, p. 41, disponible online en T018_07633666_M Trabajo con turnitin - Oswaldo Rafael Palomino Quispe.pdf.

44. Sánchez Povis, Lucio, Valverde Encarnación, Gianpierre, op. cit., ps. 81 a 82.

los cuales, al no ser observados por el titular del título, originan la caducidad del mismo⁴⁵.

Finalmente, la caducidad - perención supone la terminación anormal (extinción) de un procedimiento administrativo por ausencia de actividad, Esta inactividad puede ser imputable al interesado —en el caso de los procedimientos iniciados a iniciativa de parte— o bien, a la Administración Pública - en el caso de procedimientos iniciados de oficio⁴⁶.

3.1.1. La singular articulación de la caducidad -perención con el procedimiento y sus efectos

Puntualizan Sánchez Pavis y Valverde Encarnación que el ámbito propio de la caducidad-perención es el del ámbito procedimental. Se aleja así esta tipología de la caducidad de la clásica caducidad construida a partir del Derecho civil, y de la caducidad-carga y la caducidad-sanción, propuestas desde el Derecho administrativo.

Refieren que, en el ámbito civil, producida la caducidad, se extingue el derecho y la acción de los sujetos, mientras que los efectos de la caducidad-perención extinguen tanto el procedimiento administrativo iniciado de oficio como el iniciado a instancia de parte. Enfatizan así que la caducidad-perención opera para poner fin a un procedimiento administrativo por demora o inercia en su tramitación, tiene efectos en el procedimiento administrativo, con independencia de este se haya iniciado a instancia de parte o de oficio, cuando el mismo se extiende, en su trámite, por un plazo mayor al dispuesto por la ley, sin haberse logrado resolver y notificar el acto o decisión administrativa correspondiente. La naturaleza de la caducidad perención es, por tanto, procedimental. El efecto que produce se limita a ponerle fin al procedimiento administrativo por la inactividad del administrado (procedimientos iniciados de parte) o de la Administración (procedimientos iniciados de oficio).

Resaltan con respecto a la caducidad-perención de los procedimientos iniciados a pedido de parte, que el transcurso del tiempo no es condición suficiente para que el procedimiento finalmente caduque. Dado que estamos ante un procedimiento en el cual un administrado ha depositado su interés para la obtención de una declaración

45. Ídem.

46. Ibidem, ps. 83 a 84.

por parte de la Administración, es también necesario demostrar la pasividad del administrado interesado⁴⁷.

Pero advierten que una situación diferente es la que se produce en los procedimientos administrativos iniciados de oficio, en los cuales la caducidad se aplica por el simple transcurso del tiempo. Esta caducidad se convierte en un instrumento de control de la inactividad de la Administración y una respuesta del derecho para dar por concluidos –mediante caducidad– procedimientos en los que la inercia o lentitud del actuar administrativo se contradicen con la atención que la búsqueda o protección del interés público debería recibir, sobre todo, en este tipo de procedimientos. Esto opera en el caso de los procedimientos sancionadores, donde la caducidad hace perecer el procedimiento a causa del vencimiento de un plazo legalmente establecido sin que se haya resuelto y notificado tal decisión, ya sea para dictar la responsabilidad del imputado o para absolverlo⁴⁸.

Es así como en el ámbito administrativo sancionador, la caducidad perención se puede definir como una institución que exhorta a la Administración a no tardarse injustificadamente en resolver aquellos procedimientos administrativos sancionadores en virtud de que los sujetos imputados se encuentran en una situación desfavorable que la Administración no debe alargar más allá de lo razonable⁴⁹.

Los autores colacionados sistematizan en el instituto de la caducidad-perención un conjunto de elementos que construyen su aplicación, a saber: un elemento subjetivo (quién declara la caducidad), un elemento objetivo (el transcurso del tiempo) y un elemento formal (el instrumento normativo que admite la caducidad).

En cuanto al elemento subjetivo enfatizan que la caducidad-perención es una categoría jurídica de carácter público que solo puede ser dictada de oficio. Es decir, únicamente la Administración Pública tiene la competencia para declarar la caducidad de una situación o relación administrativa y provocar su extinción. Si bien los administrados cuentan con la facultad de solicitar a la Administración que emita un pronunciamiento que declare la caducidad, no cuentan con habilitación legal que les inste a declarar

47. Ídem.

48. Ídem.

49. Ídem.

si una situación ha caducado o no como consecuencia indefectible del transcurso del tiempo. Esta potestad solo es titularizada por la Administración Pública. Con esto, desde luego, no desconocen el carácter declarativo de la resolución que declara la caducidad ni la posibilidad de que el administrado se acoja al mismo con anterioridad a la declaración como tal por parte de la Administración⁵⁰.

El tiempo es el elemento objetivo que suscita la configuración de la caducidad-perención. Al cumplirse el plazo máximo establecido en la legislación administrativa, operará la caducidad, convirtiendo una situación de hecho en una de derecho *ope legis*. Así, el carácter automático de la caducidad queda garantizado, en primer lugar, por su vinculación a un dato cierto y objetivo del plazo máximo que la Administración dispone para emitir un pronunciamiento. Finalmente, en lo relativo al elemento formal, la caducidad debe encontrarse regulada en una ley. El régimen jurídico de la caducidad debe estar regulado por una norma con rango de ley a efectos de evitar cualquier distorsión por parte de la Administración Pública y asegurar, de ese modo, una real y eficaz garantía para los administrados⁵¹.

Por tanto, conforme a lo antes desarrollado, la perención, como manifestación de la caducidad en el Derecho administrativo, comporta una figura de conclusión del procedimiento administrativo –ya sea iniciado por un particular o de oficio– que tiene lugar debido al retraso, inercia o abandono por parte del interesado que lo inició o de la autoridad administrativa que lo incoó, constituyendo en este caso un verdadero límite a sus prerrogativas y una garantía para los particulares⁵².

La perención no supone la pérdida de un derecho o facultad por el transcurso del tiempo, sino la terminación anormal de un cauce adjetivo. Como tal, luego de producida la caducidad-perención de un procedimiento, nada obsta a que un nuevo procedimiento, con el mismo objeto, sea iniciado siempre que no hubiese operado la prescripción del derecho que se reclama o de aquello que se persigue⁵³.

50. Ídem.

51. Ídem.

52. Ibidem, p. 85.

53. Ídem.

3.1.2. La necesaria imperatividad de la caducidad – perención en los procedimientos que implican “entornos de coacción inherente”

Es interesante destacar que la LNPA solo ha regulado el supuesto de la caducidad perención solo para los casos iniciados a iniciativa de parte (art. 1.º bis, k, LNPA⁵⁴). Pero esta regulación general no excluye el recurso al instituto de la caducidad – perención por parte de los procedimientos especiales, tal como lo ha establecido, el art. 38 LMEP, si bien con observable técnica en lo tocante al *dies a quo* que fija y a la exigüidad del plazo.

En el marco de los procedimientos ablatorios, iniciados por la propia Administración con fundamento en el interés público, sea primario o secundario, que implican en acto o en potencia, una restricción de derechos o una amenaza a su libre ejercicio, la caducidad –perención deviene un imperativo, que encuentra fundamento en la necesidad de preservar la dignidad de la persona humana.

En efecto; la exigencia legal en estos procedimientos del instituto de marras resulta un límite al ejercicio de la prerrogativa, que concretiza el necesario equilibrio propio del régimen exorbitante entre garantías y prerrogativas.

Porque se trata de procedimientos cuyo talante tiene una potencialidad manifiestamente ablatoria o amputatoria de derechos; esta se presenta tanto en el contexto de procedimientos perquisitivos como los disciplinarios, como en el ámbito fiscal, como ocurre con el caso del procedimiento de determinación tributaria de oficio, o en los procedimientos meramente fiscalizadores que pueden preceder al mencionado procedimiento de determinación de oficio (v. en particular, arts. 36 sin número y 17 de la Ley N.º 11.683 y modificatorias, de Argentina, respectivamente)⁵⁵.

54. Reza el apartado en cita: “Caducidad de los procedimientos: transcurridos sesenta (60) días desde que un trámite se paralice por causa imputable al interesado debidamente comprobada, el órgano competente le notificará que, si transcurrieren otros treinta (30) días de inactividad, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente. Se exceptúan de la caducidad los trámites relativos a previsión social y los que la Administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público. Operada la caducidad, el interesado podrá, no obstante, ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas.”

55. También, *Carta de los derechos del contribuyente latinoamericano* cuyo art. 86 establece el “Derecho a las actuaciones se lleven a cabo sin dilaciones, requerimientos o esperas innecesarias, y a que los procedimientos se desarrollen en un plazo razonable. Todo procedimiento tributario debe tener fijado legalmente un plazo máximo de duración. En caso de incumplimiento debe preverse legalmente la caducidad del procedimiento”, cit. por Casás, José O., *Carta del derecho del contribuyente latinoamericano. Para el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, Ad-Hoc, Bs. As, julio, 2014, del derecho; Palomino Quispe, Oswaldo Rafael, “El plazo del procedimiento de fiscalización en el ordenamiento jurídico tributario. Problemática y propuestas”, Trabajo de investigación para optar el Grado

Finalmente no está de más reparar cómo instituciones del derecho privado extrapoladas al derecho administrativo —como la caducidad— exhiben modulaciones que ponen al descubierto la tensión dialéctica entre derechos subjetivos (respecto de los cuales las instituciones oriundas del derecho civil tienen origen) y prerrogativas de la Administración que se manifiestan en la apuntada contraposición, como virtuales “derechos de la Administración”, más allá de la impropiedad de considerar que la Administración o el Estado, puedan tener derechos.

Porque si los derechos son medios de la persona para cumplir con sus fines existenciales propios en libertad y responsabilidad, las prerrogativas resultan los instrumentos que el ordenamiento jurídico reconoce al Estado para la concreción de sus cometidos propios, en definitiva, el Bien Común.

3.2. La caducidad - perención, exigencia del principio de oficialidad y especificación legal de la garantía del plazo razonable como límite a la prerrogativa estatal disciplinaria

Hemos sostenido *supra* que la caducidad- perención constituye un límite y contrapeso a la prerrogativa estatal y que resulta correlato necesario del principio de oficialidad en sus dimensiones de instrucción e impulsión de oficio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha tempranamente concluido que la garantía del plazo razonable (contenida el art. 8 CADH) es plenamente aplicable a los procedimientos administrativos⁵⁶.

Y sobre la base de que no existe una pauta temporal indicativa de lo “razonable”, la Corte ha brindado como pautas para su determinación:

- a) La complejidad del asunto;
- b) La actividad procesal del interesado;

Académico de Maestro en Tributación y Política Fiscal, Universidad de Lima, Perú, septiembre de 2022, p. 11.

⁵⁶. CSJN, 26 de julio de 2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. 169/ 05 (Expte. 105666/86- SUM FIN 708”); v. en igual sentido, COIDH, 2/02/2001, in re “Baena, Ricardo” (párr. 129), 6/02/2001, “Ivcher Bronstein”, 19/09/2006, “Claude Reyes”, entre muchos otros; también Decreto N.º 456/2022, Considerando 12.

- c) La conducta de las autoridades judiciales;
- d) El análisis global del procedimiento.

Bajados estos parámetros al procedimiento disciplinario, y en atención tanto a los valores comprometidos en este como a las particularidades del procedimiento en cuestión, cabe propiciar como plazo legal razonable (máximo) que se ajusta a las referidas pautas, el plazo de un (1) año a contar desde el inicio actuaciones (y no desde la comisión de la falta o ilícito). Este plazo de caducidad - perención debe admitir la posibilidad de su suspensión por razones no imputables a la Administración o a quienes revistan la condición de sumariados⁵⁷, siendo esta posibilidad de suspensión, una modulación de la extrapolación de categorías propias del derecho privado al derecho administrativo⁵⁸. De modo excepcional, debería asimismo admitirse que el apuntado plazo de caducidad pudiera ser prorrogado por decisión de la máxima autoridad por un plazo adicional máximo de un año, no pudiendo exceder el procedimiento sumarial —excluyendo las suspensiones contempladas por la reglamentación— el plazo de dos (2) años aniversarios, al menos como criterio general⁵⁹.

En tanto la caducidad opera solo sobre el procedimiento, en la medida en que la eventual infracción o falta no hubiera prescripto, debería admitirse la apertura de un nuevo procedimiento, de modo excepcional y por única vez, tal como lo admite el procedimiento de determinación de oficio tributario (v. art. 17, 4.º párrafo, Ley N.º 11.683)⁶⁰.

Por último, debe tenerse presente que la fijación “legal” de un plazo máximo razonable para la tramitación de los sumarios disciplinarios, con los efectos propios de

57. V. las causales de suspensión que contempla la reglamentación del art. 38 LMREP para la tramitación del sumario disciplinario. V. también, sobre posibles causales de suspensión del plazo de caducidad, en materia tributaria, el art. 62 - A del Código Tributario de Perú.

58. Sánchez Pavis y Valverde Encarnación explican que, al consistir la caducidad en el transcurso inevitable de un lapso de tiempo, esta, como regla general, no se suspende ni interrumpe, salvo en supuestos excepcionales que cuidadosamente se aceptan en la doctrina. Se trata de casos referidos a circunstancias que se encuentran fuera del control de la Administración en los que resultaría injustificado permitir que el procedimiento caduque por una inactividad no imputable a ella. Estaríamos, entonces, ante supuestos de prejudicialidad penal, requerimiento de dictámenes o informes de otros órganos administrativos; v. también, el régimen de sanciones por conductas anti-competitivas regulado en el Decreto Legislativo N.º 1034, incorporado por el Decreto Legislativo N.º 1396, de Perú (Sánchez Pavis y Valverde Encarnación, op. cit., ps. 88 a 89).

59. Dicho criterio general admitiría excepciones puntuales como el supuesto de prejudicialidad penal.

60. V. en similar sentido, dentro del ordenamiento jurídico administrativo peruano, el art. 259 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27.444 - Ley del Procedimiento Administrativo General TUO LPAG), regulatorio de la caducidad.

la caducidad -perención, como especificación legal del plazo razonable, es absolutamente necesaria y es el único arbitrio que posibilita un límite efectivo y cierto a la prerrogativa. Ello toda vez que, si la especificación de este plazo razonable en el caso concreto dependiera de la exclusiva consideración de la autoridad administrativa, la propia indeterminación del plazo conspiraría contra la garantía en juego en detrimento asimismo de la seguridad jurídica y del principio de celeridad⁶¹. Y, por cierto, en detrimento de la dignidad de la persona humana. Se trata, en definitiva, como decía Platón, del gobierno de las leyes y no de los hombres. Porque las leyes no tienen pasiones.

61. Sobre la exigencia de consagración legal del plazo de caducidad, expresa Palomino Quispe: “La aplicación de la garantía constitucional y convencional del plazo razonable no debe limitarse al aspecto jurisdiccional o como regla interpretativa por los que integran el procedimiento, sea la Administración Tributaria, Tribunal fiscal o el contribuyente, esta también se debe extender al legislador, quien al hacer un juicio de ponderación y definir un plazo procedimental, lo haga enmarcado en esta garantía del plazo razonable. Cuando el legislador establece un plazo legal, está indicando en su opinión que la administración tributaria debe tomar ese tiempo para definir la situación jurídica del contribuyente. En ese sentido, la potestad del estado de aplicar el “Ius Imperium” no puede considerar lapsos de tiempo ilimitados o indeterminados al establecer o desarrollar plazos procedimentales en la ley, lo cual debe ser inadmisibles en un Estado de Derecho” (Palomino Quispe, Oswaldo R., op. cit., p. 5).



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 6: Régimen disciplinario

Prescripción de la acción disciplinaria: propuestas para una posible regulación

Fernando Gabriel Comadira

Prescripción de la acción disciplinaria: propuestas para una posible regulación

El impacto de una tesis crítica al régimen de la Ley Marco de Empleo Público

Nacional y su recepción en el procedimiento disciplinario del Ministerio Público

Fiscal bonaerense

Por Fernando Gabriel Comadira¹

“La exclusión de la prescripción compromete la ‘libertad integral’ del ciudadano, e incluso el propio ‘derecho a la vida’”.

Comadira, Julio Rodolfo²

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Una de las notas características e inherentes a la forma de Gobierno Republi-

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina; Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral con medalla de oro al mejor promedio y medalla por mejor tesis de Dogmática Jurídica. Doctor “Magna Cume Laude” en Derecho por la Universidad Austral. Diplomado en Contrato Administrativo de Obra Pública por la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Docente en grado (Universidad Austral, Católica Argentina y Museo Social Argentino) y posgrado, incluyendo maestrías, especializaciones y diplomaturas en: Universidad Austral; Universidad Católica Argentina; Universidad del Museo Social Argentino; Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional del Nordeste, Universidad Nacional de la Matanza y Universidad Nacional de Tucumán; Universidad Católica de Salta; Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras).

Profesor en las materias acto administrativo; procedimiento administrativo, organización administrativa; contratos administrativos, responsabilidad disciplinaria, derecho constitucional profundizado, control judicial de la administración pública y empleo público, entre otras.

Director de la primera “Diplomatura en Derecho Administrativo Disciplinario” que se dicta a nivel nacional en la República Argentina.

Es autor de los libros “La acción de lesividad”, “Derecho Administrativo Disciplinario” y “Los Reglamentos”; de numerosas publicaciones relacionadas con el Derecho Administrativo y expositor en congresos nacionales e internacionales de la materia.

Sus obras han sido citadas tanto por la Procuración del Tesoro de la Nación como por los máximos Tribunales provinciales y el fuero Contencioso Administrativo Federal.

En el ámbito profesional ha sido convocado como consultor legal experto en derecho administrativo en diversas reparticiones del Estado y ejerce la profesión en forma independiente en el estudio Comadira Abogados.

2. COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en AAVV. *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 575, reproducido luego en *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, p. 562 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 2, p. 1062.

cano es la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

En tal sentido, apuntaba el padre de la Constitución Argentina, como suele llamarse a Alberdi, una de las características y principios inherentes al sistema republicano de Gobierno es “la responsabilidad de los mandatarios ante el país que les ha confiado la gestión de su libertad o poder soberano”³, lo que se perfila como un “rasgo esencial del gobierno libre”⁴.

Es que, en definitiva, de nada serviría sostener que el Estado debe actuar conforme al principio de *juridicidad*⁵ si, al mismo tiempo, no se hiciera efectiva una de las notas que caracterizan a la forma republicana de gobierno adoptada por la Argentina⁶: la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.

De allí que, cuando el interés público por el que debe velar el Estado se ve conculcado, los funcionarios públicos, desde el más modesto empleado hasta los que invisten las más altas funciones⁷, deben asumir las responsabilidades que les correspondan.

3. ALBERDI, Juan Bautista, *Estudios políticos. Obras selectas*, Novena Edición ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería La Facultad de Juan Roldán, 1920, Tomo XVII, p. 201/202.

4. ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XXVI, nota N° 173.

González Calderón, por su parte, señaló que un “principio sustancial de la forma republicana es el de la responsabilidad de todos los funcionarios públicos ante sus comitentes, los electores, y ante la Nación. Donde haya un poder de gobierno, cualquiera sea el departamento de que se trate, debe haber una responsabilidad” (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, 6° edición revisada y actualizada por Ernesto J. Miqueo Ferrero, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 34).

Gelli, a su turno, sostuvo que “la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos es un principio cardinal de la república democrática, del Estado constitucional, que se ha expandido en virtud de los compromisos regionales e internacionales asumidos por el país, del Estado convencional de derecho” destacando, además, la necesidad de exigir “que el bien común no se convierta en mal común” (GELLI, María A., “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LL 2014-E, 659)

5. Como habrá advertido el lector, hemos utilizado el término “principio de juridicidad” y no de “legalidad”, ello así toda vez que esta última expresión podría generar la idea de que la Administración Pública está sometida exclusivamente a la ley en sentido formal, cuando, en rigor, como sostenía COMADIRA, debe someterse a todo el ordenamiento jurídico, abarca los principios generales del derecho –entre los que están, como menciona expresamente, aquellos que derivan de la dignidad de la persona humana y la naturaleza objetiva de las cosas–, la Constitución nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los demás tratados con jerarquía superior a las leyes, a los reglamentos y a los precedentes administrativos en la medida en que esté comprometida la garantía de la igualdad y sean legítimos (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 493).

6. En tal sentido, sostenía el profesor Comadira que “el principio de juridicidad, al que nos hemos referido antes, no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en derecho administrativo o, en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado y de los funcionarios no operaran como garantía de la juridicidad” (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor J.; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. 2, p. 1562).

7. EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, Tomo I, p. 151.

1.2. Habitualmente la responsabilidad de los funcionarios públicos se suele clasificar en: a) responsabilidad penal, b) responsabilidad civil, c) responsabilidad patrimonial, d) responsabilidad política y, e) responsabilidad disciplinaria⁸.

En el ámbito de la responsabilidad disciplinaria⁹, que es a la que nos referiremos a lo largo de esta investigación, el instituto de la prescripción se presenta como una de las tantas cuestiones de trascendental importancia para el derecho administrativo disciplinario, lo que se advierte con claridad ante las divergencias interpretativas que, independientemente de la regulación actual que existe sobre la cuestión, se han visto reflejadas no solo en los diversos asesoramientos jurídicos de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, la “PTN”) sino, también, en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

1.3. Con el fin de comprender con claridad en qué consiste la cuestión que será abordada en este trabajo, utilizaremos un ejemplo abstracto que, en rigor, bien podría suceder en la práctica. Imaginemos el siguiente supuesto:

- en el año 2013, la PTN llama a concurso público para cubrir cincuenta (50) vacantes de abogados de planta permanente y alrededor de cien (100) personas se presentan con todos los papeles exigidos para concursar (título de abogado, antecedentes penales, etc.);

8.La primera de aquellas, es decir, la *responsabilidad penal*, se da cuando el *funcionario* incurre en una conducta u omisión que encuadra típicamente en alguna de las reprimidas por la norma de fondo (v.gr.: código penal). La *responsabilidad civil* es aquella que tiene lugar cuando el funcionario con su actuar, sus omisiones o hechos, produce un daño en el patrimonio de los administrados. La *responsabilidad patrimonial*, si bien al igual que la civil, se refiere a un daño patrimonial, comúnmente se la vincula con el daño generado al patrimonio del Estado, generándose un “perjuicio fiscal”. Por otra parte, la *responsabilidad política* se relaciona con el desempeño de aquellos funcionarios que ejercen funciones de alta jerarquía, es decir, cargos de altas magistraturas. Finalmente, y en relación con la *responsabilidad disciplinaria*, nos remitimos a lo que se dirá *infra*.

Algunos autores agregan, además, la “responsabilidad internacional” (LAGARDE, Fernando M., “Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa”, en AA.VV. *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p 715).

9.Por “responsabilidad disciplinaria” entendemos, como lo sostuvo el profesor Comadira, “el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración pública” (COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, cit., p. 590, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, cit., p. 562 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, t. 2, p. 1048.)

También adoptaron aquella definición, entre otros: CANDA, Fabián O., “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANECA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, buenos Aires, 2009, p. 1212/1213; LAGARDE, Fernando M., “Responsabilidad de los funcionarios públicos...”, cit., p. 711; BAGATTINI DE BLANCO, Verónica M., “El reglamento de investigaciones administrativas aprobado por el Decreto 456/2022. Aspectos generales y especial tratamiento de los instructores sumariantes designados excepcionalmente por el procurador del tesoro de la Nación”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo sancionador*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2023, t. 2, p. 595.

- luego de tramitado el procedimiento concursal, en *marzo de 2014*, la PTN dicta una Resolución en la que designa cincuenta (50) abogados, entre ellos, al Sr. Gómez;
- el Sr. Gómez comienza a trabajar como abogado de planta permanente hasta *marzo del año 2022*, año en el que, por motivos personales, presenta la renuncia;
- en *mayo del año 2024*, con motivo de una auditoría, la PTN advierte que el título presentado por el Sr. Gómez al momento de presentarse al concurso era apócrifo y, en consecuencia, ordena la instrucción de un sumario administrativo con el fin de deslindar las eventuales responsabilidades disciplinarias en orden al presunto título apócrifo presentado por el Sr. Gómez;
- dieciocho (18) meses después, en *noviembre del año 2025*, el instructor sumariante aconseja la sanción de exoneración¹⁰ y eleva las actuaciones a la autoridad competente para que resuelva la cuestión.

El ejemplo abstracto que acabamos de proponer nos pone frente a una gran cantidad de interrogantes no solo relacionadas con el derecho disciplinario sino, además, ante cuestiones estructurales de la teoría del acto administrativo:

¿Puede la Administración iniciar un sumario administrativo en aquellos supuestos en donde estuviere presuntamente involucrado un exagente de la Administración?
¿Es jurídicamente viable que un sumario administrativo demore dieciocho (18) meses en resolverse? ¿Podría la autoridad competente aplicar la sanción disciplinaria o debería declararse prescripta la acción?

¿Qué debería hacer la Administración frente al acto administrativo por el que se designó en planta permanente al Sr. Gómez? ¿Puede declarar y ejecutar por sí y ante sí la nulidad de aquel acto? Es decir, ¿puede la Administración extinguir, quitarle de manera definitiva el derecho conferido por el acto administrativo? De no ser eso fac-

¹⁰A nuestro modo de ver, la presentación de un título apócrifo debe ser sancionada con la sanción de exoneración. En tal sentido, creemos que los argumentos expuesto por la PTN en el Dictamen 293:108, en donde entendió que la adulteración de certificados por enfermedad es una causal que habilita a la autoridad competente a aplicar la sanción de exoneración, en tanto encuadra en el supuesto contemplado en el art. 33, inc. "b" de la Ley Marco de Régimen de Empleo Público N° 25.164 que alude a la "*falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública*", resultan de plena aplicación en supuestos como los planteados en el ejemplo. Es que, en definitiva, no cabe duda alguna de que la presentación de documentación apócrifa constituye una flagrante violación a los principios de honestidad, rectitud y buena fe que deben gobernar toda relación de Empleo Público y que están enunciados en la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188.

tible, ¿podría la Administración, mediante la denominada acción de lesividad, acudir doce (12) años después a un juez y solicitarle la declaración judicial de nulidad?

Aquellas son algunas de las tantas preguntas que, a partir del ejemplo abstracto, podrían efectuarse y que, como observaremos, a nuestro modo de ver, aun cuando la doctrina, la jurisprudencia y la PTN han realizado encomiables aportes para intentar responderlas, las reformas introducidas por la “Ley de Bases y Puntos de Partida para La Libertad de los Argentinos” (en adelante, “Ley de Bases”)¹¹ a la Ley Marco de Régimen de Empleo Público n.º 25.164 (en adelante, “LMREP”) no han logrado disiparlas.

Independientemente de todas aquellas cuestiones que serían por demás sumamente interesante analizar, el objeto de este trabajo se limitará al estudio de uno de los interrogantes formulados en relación con el derecho disciplinario, esto es, el que se vincula con la *prescripción de la acción disciplinaria*.

1.4. Ahora bien, para poder estar en condiciones de analizar correctamente la aplicación del instituto de la prescripción en el ámbito del derecho disciplinario y, en su caso, proponer ciertas pautas que, a nuestro juicio, podrían resultar razonables al menos de lege ferenda, será necesario efectuar algunas aclaraciones terminológicas, conceptuales y teleológicas que resultan fundamentales.

1.5. Asimismo, y teniendo en consideración que el *derecho administrativo sancionador* es un género que contiene como especie tanto al *derecho administrativo sancionatorio disciplinario (interno o doméstico)* como al *derecho administrativo sancionatorio externo*¹², conviene dejar aclarado, ya desde ahora, que en esta investigación nos referiremos exclusivamente a la *potestad sancionatoria disciplinaria*, razón por la cual no todas las conclusiones a las que arribemos serán necesariamente trasladables al ámbito de la *potestad sancionatoria externa*.

11.Sancionada el 27/06/2024 y publicada el 08/07/2024.

12.La cuestión puede ampliarse en nuestra obra: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Reimpresión de la Segunda edición actualizada, ampliada y reformada, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2025, Tomo I, p. 20/30.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

Como se dijo en forma previa a estudiar el instituto de la prescripción en el ámbito del derecho administrativo disciplinario, corresponde efectuar algunas precisiones que resultan de insoslayable valoración para estar en condiciones de efectuar una correcta interpretación y aplicación del instituto de la “prescripción” en el ámbito del derecho disciplinario pues, de lo contrario, se la podría llegar a examinar desde una perspectiva que la alejaría de la esencia jurídica-administrativa que se le debe asignar.

Cabe aclarar, a su vez, que la síntesis a la que debe someterse este trabajo nos lleva a limitarnos a la simple enunciación de aquellos aspectos y, por tanto, a remitir su estudio pormenorizado al análisis que hemos realizado en otra investigación.

2.1. La potestad disciplinaria como producto de la función administrativa¹³

2.1.1. Como habrá apreciado el lector, hemos hecho referencia al derecho administrativo disciplinario, pero, sin embargo, lo cierto es que existió un debate acerca de si aquella disciplina debía encuadrarse dentro del derecho administrativo y, por consiguiente, regulado por sus normas y principios, o, en su caso, si debe entenderse comprendido dentro del derecho penal.

La controversia acerca del encuadramiento de la potestad sancionatoria disciplinaria ocupó, y sigue ocupando, un gran espacio en los trabajos de los autores que se dedican a esta disciplina y, en las últimas décadas, pareciera haber exhibido un importante avance, pues lejos está hoy la doctrina de identificar, lisa y llanamente, el derecho disciplinario con el derecho penal, como lo hizo en su momento basada en la supuesta identificación de las infracciones penales y disciplinarias atribuida al Código prusiano de 1794.

2.1.2. Por nuestra parte, para abordar la cuestión y estar en condiciones de brindar una opinión fundada sobre el tema, es decir, si el derecho disciplinario debe encuadrarse dentro del derecho administrativo o del derecho penal, creemos necesario, en primer lugar, comprender si aquella –la potestad dis-

13.Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario...*, op. cit., Tomo I, p. 30/64.

ciplinaria– es producto de la función administrativa.

Ello así toda vez que, como bien lo ha señalado el profesor Julio Rodolfo Comadira, el derecho administrativo es “*la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta* (énfasis agregado)¹⁴.

Independientemente de los distintos criterios que se han esbozado para definir y delimitar la función administrativa, por nuestra parte antes de ahora, y siguiendo el criterio mixto por el profesor Comadira¹⁵ quien, en línea con las enseñanzas de Gordillo¹⁶ –aunque con algunos matices–, la hemos definido como: **la mayor parte de la actividad que cumple el Poder Ejecutivo** –quedando excluidos los actos institucionales y los regidos parcialmente por el derecho privado– (*elemento subjetivo*) **y, a su vez, parte de la que realiza el Poder Legislativo y el Poder Judicial** –en tanto no asuman la condición de función legislativa o jurisdiccional propiamente dicha– (*elemento residual*), **que, en aras a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público** (*elemento teleológico*), **y bajo un régimen jurídico exorbitante, tiene como resultado, el “acto administrativo”¹⁷ en sentido amplio o genérico.**

2.1.3. Pues bien, habiendo conceptualizado y delimitado cada una de las funciones jurídicas del Estado, podemos señalar que, desde nuestro punto de

¹⁴COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 6.

Al respecto, es dable señalar que, como bien señala el autor citado, el derecho administrativo puede ser visto desde una perspectiva jurídico-positiva (esto es, una porción del derecho positivo) o cognoscitiva (es decir, una rama de la ciencia jurídica).

En el primer supuesto, el derecho administrativo sería el conjunto de normas y de principios que regulan el ejercicio de la función administrativa del Estado y, en el segundo, correspondería entenderlo como se mencionó en el texto, es decir, como la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta.

Hemos adoptado la definición del derecho administrativo en su perspectiva cognoscitiva pues, en rigor, el primer contacto con aquel se realiza a través de la rama de la ciencia jurídica que investiga las normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa.

¹⁵COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura M. MONTI, La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo I, p. 1 y ss.

¹⁶GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Parte General*, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2010, Tomo 1, Cap. IX.

¹⁷En similar sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en COMADIRA, Julio Rodolfo (director), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 948; criterio luego ratificado en: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, Porrúa, México, 2006, p. 4/5 y, luego, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 4/5. También han adherido a la definición expuesta en el texto, entre otros: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 298, especialmente nota N° 54.

vista, y en línea con la mayoría de la doctrina¹⁸, la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, que se traduce en la aplicación de sanciones disciplinarias (penas), es producto de la denominada función administrativa y, por consiguiente, las normas que lo regulan deben incluirse dentro del derecho administrativo¹⁹.

Ello así toda vez que, en primer lugar, y como veremos en las páginas que siguen, el poder disciplinario integra la naturaleza o esencia misma de la organización administrativa.

Por otra parte, y teniendo en cuenta lo mencionado en las páginas que anteceden, cabe tener en cuenta, por un lado, que la potestad disciplinaria puede darse en *cualquier órgano del Estado* (elemento subjetivo y residual) en el que exista –o haya existido– una relación de empleo público²⁰ y, por otra parte, porque frente al incumplimiento de los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos y la violación de las conductas prohibidas, se busca asegurar, *en forma directa e inmediata* (elemento teleológico), el adecuado funcionamiento de la Administración pública.

Además, y a diferencia de lo que sucede con la función legislativa y judicial (que se llevan adelante mediante el procedimiento previsto por la Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes, y de acuerdo con el procedimiento establecido en los diferentes códigos, respectivamente), la forma en que se encauza el ejercicio de ese poder disciplinario del Estado tendiente a determinar si ha existido, o no, responsabilidad disciplinaria, es mediante un verdadero *procedimiento administrativo*.

18.Por todos: COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en AA.VV. *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 595, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 562 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1056. Ver lista de autores citados en: COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 60 y ss.

19.En tal sentido, cabe tener presente que, como dijimos antes, el derecho administrativo fue definido como “*la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta*” (énfasis agregado) (COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso...*, op. cit., Tomo 1, p. 6). Por ello, en definitiva, suele decirse que el derecho administrativo es, en líneas generales, el derecho de la *función administrativa* y su control judicial

20.Ello sin perjuicio, claro está, de que, en nuestra opinión, la potestad disciplinaria también pueda ser ejercida cuando la conducta reprochable le correspondiere a los denominados funcionarios políticos, al personal contratado, transitorio, planta de gabinete, etc. (ampliar en: COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 108 y ss.).

2.1.4. Finalmente, si bien la cuestión será abordada más adelante, aquí solo diremos, por un lado, que el *procedimiento administrativo*, que no es otra cosa más que el *cauce formal de la función administrativa*, es, en el caso del ejercicio del poder disciplinario, un *procedimiento administrativo especial* que recibe el nombre de *sumario administrativo*.

Por otra parte, si bien se ha demostrado que el derecho disciplinario, como especie del género derecho sancionatorio, es producto de la función administrativa y que, por consiguiente, las normas que lo regulan deben incluirse dentro del derecho administrativo, lo cierto es que, como veremos más adelante, ello no obsta a que determinados principios básicos del derecho penal se apliquen de manera relativizada en el ámbito de la represión disciplinaria de los funcionarios públicos, es decir, con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia de nuestra disciplina, lo que hará que aquellos se vean considerablemente matizados, tal como se verá en el punto n.º 2.4.

2.2. Fundamento, finalidad y bien jurídico tutelado de la responsabilidad disciplinaria²¹

2.2.1. En sexto lugar debe recordarse que el fundamento y fin de la responsabilidad disciplinaria es:

i) por un lado, el adecuado funcionamiento de la función administrativa —función jurídica por medio de la cual quien la ejerce busca satisfacer de manera directa e inmediata el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad—, lo que no solo se logra con su *función represiva*, sino, también, con su *finalidad preventiva*.

En efecto, la *función represiva* de la sanción disciplinaria opera como retribución jurídica a la ofensa inferida por el infractor a su deber de no violar los deberes y prohibiciones funcionales y, por su parte, la *finalidad preventiva* busca prevenir o evitar que los agentes incumplan sus deberes (o quebrante las prohibiciones), motivo por el cual no pueden considerarse ajenos a los fines de la sanción disciplinaria la prevención general, pues ella sin duda alguna afirma frente a todos los funcionarios

21.Ampliar en: COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario...*, op. cit., Tomo I, p. 111/116.

la seriedad de la amenaza normativa y, en especial, porque tiende a prevenir la repetición de las faltas por el infractor²².

ii) por otra parte, dar cuenta a la sociedad y al resto de la Administración el juicio que mereció la conducta de quienes le sirven o han servido para la consecución del interés público.

Ciertamente, el buen funcionamiento de la administración, medido en términos institucionales, es un juicio que podrá variar en función de los valores que inspiren la organización en un momento histórico determinado.

2.2.2. Por otra parte, debe tenerse presente que el bien jurídico tutelado por el derecho penal son “los derechos naturales y sociales de la persona”²³, su “libertad”²⁴ “la real vigencia (observancia) de los valores de la conciencia jurídica comunitaria que dan su fundamento más sólido al Estado y a la Sociedad”²⁵, la prevención o represión de la “delincuencia en tutela del orden social general”²⁶.

En otras palabras, el derecho penal, que castiga los delitos previstos en el Código Penal y las leyes especiales, tiene un cometido diferente al del derecho disciplinario, pues le interesa el castigo personal con el fin de hacer justicia en nombre de la

22.COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, op. cit., p. 590, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 563 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1049.

Entre quienes han señalado que la finalidad de las sanciones disciplinarias también es preventiva están: CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, EDA 2003-563, especialmente punto 4.1.; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, p. 411; REPETTO, Alfredo L., *Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario*, Tercera edición ampliada y actualizada, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 4; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración desde una perspectiva contractual”, en AA.VV. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2005, p. 266; ZINGARETTI, Gisela, “La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público”, RDLSS 2011-A, 819.

23.GOANE, René M., “Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público”, LL 2008-D, 683; MONTESI, Graciela, “Procedimiento disciplinario en la relación de empleo público”, en AA.VV. *Derecho Procesal Administrativo*, VÉLEZ FUNES, Ignacio M. –Director–, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, Tomo 1, p. 75 y ss., especialmente p. 81, entre otros.

24.DOCOBO, Jorge J., “La aplicación de principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario”, JA 1996-IV, 785.

25.COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, op. cit., p. 593, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 567 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1054.

26.CANDA, Fabián O., *Responsabilidad disciplinaria de los Funcionarios Políticos*, LexisNexis – AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2004, p. 77.

sociedad, de modo que la prevención y la ejemplaridad ocupan un lugar posterior²⁷.

2.2.3.- Aquellas diferencias fueron expuestas con meridiana claridad no solo en un clásico precedente del Tribunal Constitucional Alemán sino, además, recientemente por nuestro Máximo Tribunal de la Nación en el ejercicio de su superintendencia y también en el de la función jurisdiccional que le es propia, la PTN, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en adelante, “CNACAF”) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, “SCBA”).

En efecto, el Tribunal Constitucional de Alemania ha señalado que, “considerando los fines respectivos, el derecho penal es, aparte de la prevención general y especial, la retribución; la pena corresponde al valor jurídico lesionado por el delincuente y a la culpabilidad, mientras que la sanción disciplinaria es, según su carácter fundamental, medida de corrección y educación que pretende mantener un orden interno de la Administración; la pena criminal afecta al ciudadano en su esfera ordinaria –libertad y patrimonio–, la sanción disciplinaria en su ámbito de derechos y deberes especiales”²⁸.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”), en el ejercicio de la función judicial que le es propia, en reiteradas oportunidades sostuvo que “las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal”²⁹.

La CNACAF, a su vez, en diversos precedentes, y en línea con el criterio expuesto por nuestro Máximo Tribunal de la Nación, sostuvo que el procedimiento administrativo

27.SESÍN, Domingo J., *El derecho administrativo en reflexión*, Buenos Aires, Rap, 2011, p. 262.

28.Citado por: SESÍN, Domingo J., *El derecho administrativo en reflexión*, op. cit., p. 262.

29.CSJN, 21/03/2000, “Superintendencia de Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones Sociedad Anónima”, Fallos 323:574; CSJN, 13/08/1998, “Colegio de Escribanos de la Capital Federal s/ situación planteada con la matriculación de la escribana Laura Nedoch matrícula 4308”, Fallos 321:2086; CSJN, 09/12/1993, “Colegio de Escribanos s/ verificación de certificaciones de firmas de la escribana María del Carmen Díaz (regente del Registro Notarial N° 1225 de la Capital)”, Fallos 316:2787; CSJN, 06/06/1989, “Riccomi, Humberto Alfredo s/ art. 40 ley 22.140”, Fallos 312:779; CSJN, 18/02/1987, “Pereiro de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 M.A.S”, Fallos 310:316; CSJN, 29/11/1971, “Vázquez del Valle, Evaristo y otro”, Fallos 281:211; CSJN, 26/06/1963, “Trimarco, Alejandro Nicolás. Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/ Rodríguez Arias, Casiano J.”, Fallos 256:97, entre otros. También resulta interesante, en el sentido analizado, lo resuelto en: CSJN, 22/02/1983, “Gallero, Luis y otro c/ Administración General de Puertos”, Fallos 305:102; CSJN, 06/12/1961, “Finguerut, Eusebio c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas”, Fallos 251:343, entre muchos otros. Criterio que, además, fue expresamente recogido por la PTN en Dictámenes 318:517; 312:415; 293:205; 250:330, entre muchos otros).

disciplinario no importa el ejercicio de jurisdicción penal/criminal, razón por la cual no rigen los principios del derecho penal con igual rigor³⁰.

Sobre la cuestión, en un pronunciamiento cercano en el tiempo, nuestra CSJN, en el ejercicio de su superintendencia, apuntó que no existe escándalo jurídico en aquellos supuestos donde ha existido un sobreseimiento penal seguido de sanción disciplinaria, pues “se trata de ámbitos diferentes toda vez que el disciplinario –que no exige la descripción previa de la conducta prohibida– se caracteriza en principio por la existencia de una potestad jerárquica, y sus regulaciones están destinadas a tutelar bienes jurídicos distintos. En este sentido, este Alto Tribunal ha expresado que el derecho disciplinario no se rige por el principio penal constitucional consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional en la medida en que las sanciones de este tipo no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, particularmente porque se aplican a las personas que están en una relación –jerárquica o no– de sujeción y persiguen imponer la observancia de los deberes funcionales. Se trata, en suma, de jurisdicciones y procesos distintos, y no se advierte el peligro de caer en un escándalo jurídico a causa del pronunciamiento de sentencias contradictorias, en tanto cada una de ellas considera particularmente la reglamentación atacada en su motivación y efectos, lo que a la vez puede conducir eventualmente a resultados diversos”³¹.

Del mismo modo, la PTN recientemente ha precisado que “los sistemas penal sustantivo y administrativo disciplinario, responden a la protección de bienes jurídicos diferentes, el último no persigue la prevención o represión de la delincuencia, sino la protección del orden y la disciplina necesarios para el correcto ejercicio de las funciones administrativas, por lo que un acto puede ser irregular y por ello reprochable disciplinariamente y no constituir delito. Por dicha razón, esta Casa ha sostenido que

30. CNACAF, Sala IV, 24/11/2020, “Rosenfeld, Ana Mirta c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Ejercicio de la abogacía - Ley 23187 - Art 47”; CNACAF, Sala III, 02/02/2017, “Maritime Services Line Argentina S.A. c. DGA s/ código aduanero ley 22415 art 70”; CNACAF, Sala III, 31/10/2016, “Vanguard Logistics Service Latin América S.A. c. D.G.A. s/ código aduanero - ley 22415 - art. 70”; CNACAF, Sala IV, 17/06/2014, “S., A. F. c. BCRA - Resol 43/13(ex. 101006/05 Sum. Fin. 1198)”; CNACAF, Sala III, 20/05/2014, “Centauro S.A. c. AFIP-DGA s/ Código Aduanero - Ley 22415 - Art. 70”; CNACAF, Sala III, 29/06/2012, “Bustinduy Adrián c. EN M° Justicia Resol 22/2004 s/Proceso de conocimiento”; CNACAF, Sala III, 16/06/2004, “N., N. J. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”; CNACAF, Sala II, 12/09/2002, “Jadzinsky, Roberto v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”; CNACAF, Sala II, 18/04/2000, “Columbia Compañía Financiera S.A. y otros v. Banco Central de la República Argentina”; CNACAF, Sala II, 18/11/1998, “G., M. N. c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal”; CNACAF, Sala III, 15/08/1995, “De D., J. A. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, entre muchísimos otros.

31. Resolución N° 2346/2022 del 29/09/2022 recaída en el expediente N° 4546/2019 del Registro de la Administración General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

la Administración Pública Nacional se encuentra autorizada para ejercer independientemente sus facultades disciplinarias, por lo tanto, el sobreseimiento definitivo en sede penal, no obsta para que se valore la conducta en sede administrativa aplicándose las sanciones disciplinarias que correspondan, cuando se trata de hechos que el decisorio judicial no reputa inexistentes”³².

Por último, aquel también fue el criterio seguido en forma constante por la SCBA, donde expresamente ha señalado que “el pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento, en razón de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos amparados por uno y otro fuero y de las distintas finalidades de las responsabilidades disciplinaria y penal”³³.

2.2.4. De allí que, como estudiamos en otra ocasión, al tratarse de “órdenes jurídicos diversos” en los que las causas que justifican la sanción son diferentes, un mismo hecho o comportamiento del funcionario pueda generar la aplicación de dos o más especies de responsabilidades (ej.: administrativa y penal), pues al tutelar intereses jurídicos, valores y principios diversos³⁴, no se viola el principio del non bis in ídem³⁵.

2.3. La potestad disciplinaria como poder inherente a la función administrativa

2.3.1. En primer lugar, debe recordarse que la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, que se traduce en la aplicación de sanciones disciplinarias (penas), es producto de la denominada función administrativa y, por consiguiente, que las normas que lo regulan deben incluirse dentro del derecho administrativo, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante.

32.Dictámenes 320:734 y dictámenes allí citados.

33.SCBA, 31/08/2021, “González, Marta Noemí contra Municipalidad de General Paz. Demanda contencioso administrativa”; SCBA, 15/05/2019, “Rodríguez Mayoral, Enrique contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa”; SCBA, 31/10/2016, “Sehara, Héctor E. c/ Provincia de Buenos Aires (Policía) s/ Demanda contencioso administrativa”; SCBA, 31/08/2016, “Molle, Fabián Alejandro c/ Ministerio de Seguridad s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”; SCBA, 04/08/2016, “Galasso de Solari, Adriana Patricia c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa”; SCBA, 23/12/2013, “González, Adriana c/Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial) s/Demanda contencioso administrativa”, entre muchas otras.

34.MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Cuarta edición actualizada, 1º reimpre-
sión, Buenos Aires, 1998, Tomo III-B, p. 376.

35.COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 390 y ss.

2.3.2. La potestad disciplinaria es, además, como lo hemos señalado en otra ocasión³⁶ y en línea con lo señalado tanto por la doctrina nacional³⁷ y

36. COMADIRA, Fernando Gabriel, *Derecho Administrativo Disciplinario...*, op. cit., Tomo I, p. Capítulo III.

37. CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados públicos...”, op. cit. y, más recientemente, en CANDA, Fabián O., “La responsabilidad administrativa de los agentes públicos”, en TAWIL, Guido Santiago (Director), *Responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 1113 y ss., especialmente p. 1118; GOANE, René, “El poder disciplinario de la Administración Pública. (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1025; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Tomo III, p. 529; DAUD, María Gabriel, “El procedimiento administrativo disciplinario”, en Tawil, Guido Santiago (Director), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 529 y ss.; CABRAL, Pablo O. – SCHRENGER, Marcelo J., *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 593; SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, “La validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado”, en Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020-1, *Poder Ejecutivo*, p. 333 y ss.; VALLEJO, Marina A., “Régimen disciplinario del Servicio exterior de la nación: particularidades y desafíos”, *EDA* 2016:355; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias de la Administración...”, cit.; VILLARRUEL, María Susana, “El control judicial de las sanciones administrativas. Su modificación por el órgano judicial”, en AA.VV., *Derecho Administrativo austral*, N° 1, año 2008, p. 114/115, especialmente nota N° 15, postura luego ratificada en su trabajo “Las sanciones administrativas”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANECA, Miriam Mabel (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 75 y ss., especialmente nota N° 13; CASTELLI, Violeta, “¿Rige respecto del personal contratado el régimen disciplinario?”, en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2012, p. 251 y ss.; PASTRO DE PEIROTTI, Irma – ORTIZ DE GALLARDO, María Inés, “Poder disciplinario y función pública”, en AA.VV., *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2018, p. 421 y ss., especialmente p. 425; BAGATTINI DE BLANCO, Verónica M., “El reglamento de investigaciones administrativas...”, op. cit., p. 595; CORREA, José L., “Escribanos: potestad disciplinaria y prescripción en la provincia de Mendoza”, TR LALEY AR/DOC/66/2020; RODRÍGUEZ, María J., “Régimen y responsabilidad disciplinaria del funcionario público. Una mirada desde la consideración de los procedimientos disciplinarios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona humana”, en AA.VV., *Décimo Aniversario de la Ley N° 107-13, que regula los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo*, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (Coordinador), Librería Jurídica Internacional, 2024, p. 659 y ss. y, más recientemente, en RODRÍGUEZ, María J., “El plazo de ‘caducidad – perención’ como especificación legal del ‘plazo razonable’ en los procedimientos disciplinarios”, en *Informe en Derecho Administrativo. Semanario de noticias*, 24/06/ 2025, disponible online en <https://drive.google.com/file/d/1cBMiw2jrv9ZGM-2q1YuC3goWDSugQr9T/view>, última vez consultado el 14/07/2025, entre muchos otros.

Algunos autores, si bien entienden que la potestad disciplinaria es un poder inherente a la función de administrar y que, por tanto, puede ejercerse aún sin que una norma expresamente lo autorice, ello solo resulta predicable respecto de las sanciones “correctivas (v.gr.: apercibimiento, suspensión, etc.) y no con relación a las “segregativas, expulsivas o depurativas” (v.gr.: cesantía o exoneración), pues estas requieren hallarse previamente establecidas en una norma (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 419/420; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias...”, cit., p. 269/270). Otros, si bien no mencionan expresamente que se trata de un poder inherente, sostienen que “puede ejercerse aún en ausencia de norma que tipifique la conducta como falta o que especifique las sanciones correspondientes” (MONTESI, Graciela, “Procedimiento disciplinario...”, cit., p. 82).

En contra de sostener que la potestad disciplinaria es un poder inherente puede verse: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 388 y ss.

comparada³⁸, como por la PTN³⁹ y la CSJN⁴⁰, un poder inherente a la función administrativa. Es decir, un componente propio de la naturaleza o esencia de la organización en cuanto tal, indispensable para su subsistencia y ejercitable, aquel pareciera que, en principio, es ejercido en interés propio

En este punto, además, resulta insoslayable apuntar que si bien entendemos que la potestad disciplinaria es un poder inherente a la Administración, lo que implica que podría ser ejercida aun en ausencia de norma legal que tipifique la falta o contemple la sanción, lo cierto es que, como señalan incluso quienes adhieren a la idea de la inherencia, no debe soslayarse que: a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma no pueden imponerse más que ellas y, b) algunas sanciones, como la

38. Por todos puede verse en España: PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 5ª Edición, Dykinson, Madrid, 2020, p. 447 y, en México: DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El derecho disciplinario de la función pública*, INAP, México, 1999, p. 127.

En Uruguay, Rotondo ha señalado que en el poder disciplinario se configura “una supremacía especial que surge, expresa o implícitamente, del ordenamiento jurídico y encuentra su fundamento en la preservación de la organización administrativa. **Es inherente a esta como potestad conservativa**, en principio no innovativa, aunque pueda dar lugar a esta” (ROTONDO, Felipe, “Potestad disciplinaria de la Administración. Aspectos relativos al procedimiento”, en AA.VV., *Procedimiento administrativo disciplinario*, GUTIÉRREZ, Adrián A. – ROBAINA Raggio, Ignacio – Directores-, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2019, p. 143, énfasis agregado).

En Perú también ha considerado a la potestad disciplinaria como un poder inherente: PACORI CARI, José M., *Manual de derecho administrativo disciplinario y procedimiento administrativo sancionador*, Ubilex, Lima – Perú, 2023, p. 223 y JARA BAUTISTA, José L., *Derecho Administrativo Disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil*, Lex & Iuris, Lima – Perú, 2016, p. 158, entre otros. Más aún, aquel fue el criterio expuesto por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante, “SERVIR”), órgano encargado de liderar el Sistema Administrativo de Gestión de los Recursos Humanos y consolidar el servicio civil en los servidores civiles, oficinas de recursos humanos y entidades públicas de los tres niveles de gobierno. Para ello, el SERVIR se encarga de formular políticas nacionales, emitir opiniones técnicas vinculantes, dictar normas, supervisar su cumplimiento y resolver conflictos referidos a los recursos humanos del Estado. Pues bien, como se dijo, y en línea con lo sostenido en el texto, el SERVIR expresamente sostuvo que “la facultad sancionadora disciplinaria es propia o inherente de todo empleador, sea éste estatal o privado. Esa atribución es la que le permite al empleador corregir a sus trabajadores cuando incumplen sus obligaciones de trabajo” (Informe Técnico 591-2016-SERVIR/GPGSC del 18/04/2016, disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5692091/5054512-informe-tecnico-591-2016-servir-gpgsc.pdf?v=1705435802>, consultado por última vez el 14/07/2025).

3939. Dictámenes 328:24; 327:223; 325:360; 323:220; 303:117; 258:347; 243:620; 242:626; 199:175; 121:126, entre otros. En igual sentido se expidió recientemente la Dirección Nacional de Dictámenes de la PTN en el dictamen IF-2021-41242629-APN-DND-PTN del 10/05/2021 y, también, en el IF-2021-08911899-APN-DND-PTN del 01/02/2021.

40. CSJN, 20/06/1996, Tramite personal - denuncia - Aires Jorge Carlos s/ denuncia contra oficial notificador”, *Fallos* 319:1034; CSJN, 31/03/1987, “Krawiecki, Jorge C.”, *Fallos* 310:738; CSJN, 1964, “López Naguill, Ricardo y otro”, *Fallos* 258:92; CSJN, 16/10/1962, “Ávila Posse de Ferrer, Irma c/ Aerolíneas Argentinas Empresa del Estado”, *Fallos* 254:43; CSJN, 09/08/1961, “Vásquez, Alejandro J.”, *Fallos* 250:418, entre otros.

multa o el arresto, solo proceden si surgen de la ley formal⁴¹.

Como bien ha indicado el profesor COMADIRA, *“la determinación de las sanciones por vía legislativa asigna al poder disciplinario, en ese aspecto, carácter reglado, de modo que si la reglamentación legislativa es razonable al no comprometer las facultades propias de la Administración, el apartamiento del régimen sancionatorio configuraría un supuesto de arbitrariedad, y, en relación con las sanciones de multa y privación de la libertad, no parece, en verdad, dudoso, que en nuestro ordenamiento la afectación punitiva del patrimonio o de la libertad física integran la zona de reserva de la ley”*⁴².

Del mismo modo, sostenemos que la inherencia del poder inherente disciplinario también encontraría su límite en las denominadas sanciones segregativas, es decir, las que ponen fin al vínculo entre la Administración y el funcionario público, pues se compromete la garantía de estabilidad asegurada a los agentes estatales por el art. 14 de la Constitución Nacional⁴³.

2.3.3. Por lo demás, así como sostenemos que tanto la potestad disciplinaria constituye un poder inherente de la Administración Pública, no con menor énfasis afirmamos que el ejercicio de aquella potestad –sea que se la ejerza en forma expresa, implícita o inherente– debe, ineludiblemente, incorporar como exigencia insoslayable el respeto de los derechos e intereses individuales que eventualmente pudieran resultar afectados por el ejercicio de tal potestad, sea cual fuere la situación de revista del agente.

41. GOANE, René, “El poder disciplinario de la Administración Pública. (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)”, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1025 y ss. En igual sentido: COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, op. cit., p. 595/596, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 570 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1057.

En el derecho comparado se ha señalado que *“en el Derecho disciplinario, para que se aplique una sanción no es necesario que el hecho que lo motiva esté tipificado previamente en un orden normativo”* (CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo, “Teoría general de las sanciones administrativas”, en A.A.VV., *Potestad sancionadora de la Administración*, XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Guayaquil, Ecuador, 2018, Tomo 1, p. 42 y ss., especialmente p. 48).

42. COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, op. cit., p. 595/596, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 570 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, Tomo 2, p. 1057.

43. Ídem. Capítulo III.

Es que, en definitiva, como lo hemos señalado en otras oportunidades⁴⁴, el derecho de defensa, inherente a la persona humana, es una cuestión de orden público indisponible para las partes e insusceptible de renuncia: él se erige como un principio fundamental y esencial de todo procedimiento administrativo y judicial justo⁴⁵.

2.4. El procedimiento administrativo como cauce formal de la función administrativa: el procedimiento administrativo disciplinario como especie del género procedimiento administrativo. Algunas consecuencias

2.4.1. Como se vio en las páginas anteriores, mediante el ejercicio de la función administrativa se busca satisfacer de manera directa e inmediata el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

El interés público es, pues, la sangre que corre por las arterias la función administrativa, lo que supone, como elemento necesariamente constitutivo de su noción, la plena vigencia del principio de juridicidad.

2.4.2. El procedimiento administrativo, que no es otra cosa más que el cauce formal de la función administrativa⁴⁶, ha sido definido como “la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado”⁴⁷.

44. COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea-Rap, Buenos Aires, 2019, p. 200 y ss.; COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 103.

45. El derecho de defensa es, en términos de la Corte, “una de las más preciosas garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, 15/06/1982, “D’Ambra, Salvador Osvaldo c/ Nación Argentina. Cima S.C.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 304:849; CSJN, 30/12/1986, “Espiros, Nicolás Alejo”, Fallos 308:2650; CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259”, Fallos 327:3312, entre otros).

46. También señalan que el procedimiento administrativo es el cauce formal de la función administrativa, entre otros: COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1135; CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo 2, p. 4/6; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, 10ª Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 3/4; CANDA, Fabián O., “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de ‘tutela administrativa efectiva’. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, EDA 2015-732.

47. COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, op. cit., Tomo 2, p. 1135 y, también, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 124/125 y, posteriormente, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Admi-*

Además, el procedimiento administrativo posee un doble rol tuitivo: por un lado, de los derechos individuales y de la debida participación particular en la gestión administrativa y, por otro, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa⁴⁸.

2.4.3. Ahora bien, y tal como lo hemos señalado en otra investigación⁴⁹, el ejercicio del poder disciplinario se lleva a cabo mediante un procedimiento administrativo especial que recibe el nombre de sumario administrativo⁵⁰.

El sumario administrativo —y, en su caso, a la información sumaria— se inscribe, entonces, en la órbita del procedimiento administrativo, así lo ha entendido no solo la doctrina⁵¹ y la PTN⁵² sino, también, la jurisprudencia de la CSJN⁵³.

El *procedimiento administrativo sumarial* se caracteriza por constituir una secuencia, ordenada y metodológica de diversas etapas, cada una de las cuales tiene un contenido propio indispensable para arribar, en caso de corresponder, al reproche disciplinario con el fin de asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

El sumario administrativo está integrado por una serie de antecedentes y consecuencias armonizadamente articulados y que, luego de recorrer las diversas etapas que lo conforman, culmina con un acto administrativo por el que se dispondrá la exención o existencia de responsabilidad del o de los sumariados y, en su caso, la aplicación de la sanción disciplinaria que corresponda, sean correctivas, es decir, las que buscan la enmienda del sumariado (ej.: apercibimiento y suspensión) o se-

nistrativos..., op. cit., Tomo I, p. 3.

48.COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 320.

49.COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 215 y ss.

50.No obsta lo expuesto en el hecho de que existan situaciones normativamente previstas en las que la sustanciación de un sumario no es requerida, como serían aquellos supuestos de sanciones directas conocidas como “faltas objetivas”, “faltas de comprobación objetiva” o “de plano” (Ídem., Tomo 2, p. 337 y ss.).

51.DOCOBO, Jorge J., “Potestad disciplinaria de la Administración Pública”, JA 1970-243, sección doctrina, especialmente p. 247; ZAMBRANO, Pedro L., “Las potestades disciplinarias...”, cit., p. 272, entre muchos otros.

52.Dictámenes 321:327; 311:207; 307:428; 305:543; 305:454 bis; 304:35; 303:42; 301:347; 297:228; 295:206; 282:009; 273:393 y, más recientemente, en Dictámenes 315:402.

53.CSJN, 18/02/1987, “Pereiro de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 M.A.S”, Fallos 310:316; CSJN, 21/05/1996, “Perrone, Elba Clotilde c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva”, Fallos 319:844; CSJN, 23/06/1992, “Cassier, Miguel Ángel c/ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires s/ nulidad de acto administrativo”, Fallos 315:1336; CSJN, 06/05/1986, “Cugliandolo, Antonio José c/ Nación Argentina (Ministerio de Agricultura y Ganadería)”, Fallos 308:681, entre muchos otros.

gregativas —expulsivas o depurativas—, esto es, las que procuran la exclusión del responsable de los cuadros de la Administración (v.gr.: cesantía y exoneración)⁵⁴.

Es por ello que, en definitiva, hemos definido al sumario administrativo como “*la serie, secuencia o sucesión de actos orientada teleológicamente a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público que, en el caso, consiste en asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, investigando las posibles irregularidades en que podrían haber incurrido los agentes o ex agentes públicos y, así, dar cuenta a la sociedad y al resto de la Administración el juicio que mereció la conducta de quienes le sirven o han servido para la consecución de aquella finalidad, sea imponiéndoles una sanción o eximiéndolos de responsabilidad*”⁵⁵.

2.4.4.- Ahora bien, sostener que el sumario administrativo es un procedimiento administrativo y, además, uno especial, no es una cuestión abstracta desprovista de consecuencias prácticas, tal como en su momento lo hemos analizado en profundidad y a donde nos remitimos en honor a la brevedad pues su análisis excedería con holgura el objeto de este trabajo⁵⁶.

De todos modos, como fácilmente podrá advertir el lector, sostener que el procedimiento disciplinario es una *especie* del *género* procedimiento administrativo, permite sostener no solo que al sumario administrativo —y, en su caso, a la información sumaria— le resultarán de aplicación aquellas disposiciones que han sido calificadas como normas de “fondo” o “comunes” (v.gr.: acto administrativo, principios básicos del procedimiento y las reguladoras de la impugnación judicial de los actos administrativos) sino, además, que al ser una *especie* de un *género*, exista un tratamiento jurídico diferente en algunos aspectos normativos y procedimentales.

54. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 522/523; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 415.

Cabe destacar que las clases de sanciones variará de acuerdo con el ordenamiento jurídico pertinente pues, a simple título ejemplificativo, el art. 36 del Estatuto del Docente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ordenanza N° 40593 y sus modificatorias) prevé la amonestación, apercibimiento, suspensión, inhabilitación por un año, cesantía y exoneración.

En relación con el régimen nacional de empleo público y las diversidad de sanciones que pueden aplicarse a los funcionarios públicos, no resulta ocioso recordar que si bien la actual LMREP prevé como posibles sanciones el apercibimiento, la suspensión, la cesantía y la exoneración (art. 30), en el anterior Estatuto para el Personal Civil de la Nación aprobado por Decreto-Ley N° 6666/1957 se establecían las sanciones de apercibimiento, suspensión hasta un mes, postergación en el ascenso, retrogradación de categoría en el empleo, cesantía y exoneración (art. 34).

55. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 236.

56. Ídem., Tomo 1, Capítulo VII.

De allí que, en definitiva, en el sumario administrativo —y, en su caso, la información sumaria— rigen, aunque con arreglo a las particularidades específicas de aquel, no solo los *principios generales del procedimiento administrativo* (esto es, los enunciados en el art. 1º bis de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos n.º 19.549) sino, también, los *principios específicos del procedimiento administrativo disciplinario* (v.gr.: *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege*; debido proceso (*legale iudicium*); *non bis in ídem* (doblé jeopardy); razonabilidad; principio de inocencia (estado de inocencia); *reformatio in pejus*; personalidad de la sanción disciplinaria, entre otros)⁵⁷.

2.4.5. Independientemente de que el derecho disciplinario debe encuadrarse dentro del derecho administrativo, ello no obsta a que determinados principios básicos del derecho penal se apliquen de manera relativizada en el ámbito de la represión disciplinaria de los funcionarios públicos, es decir, con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia de nuestra disciplina, lo que hará que aquellos se vean considerablemente matizados, tal como lo sostuvimos en otra ocasión con base en lo señalado por la doctrina, la PTN y la jurisprudencia de la CNACAF y la CSJN⁵⁸.

3. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

3.1. Introducción

El instituto de la prescripción, como causal de extinción de la responsabilidad disciplinaria, resulta de incontestable relevancia en el ámbito del derecho administrativo disciplinario.

Al igual que lo ha denunciado Trayter⁵⁹ en España, a pesar de presentarse como una institución inexcusable e imprescindible, ha sido una de las más graves carencias históricas del derecho administrativo sancionador dado que, como veremos luego, durante muchos años las normas reguladoras de los procedimientos disciplinarios omitieron su regulación, lo que llevó a que se generen interesantes debates doctri-

⁵⁷Ídem., Tomo 1, Capítulo VIII y IX.

⁵⁸Ídem., Tomo 1, p. 358 y ss.

⁵⁹ TRAYTER, Juan M., *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 293.

narios y jurisprudenciales.

Previo a adentrarnos en el análisis del régimen jurídico actual de la “prescripción” en el marco de la LMREP tras las reformas introducidas por la Ley de Bases que, como veremos, difiere de la anterior regulación, corresponde señalar que la CSJN sostuvo, aunque refiriéndose a un sumario disciplinario sustanciado en el ámbito de la justicia nacional⁶⁰, que en ausencia de norma que establezca un plazo de prescripción, debía entenderse que las facultades disciplinarias y, en consecuencia, la aplicabilidad de las sanciones consecuentes, eran imprescriptibles⁶¹.

3.2. Aclaraciones previas relacionadas con la “caducidad” y la “prescripción”

3.2.1 Diferencia entre “caducidad” y “prescripción”

Ahora bien, y con base en el esquema propuesto al comienzo, a continuación, nos enfocarnos en algunas cuestiones que resultan de insoslayable valoración para estar en condiciones de efectuar una correcta interpretación y aplicación del instituto de la “caducidad” y la “prescripción” en el ámbito del derecho disciplinario pues, de lo contrario, se los podría llegar a examinar desde una perspectiva que los alejaría de la esencia jurídica-administrativa que se les debe asignar.

En primer lugar, resulta necesario distinguir ambos institutos, es decir, determinar qué debe entenderse por *caducidad* y qué por *prescripción*.

Lo propio de la caducidad es su índole perentoria, automática y fatal: se opera de pleno derecho y su efecto fundamental es la pérdida o extinción del derecho no ejercido⁶².

60. Cfr. Reglamento para la Justicia Nacional aprobado por Acordada del 17/12/1957.

61. CSJN, 18/03/1986, “Procurador Fiscal c/ Pedro Ricardo Olmo y/o Walter Kutschman”, Fallos 308:301. Aquel criterio había sido anteriormente aplicado por la Corte en materia de poder de policía, pues entendió que la omisión de disposiciones sobre la prescripción no se podía suplir con el auxilio de otras leyes, agregando también el argumento de que la prescripción en materia penal no procede de garantía constitucional alguna (CSJN, 14/08/1964, “Fernández, Julio Alberto. Rey Gorrez, Dora Raquel c / Dos Muñecos S.A.”, Fallos 259:231).

62. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, cit., t. I, p. 477. En igual sentido, y con cita del mencionado jurista: CNACAF, Sala V, 29/03/2011, “Pregal, Delia R. v. Estado Nacional - ANSeS”.

La caducidad que, en general, suele consistir en plazos breves⁶³, es un modo de extinción de ciertos derechos por falta de ejercicio durante un cierto tiempo⁶⁴ y, en tal sentido, el art. 2566 del CCCN establece que “la caducidad extingue el derecho no ejercido”.

La prescripción, por su parte, no reúne aquellas cualidades: de ordinario, los plazos son relativamente prolongados; el beneficiario puede no hacer uso de ella; no opera de pleno derecho y no produce la extinción definitiva del derecho, sino su subsistencia como obligación natural⁶⁵.

En efecto, una de las características principales de la prescripción es que el juez no puede declararla de oficio⁶⁶ y que, por tanto, es renunciable por las partes⁶⁷.

Ahora bien, una cuestión que resulta necesario también aclarar es aquella que se vincula con la *prescripción de la acción disciplinaria* y la *prescripción de la sanción disciplinaria (pena)*: la primera se refiere a los supuestos en los que la potestad para obtener el castigo de la falta no es ejercida dentro de un determinado plazo, motivo por el cual el transcurso del tiempo extingue el ejercicio de la persecución disciplinaria; la segunda, en cambio, extingue la posibilidad de aplicar, hacer efectiva, la sanción que no fue cumplida durante cierto lapso⁶⁸.

63.Ibidem. Ver también: LLAMBÍAS, Jorge, J. - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Undécima Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 531.

64.Ibidem.

65.Conforme surge del art. 2552 del CCCN, idéntico al art. 3964 del antiguo Código Civil de la Nación, “el juez no puede declarar de oficio la prescripción”. Así, Llambías ha señalado que la prescripción no opera sino a instancia del deudor que es el único arbitro de decidir si quiere acogerse a los beneficios que ella le confiere y que, por tanto, el juez no puede declararla de oficio (LLAMBÍAS, Jorge, J. - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...*, cit., p. 507).

66.Conforme surge del art. 2552 del CCCN, idéntico al art. 3964 del antiguo Código Civil de la Nación, “el juez no puede declarar de oficio la prescripción”. Así, Llambías ha señalado que la prescripción no opera sino a instancia del deudor que es el único arbitro de decidir si quiere acogerse a los beneficios que ella le confiere y que, por tanto, el juez no puede declararla de oficio (LLAMBÍAS, Jorge, J. - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...*, cit., p. 507).

67.Cfr. art. 2535 del CCCN. Enseña Llambías que la renuncia a la prescripción “significa que es viable la renuncia al derecho de oponer una prescripción ya cumplida que ha transformado la obligación civil en meramente natural: sería una liberalidad que realizaría el deudor desprendiéndose del derecho de alegar la prescripción” (LLAMBÍAS, Jorge, J. - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...*, cit., p. 529).

68. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 451, nota N° 1681; CABRAL, Pablo O. - SCHREGINGER, Marcelo J., *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 671; LEGUIZAMÓN, Gustavo S., *Sumario administrativo. El régimen disciplinario de la Administración Pública*, ConTexto, Resistencia, 2011, p. 113, entre muchos otros.

3.2.2. Los plazos previstos en la Ley Marco de Régimen de Empleo Público de la Nación n.º 25.164, ¿plazos de caducidad o de prescripción? Diferencias entre suspensión e interrupción

3.2.2.1. Conforme surge del art. 37 de la LMREP según las reformas introducidas por la Ley de Bases, “Los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, con las salvedades que determine la reglamentación, se computarán de la siguiente forma: a) Causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: un (1) año; b) Causales que dieran lugar a la cesantía: dos (2) años; c) Causales que dieran lugar a la exoneración: cuatro (4) años. En todos los casos, el plazo se contará a partir del momento de la comisión de la falta”.

Por otra parte, el art. 38 del citado cuerpo normativo, “por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y **establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada**” (énfasis agregado).

3.2.2.2. Al analizar las normas mencionadas, algunos autores han destacado que al momento de su redacción el legislador incurrió en errores de técnica legislativa, pues ambas entran en pugna entre sí.

En tal sentido, señala Canda que el art. 38 de la LMREP es claro no solo al establecer que el comienzo del cómputo del plazo allí previsto es el del momento de comisión de la falta sino, también, el plazo de duración: seis (6) meses.

De esa forma, el autor apunta que como la letra de la norma determina que el sumario deberá ser resuelto dentro de un plazo que no podrá exceder los seis meses, la Administración debería iniciar el procedimiento administrativo disciplinario, tramitarlo, concluirlo y aplicar la sanción.

Desde aquel punto de vista, señala Canda, “la exigüidad del plazo conspira contra toda posibilidad real de ejercicio del poder disciplinario. La práctica administrativa indica que muchas de las irregularidades cometidas por agentes estatales son detec-

tadas inclusive después de los seis meses de su comisión. Si se aprecia que dentro de ese plazo deberá ser aprehendida la falta, iniciado y tramitado el sumario y aplicada la sanción, no podrá sino concluirse que lo dispuesto por el art. 38 de la LMREP resulta inconstitucional por cercenar de modo irrazonable el poder disciplinario que asiste al Poder Ejecutivo Nacional, responsable último de la Administración del país (art. 99, inc. 1º, C.N.) y, consecuentemente, de su buen funcionamiento”⁶⁹.

Además, aunque refiriéndose al texto originario de la LMREP, pero cuyas conclusiones son plenamente aplicables al texto actualmente vigente, destacó que el art. 37 de la LMREP establece expresamente los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones, los que se computan desde la comisión de la falta y varían según su gravedad.

Al contrastar ambas normas, advierte que el plazo de prescripción para la aplicación de la cesantía y exoneración se regula de manera distinta en los arts. 37 y 38 de la LMREP, pues “mientras que en el primero se fijan plazos de uno y dos años, respectivamente, en el segundo se uniforma aquel en seis meses. **Todo esto me lleva a pensar que, en rigor, en el art. 38 se quiso establecer un plazo de caducidad del procedimiento, pero, erróneamente, se tomó como punto de partida del plazo la comisión de la falta, cuando se debió haber establecido el del inicio del procedimiento disciplinario**”⁷⁰ (la negrita nos pertenece).

3.2.2.3.- Por nuestra parte, y adhiriendo al criterio expuesto, creemos que una correcta interpretación de los arts. 37 y 38 de la LMREP llevaría a sostener que:

a) la orden de iniciar el sumario administrativo disciplinario —o, en su caso, la información sumaria— debe emitirse antes de los *plazos de prescripción* de la aplicación de la sanción prevista en el art. 37 de la LMREP (v.gr.: 1 año, 2 años o 4 años, según la sanción que la conducta mereciera);

⁶⁹.CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados públicos...”, cit. y, más recientemente, en CANDA, Fabián O., “La responsabilidad administrativa de los agentes públicos”, cit., p. 1137.

⁷⁰. Ibidem. En contra: SAID, José, “Investigaciones administrativas para la Administración Pública Nacional”, en AA. VV., *Legislación usual: derecho administrativo*, Cicero, Nidia —Directora—, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 3, p. 881 y ss.

b) aquellos *plazos de prescripción* se suspenden con la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de este⁷¹ (art. 37, RLMREP);

c) una vez iniciado el sumario administrativo, comienza a correr el *plazo de caducidad*⁷² del procedimiento que, por imperio del art. 38 de la LMREP, sería de seis meses para su tramitación y resolución.

3.2.2.4.- Finalmente, cabe hacer mención a una discusión que, antes de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA, generó un interesante debate doctrinario que, a su vez, se vio reflejado en la jurisprudencia administrativa de la PTN: la interrupción y suspensión de los plazos en el procedimiento administrativo.

En efecto, previo a las reformas efectuadas por la Ley de Bases, en los apartados 7° y 9° del inc. “c” del art. 1° de la LNPA se regulaba lo referente a la “interrupción” de plazos por interposición de recursos administrativos, y la “suspensión” operada por actuaciones administrativas practicadas ante órganos competentes.

Al analizar la cuestión, un sector de la doctrina⁷³ al igual que la postura tradicional de la PTN⁷⁴ entendían que en el derecho administrativo ambos términos debían considerarse sinónimos.

71. Sobre la cuestión, cabe tener presente que la PTN ha señalado en diversas oportunidades que el inicio del sumario suspende los plazos de prescripción que correspondan (Dictámenes 327:238; 317:250; 305:543; 293:261; 293:254; 293:205; 279:147; 267:145; 247:453; 243:620, entre muchos otros).

72. Si bien el análisis concreto sobre el plazo de caducidad excede el objeto de esta investigación, aquí solo diremos que antes de ahora hemos sostenido, en línea con lo apuntado tanto por la doctrina como para la PTN, aquel es inconstitucional y, por tanto, no le resulta oponible, motivo por el cual sostiene que dicho término es ordenatorio y no perentorio.

Aquella postura, como fuera expuesto en las páginas anteriores, es coherente con la doctrina del propio Máximo Órgano Asesor de la Nación según la cual ante una norma que vulnera la Constitución de la Nación la Administración debe declararla inconstitucional o abstenerse de aplicarla (ampliar en: COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 242 y ss.).

73. HALPERÍN, David A., “Los plazos en el procedimiento administrativo” en AAVV. *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido Santiago - Director -, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 266; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. El Procedimiento Administrativo*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2016, Tomo 4, Cap. XII-27; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Lecciones...*, ob. cit., p. 722 y ss.

74. Dictámenes 248:364; 210:355; 207:212; 178:96; 159:533; 156:64; 132:184, entre otros. De acuerdo con este criterio adoptado por la PTN, durante la vigencia de la LNPA previo a las reformas introducidas por la Ley de Bases, la concesión de un pedido de vista tiene la capacidad de interrumpir los plazos, tanto para recurrir como para que se produzca la caducidad del art. 25 (Dictámenes 268:69).

Por el contrario, otros autores sostenían⁷⁵, en criterio que habíamos compartido y finalmente adoptó la PTN⁷⁶, que existía una clara diferencia entre ambos institutos.

En efecto, mientras la **suspensión** consiste en la detención del tiempo útil para prescribir mientras dura la causa suspensiva (es decir, mientras actúa la causa que opera la suspensión, el lapso que transcurre es inútil para prescribir, pero en cuanto dicha causa cesa, el curso de prescripción se reanuda, sumándose al período transcurrido con anterioridad a la suspensión), la **interrupción** importa la inutilización del lapso transcurrido hasta ese momento (en otras palabras, acaecido un hecho interruptivo de la prescripción, se requerirá el transcurso de un nuevo período completo, sin poder acumular el tiempo anterior)⁷⁷.

Ahora bien, a partir de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LNPA es claro que el legislador ha seguido el último criterio mencionado, pues al suprimirse el art. 1° inc. “e” apart. 9° de la LNPA, con la nueva redacción del art. 1° bis, inc. “g”, apart. “vii”⁷⁸ y art. 1° bis, inc. “h”, apart. “i”⁷⁹, en la actualidad no puede sostenerse que no median diferencias entre interrupción y suspensión en el marco de dicha normativa⁸⁰.

75. COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., Tomo I, p. 95 y ss. CANDA, Fabián O., “La incidencia del procedimiento sobre el plazo de prescripción de la acción contencioso administrativa”, en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 103; HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos...*, op. cit., p. 46 y ss., entre otros.

76. Dictámenes 303:167. Según surge del criterio sentado por la PTN en el dictamen mencionado, “el artículo 76 del RLNPA el plazo no se interrumpe, y renace desde el inicio una vez finalizado el período de vista otorgado, sino que se suspende y se reanuda, contabilizando los días previos a su suspensión, tras el vencimiento del término de la concesión”.

77. LLAMBÍAS, Jorge, J. - BENEGAS, Patricio - SASSOT, Rafael, *Manual...*, op. cit., p. 515.

78. El art. 1° bis, inc. “g”, apart. “vii” establece que “(...) la solicitud de vista de las actuaciones producirá la suspensión de todos los plazos para presentar descargos, contestar vistas, citaciones, emplazamientos o requerimientos, interponer recursos o reclamos administrativos, o promover acciones o recursos judiciales, salvo los de prescripción, desde el momento en que se presente la solicitud, y se extenderá por todo el plazo fijado para tomar la vista, el cual en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días”.

79. El art. 1° bis, inc. “h”, apart. “i” establece que “(...) la interposición de reclamos o recursos administrativos interrumpirá el curso de todos los plazos legales y reglamentarios aplicables, inclusive los relativos a la caducidad y prescripción, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente. Los efectos interruptivos permanecerán hasta que adquieran firmeza en sede administrativa, según corresponda: (a) el acto administrativo que ponga fin a la cuestión; (b) el acto administrativo que declare la caducidad del procedimiento administrativo; o (c) el acto administrativo que haga lugar al pedido de desistimiento del procedimiento o del derecho”.

80. En igual sentido: BONEL TOZZI, Sofía L., “La vista en el procedimiento administrativo, a la luz de la ley 27.742”, RDA 2024-155, 220; PERRINO, Pablo E., “La reforma al régimen de la vista efectuada en el régimen nacional de procedimiento administrativo”, RDA 2024-156, 181, especialmente nota N° 19; GARCÍA MORITÁN, Patricio, “La vista de los expedientes administrativos y las modificaciones introducidas por la Ley de Bases”, en AA.VV. *Bases para la Libertad en el Proceso Argentino*, Tomo Amarillo, Regueira, Enrique A. -Editor-, ADD-UBA, Buenos Aires, 2025, p. 295 y ss.

3.2.2.5. Desde aquella perspectiva, entonces, y teniendo especialmente en cuenta los aspectos fundamentales y de insoslayable valoración que hemos efectuado en el punto n.º 2 de esta investigación, a continuación analizaremos en detalle la regulación del instituto de la *prescripción de la acción disciplinaria* en el marco del procedimiento administrativo disciplinario aplicable a los funcionarios que prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados— que estén regidos por la LMREP y la regulación prevista en el RIA.

Asimismo, esbozaremos algunas propuestas que, como se dijo al comienzo, consideramos que podrían ser razonables al menos de *lege ferenda*, y, eventualmente, tenerse en cuenta frente a una eventual reforma normativa, tal como sucedió con el reciente régimen de procedimiento disciplinario del Ministerio Público Fiscal bonaerense aprobado por Resolución n.º PG. 2099/2024 y vigente desde el 01/01/2025.

3.3. La regulación normativa de la prescripción: evolución y régimen jurídico actual

3.3.1. La cuestión en el anterior Estatuto para el Personal Civil de la Nación aprobado por Decreto-Ley n.º 6666/1957

En el ámbito del procedimiento administrativo disciplinario de los empleados que presten servicios en dependencias del Poder Ejecutivo nacional —y, en su caso, en los entes descentralizados—, el anterior Estatuto para el Personal Civil de la Nación aprobado por Decreto-Ley n.º 6666/1957 no contenía preceptos que dispusieran la prescripción de las sanciones disciplinarias.

3.3.2. La cuestión en la Ley n.º 22.140 del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública (RJBFP)

En 1980, al sancionarse la Ley n.º 22.140 del RJBFP, en el art. 38 de aquella normativa se estableció que “el personal no podrá ser sancionado después de haber transcurrido tres (3) años de cometida la falta que se le impute, con las salvedades que determine la reglamentación”.

Asimismo, en la reglamentación correspondiente, concretada en el Decreto n.º

1797/1980, se dispuso que “la prescripción se suspenderá: 1. Cuando se hubiere iniciado la información sumaria o el sumario, hasta la resolución de estos: 2. Cuando la falta haya implicado procesamiento por la posible comisión de un delito. En este caso el período de suspensión se extenderá hasta la resolución de la causa: 3. Cuando se trate de actos o hechos que lesionen el patrimonio del Estado: por el término de prescripción que fije la Ley de Contabilidad para cada caso”.

3.3.3. La cuestión en la Ley Marco de Régimen de Empleo Público de la Nación n.º 25.164 previo a las reformas introducidas por la Ley de Bases

Con anterioridad a las reformas introducidas por la Ley de Bases a la LMREP, el art. 37 establecía distintos plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, los que comenzaban a correr a partir del momento de la comisión de la falta⁸¹, se computan de la siguiente forma:

- (i) Causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: seis (6) meses,
- (ii) Causales que dieran lugar a la cesantía: un (1) año,
- (iii) Causales que dieran lugar a la exoneración: dos (2) años.

A su vez, el RLMREP que, en lo que aquí interesa, no sufrió modificaciones, establece que “los plazos de prescripción que correspondan, se suspenderán en los siguientes supuestos: I) Por la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de este⁸². II) En los supuestos de iniciación de sumarios por hechos que puedan configurar delitos, hasta la resolución de la causa penal. III) Con la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 35 del presente y hasta su finalización”.

⁸¹Independientemente de que así lo prevé el art. 38 de la LMREP, aquello ha sido reiteradamente recordado por la PTN (Dictámenes 313:492; 267:145; 240:274, entre otros).

De todos modos, y sin perjuicio de lo previsto en la citada cláusula legal, como veremos más adelante, a nuestro modo de ver resulta necesario incorporar al derecho administrativo disciplinario la clasificación de las faltas disciplinarias en instantáneas, continuas y permanentes. Por ello creemos que aquella cláusula legal debería ser modificada por una igual o similar a la siguiente: “En todos los casos, el plazo de prescripción se contará a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, en que cesó de cometerse”.

⁸² Sobre la cuestión, cabe tener presente que la PTN ha señalado en diversas oportunidades que el inicio del sumario suspende los plazos de prescripción que correspondan (Dictámenes 327:238; 317:250; 305:543; 293:261; 293:254; 293:205; 279:147; 267:145; 247:453; 243:620, entre muchos otros).

De ese modo se advierte, por un lado, que a diferencia del régimen anterior, esto es, el RJBFP, donde se establecía un único plazo cualquiera fuere la falta cometida, en la LMREP al término de prescripción dependerá de la clase de falta disciplinaria de que se trate y, por otra parte, que si bien el decreto reglamentario reiteró, sustancialmente, lo previsto en el Decreto n.º 1797/1980, agregó la causal derivada de los procedimientos establecidos para aquellos casos en los que no es necesaria la tramitación del sumario administrativo y modificó el efecto suspensivo del proceso penal, que no depende del procesamiento del agente, sino que tiene ese efecto por su sola tramitación⁸³.

Conforme surge de lo expuesto en los párrafos que anteceden, el precepto legal vigente hasta la sanción de la Ley de Bases establecía tres plazos diversos de prescripción: seis (6) meses para los hechos que pudieren dar lugar a apercibimiento o suspensión, un (1) año para los que pudieren ocasionar la cesantía y dos (2) años para los hechos que pudieren causar la exoneración.

La regulación normativa ha sido objeto de varias críticas, fundamentalmente, con base en la exigüidad de los plazos establecidos.

3.3.3.1.) La opinión crítica de la Procuración del Tesoro de la Nación

En primer lugar, cabe tener presente que en diversos asesoramientos jurídicos recientes la PTN precisó que *“ante la imposibilidad de determinar de antemano cuál podría ser la sanción disciplinaria que correspondiere aplicar, a los efectos de evaluar la procedencia de iniciar un sumario administrativo ha de tomarse en consideración al plazo más largo previsto normativamente, es decir, dos años”*⁸⁴.

Ahora bien, al referirse a los plazos de prescripción antes mencionados, esto es, seis (6) meses para los hechos que pudieren dar lugar a apercibimiento o suspensión, un (1) año para los que pudieren ocasionar la cesantía y dos (2) años para los hechos que pudieren causar la exoneración, el Máximo Órgano Asesor de la Nación señaló que *“el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el posible plazo*

83. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 515.

84. Dictámenes 327:238; 282:556; 243:620 y, más cercano en el tiempo, dictámenes 319:536. Dictámenes 317:250. En igual sentido se expidió recientemente la Dirección Nacional de Dictámenes de la PTN en el dictamen IF-2020-71549301-APN-DND-PTN del 22/10/2020.

para la prescripción de la acción disciplinaria, no sea tan reducido que ello implique el cercenamiento o la ‘sustancial aniquilación’ de la potestad disciplinaria, que es inherente al Poder Administrador, pues no se adecuaría al fin perseguido por el poder disciplinario que es el asegurar y mantener el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública” y que, por tanto, “de los plazos previstos en el artículo 37 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, solo el de dos años aparece como razonable, pues con un lapso menor, como el de seis meses –para las causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión–, o de un año –para las causales que dieran lugar a la cesantía–, se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria”⁸⁵ del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, la PTN, con base en la doctrina expuesta en asesoramientos anteriores⁸⁶, y teniendo en cuenta que, a su criterio, como se apuntó recién, “la exigüidad de los plazos de prescripción previstos para el ejercicio de la potestad disciplinaria por la reglamentación a la LMREP, resulta violatoria del principio de razonabilidad consagrado en nuestra Constitución Nacional (art. 28)”⁸⁷, sostuvo que “corresponde abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional”.

3.3.3.2. La opinión de la doctrina

Los plazos de prescripción previstos en el art. 37 de la LMREP también fueron criticados por un sector de la doctrina.

Así, por ejemplo, Canda ha señalado que “el término de un año para la aplicación de la cesantía sí impresiona, a mi entender, como exiguo, porque aquí la conducta irregular es grave, al punto de merecer la ruptura del vínculo de empleo”⁸⁸.

⁸⁵.Dictámenes 317:250 y, antes, en Dictámenes 243:620.

⁸⁶.La PTN originariamente entendía que el Poder Ejecutivo debía cumplir con la ley, aun en el caso de que aquella contrariara la Constitución Nacional (Dictámenes 64:100; 67:189; 70:118; 72:137; 156:450). Sin embargo, posteriormente, el Máximo Órgano Asesor cambió su postura y, por tanto, aceptó la posibilidad de que la Administración declarara la inconstitucionalidad de las normas cuando la ley fuera manifiestamente inconstitucional, hubiesen sentencias de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de la norma legal, la norma analizada resultase violatoria de facultades propias del Poder Ejecutivo, mediase una tendencia jurisprudencial emanada de tribunales inferiores contraria a la validez constitucional de la ley (ver, entre otros asesoramientos, los Dictámenes: 309:253; 251:339; 242:626; 186:140; 176:116; 159:83; 84:102, entre otros).

⁸⁷.Ver nota N° 85.

⁸⁸. CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados públicos...”, op. cit.

García Pullés, a su turno, precisó que “los plazos de prescripción tienen una exigüidad que compromete el pleno ejercicio del poder disciplinario”⁸⁹.

3.3.3.3. Nuestra visión crítica oportunamente expuesta: aproximación a la tesis propuesta

3.3.3.3.1. La necesaria aceptación y regulación de la “prescripción” en el derecho administrativo disciplinario. Remisión

En oportunidad de analizar el régimen de prescripción establecido en el texto original de la LMREP, es decir, con anterioridad a las reformas introducidas por la Ley de Bases, sostuvimos que el tiempo en el cual hubiere tenido lugar el hecho, acto u omisión que podría configurar una falta disciplinaria susceptible de ser subsumida en alguna de las figuras previstas en los arts. 33 a 35 de la LMREP resulta de trascendental importancia, pues según el régimen jurídico actual es a partir de aquel momento que comienzan a correr los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias⁹⁰.

Como allí señaláramos, para estar en condiciones de brindar nuestra opinión sobre el régimen entonces vigente era necesario, en primer lugar, señalar que si bien la CSJN, con base en la inveterada doctrina según la cual “las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal”⁹¹, sostuvo en el caso “Pereiro de Buodo” del año 1987⁹² que en el derecho administrativo disciplinario no tiene vigencia la ley penal más benigna y que,

89. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 516.

90. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 259 y ss.

91. CSJN, 21/03/2000, “Superintendencia de Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c/ Orígenes Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones Sociedad Anónima”, Fallos 323:574; CSJN, 13/08/1998, “Colegio de Escribanos de la Capital Federal s/ situación planteada con la matriculación de la escribana Laura Nedoch matrícula 4308”, Fallos 321:2086; CSJN, 09/12/1993, “Colegio de Escribanos s/ verificación de certificaciones de firmas de la escribana María del Carmen Díaz (regente del Registro Notarial N° 1225 de la Capital)”, Fallos 316:2787; CSJN, 06/06/1989, “Riccomi, Humberto Alfredo s/ art. 40 ley 22.140”, Fallos 312:779; CSJN, 18/02/1987, “Pereiro de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 M.A.S”, Fallos 310:316; CSJN, 29/11/1971, “Vázquez del Valle, Evaristo y otro”, Fallos 281:211; CSJN, 26/06/1963, “Trimarco, Alejandro Nicolás. Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/ Rodríguez Arias, Casiano J.”, Fallos 256:97, entre otros. También resulta interesante, en el sentido analizado, lo resuelto en: CSJN, 22/02/1983, “Gallero, Luis y otro c/ Administración General de Puertos”, Fallos 305:102; CSJN, “Finguerut, Eusebio c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas”, Fallos 251:343, entre muchos otros. Criterio que, además, fue expresamente recogido por la PTN en Dictámenes 318:517; 312:415; 293:205; 250:330, entre muchos otros).

92. CSJN, 18/02/1987, “Pereiro de Buodo, María Mercedes c/ resolución 948 M.A.S”, Fallos 310:316.

por tanto, se excluye en dicho ámbito la prescripción de la acción, lo cierto es que no podemos participar de aquella idea.

En efecto, si bien algunos autores habían defendido la imprescriptibilidad de la acción y de la sanción disciplinaria⁹³, por nuestra parte precisamos que, en línea con otro calificado sector de la doctrina y en criterio que aquí ratificamos, en un Estado Constitucional de Derecho nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera que sea el tiempo transcurrido, pueda ser sancionado o sometido a un procedimiento administrativo, con las graves consecuencias consiguientes⁹⁴.

De allí que, en definitiva, y con base en los argumentos que se expondrán en el punto n.º 3.4.1., sostuviéramos que debía estarse al reconocimiento pleno de la operatividad de la prescripción de la acción y sanción en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sea general o disciplinario⁹⁵.

3.3.3.3.2. La inconstitucionalidad de los plazos de prescripción previstos en la LMREP previo a las reformas introducidas por la Ley de Bases. Posición de la Administración Pública frente a la norma inconstitucional

3.3.3.3.2.1. Con base en ello, y en relación con los plazos previstos en el art. 37 del texto original de la LMREP para la prescripción de la aplicación de las sanciones, sostuvimos, en línea con lo sostenido por la PTN y los autores antes citados que, al menos en relación con las sanciones segregativas, es decir, las que ponen fin al vínculo entre la Administración y el funcionario público, tenían una exigüidad que cercenaba de manera irrazonable el poder disciplinario inherente al ejercicio de la función administrativa

Por otra parte, también apuntamos que aun cuando debía reconocerse que como las conductas susceptibles de ser sancionadas con apercibimiento y suspensión suponen actos, hechos u omisiones cuya magnitud y gravedad no permiten encua-

⁹³.Ver autores citados por: VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, Tomo III, p. 538 y ss.

⁹⁴. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 459.

⁹⁵. SAUX, Edgardo I., "De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el derecho administrativo disciplinario", LL 1980-B, 918; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "El derecho de defensa de los funcionarios y empleados de la Nación frente a actos sancionatorios", EDA 30/03/2023, Cita Digital: ED-IV-CXLVI-783, entre otros.

drarlas en las sanciones de cesantía o exoneración y que, por tanto, el agravio al buen funcionamiento de la Administración Pública es menor por lo que el plazo de prescripción también debería serlo, el plazo de seis meses también resultaba exiguo.

Nuestra experiencia nos indicaba —y lo sigue haciendo— que en muchas ocasiones los actos, hechos u omisiones que configuran las faltas disciplinarias —sean susceptibles de ser sancionadas con apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración— eran advertidos luego del plazo legalmente establecido para el ejercicio de la potestad disciplinaria, razón por la cual entendimos que los términos de prescripción deberían ser más elevados.

No se nos escapaba que el RLMREP preveía que el inicio *de la información sumaria*, al igual que la apertura del sumario, son causales de suspensión de los plazos de prescripción (cfr. art. 37, inc. “I”)⁹⁶, motivo por el cual, si la prescripción operó debido a la falta de instrucción de una falta ya conocida, ello ameritaría el inicio de un sumario administrativo con el fin de investigar los hechos y deslindar las responsabilidades que pudieran corresponder por la incuria administrativa.

3.3.3.3.2.2. En ese orden de ideas, antes de ahora hemos compartido⁹⁷ la postura de aquellos autores que, aunque con matices⁹⁸, sostienen que frente a

96. Así lo ha recordado la PTN en Dictámenes 327:238; 317:250; 305:543; 293:261; 293:254; 293:205; 279:147; 267:145, 247:453; 243:620, entre otros.

97. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 248 y ss.

98. Ver: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Quinta edición actualizada, 1º reimpresión, Buenos Aires, 2000, Tomo I p. 430/431; QUIROGA LAVIÉ, Humberto – BENEDETTI, Miguel Ángel – CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 560; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “Principios y alcances del control constitucional” en AA.VV., *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 339/346; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 240; COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, REDA N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 172 y ss.; BIDEGAIN, Carlos María, “El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro”, en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*, p. 34; ÁLVAREZ, Fernando D., “La cuestión del control de constitucionalidad por la Administración pública”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam M., *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 20/21; CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, LL 2012-D, 1340; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, op. cit., p. 3 y ss.; VILLARRUEL, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 415/421; SOLA, Juan V., *Control de Constitucionalidad*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2002, p. 238/241; ALLAUD, Ana Paula, “El control de convencionalidad en el dictamen jurídico previo”, RDA 2022-142, 6, entre otros.

En contra de aquella posibilidad puede verse, entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 1, p. VII-16, nota 41 (no obstante la actual postura del autor citado, es dable destacar que en un comienzo aquel se pronunciaba a favor del apartamiento por parte del Poder Ejecutivo de la ley inconstitucional si aquella incompatibilidad estaba razona-

una ley inconstitucional que vulnera la Constitución Nacional el Poder Ejecutivo podría y debería inaplicarla por inconstitucional o inconvencional

Aquel criterio es, por cierto, el que actualmente sostiene la PTN⁹⁹ y que, recientemente, ha ratificado en Dictámenes 331:110 del 24/10/2024.

Más aún, coincidimos con quienes han señalado que la facultad de inaplicar una norma por inconstitucional o inconvencional constituiría una potestad inherente del Poder Ejecutivo¹⁰⁰.

Es que si tenemos en consideración, por un lado, que la finalidad inmediata de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa es, como vimos, la consecución de directa e inmediata del interés público comprometido en la vigencia irrestricta de la juridicidad y, por otra parte, que la Constitución Nacional establece que esta es superior a todas las leyes (art. 31), siendo obligación del Presidente de la Nación observarla y hacerla observar (art. 93), resulta más que razonable que, ante una norma que conculca la Constitución, el Poder Ejecutivo la *inaplique* por inconstitucional o inconvencional.

Si el Poder Judicial es quien tiene reservado para sí ejercer el control de constitucionalidad en “última instancia”¹⁰¹, no encontramos razones suficientes para privar de aquel control a instancias anteriores, como ser, en el caso, la administrativa, entendiendo, claro está, que la revisión final de esa decisión la tendrá el Poder Judicial¹⁰².

blemente demostrada (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2009, 10ª edición, t. I, p. VII-14/15, en especial nota 39); LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 142; GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 6ª edición ampliada y actualizada, La ley, Buenos Aires, 2022, tomo 2, p. 480 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, Jorge, “La jefatura administrativa del presidente de la Nación”, en PÉREZ GUILHOU y otros, *Atribuciones del presidente argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 233; SORIA, Daniel F., “Las vías administrativas previas en el contencioso federal”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 836; RENNELLA, María Paula, “Facultades del Poder Ejecutivo ante una ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro”, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 45; entre muchos otros.

99. Ver lo señalado en la nota N° 86.

100. COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 20.

101. CSJN, 08/11/1967, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta”, Fallos 269:243, especialmente considerando N° 6 donde expresamente se dijo que “...el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo...”.

102. Al respecto, cabe señalar que el Poder Ejecutivo no sería el único órgano estatal que, además del Poder Judicial, podría ejercer un control de constitucionalidad de las normas. Como bien han señalado Castro Videla, Alfonso Santiago y Veramendi, pareciera ser que el Poder Legislativo también ejercería aquel control cuando, por ejemplo, en el marco de la Ley N° 26.122 a la que nos referiremos más adelan-

Parecería poco prudente pretender que el Poder Ejecutivo sea un simple aparato de ejecución automática de las normas y, por ello, sostenemos que ante una norma inconstitucional o inconveniente, el poder administrador está jurídicamente legitimado y obligado a *inaplicarla*, toda vez que, en definitiva, con ello no se hace más que cumplir con la Constitución Nacional y con los derechos y garantías que de allí emergen.

En otras palabras, si la función administrativa consiste en la satisfacción directa e inmediata del interés público, y este supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico (v.gr.: juridicidad), es claro que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de inaplicar una ley inconstitucional pues, de lo contrario, estaría yendo en contra de su propia finalidad que, insistimos, consiste en la consecución directa e inmediata del interés público o bien común.

Destacamos y enfatizamos el término *inaplicar* pues, como veremos luego, actualmente la jurisprudencia de la CSJN y la mayoría de la doctrina admite, en criterio que compartimos, aunque con ciertos matices, que en determinadas ocasiones la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos *erga omnes*, en nuestra opinión aquella inconstitucionalidad con efectos generales solo puede provenir del Poder Judicial.

De allí que, entonces, utilicemos la expresión “inaplicar” en lugar de “declarar”, pues debe quedar en claro que la abstención de aplicar o ejecutar la ley solo tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes* o derogatorios¹⁰³.

te, se expide sobre la validez de un reglamento delegado, de necesidad y urgencia o un decreto de promulgación parcial de leyes. Es que, como señalan aquellos autores, “corresponde afirmar que tal como ha quedado diseñado por esa ley complementaria, lo que realizan ambas Cámaras del Congreso, contando con el dictamen previo de la Comisión Bicameral Permanente, es, en buena medida, un control de constitucionalidad de la legitimidad de origen de algunos actos normativos del presidente” (SANTIAGO, Alfonso (h) – VERAMENDI, Enrique – CASTRO VIDELA, Santiago M., *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 203).

103. En ese orden de ideas, el profesor Comadira en los trabajos antes citados había señalado que no se lograba advertir “...cuál sería la diferencia entre la ‘declaración de inconstitucionalidad de la ley’ pronunciada por el órgano judicial y la ‘abstención de la aplicación de la ley considerada inconstitucional’ por el órgano administrativo”, pero, agregaba, y esto es fundamental, “...en la medida en que, en ambas situaciones, el efecto es la inaplicación de la ley en el caso concreto” (COMADIRA, Julio Rodolfo, “La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional”, REDA N° 1, Buenos Aires, mayo-agosto 1989, p. 151/165, trabajo incluido luego en COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 733 y ss., y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 172 y ss.). En igual sentido: COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho...*, cit., p. 26.

Por ello, en definitiva, creemos que si el Poder Ejecutivo fundadamente considera que se está en presencia de una norma que de manera razonablemente ostensible o evidente viola la Constitución Nacional —es decir, que excede el marco de la mera opinabilidad—, aquel debe inaplicarla, pues ello constituye un poder ínsito o inherente a la función administrativa.

Asimismo, la potestad del Poder Ejecutivo de no aplicar o, lo que es lo mismo, no ejecutar la norma inconstitucional o inconvencional, puede derivar no solo de su propia opinión en los términos recién expuestos —esto es, una valoración fundada de una norma manifiestamente inconstitucional— sino, además, cuando así la hubiera declarado previamente la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada por instancias anteriores.

La inaplicabilidad de la norma, además, no se reduce únicamente a los supuestos en los que con ella se ven cercenadas facultades propias de la Administración, sino que abarca, además, aquellos casos en los que se vulneran derechos de los particulares o se atenta contra algún texto o principio constitucional.

Al igual que lo ha sostenido un sector de la doctrina, entendemos que la decisión debería emanar de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo o, al menos, contar con su autorización expresa quien, además, coherentemente con la gravedad institucional de la medida autorizada o adoptada, debería remitir al Poder Legislativo el correspondiente proyecto derogatorio.

Finalmente, y en virtud de la relevancia institucional de la decisión, consideramos prudente que previo al dictado del acto administrativo respectivo, tome intervención la PTN para que, en su carácter de máximo órgano asesor, se expida sobre la constitucionalidad o inconvencionalidad de la norma cuestionada.

En definitiva, y teniendo en consideración, por un lado, que el ejercicio de la función administrativa consiste en satisfacer directa e inmediatamente el interés público, el que supone como elemento necesariamente constitutivo de su noción la plena vigencia del ordenamiento jurídico y, por otra parte, que el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional y Convencional concretizado, entendemos que ante una norma que vulnera la Constitución o la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo debería inaplicarla.

Constituye un deber de todo funcionario público optar siempre por dar prioridad a la Constitución Nacional en desmedro, si fuere necesario, de la ley inconstitucional que solo en apariencia requiere de su ejecución, ya que la prelación jerárquico-normativa que marca el art. 31 de la Ley Fundamental es el fundamento de la potestad administrativa de inaplicar la ley inconstitucional.

Además, la obligación de realizar un control oficioso de convencionalidad no solo por parte de los jueces sino también de todas las autoridades administrativas encargadas de resolver planteos de derecho, fue establecido por la Corte IDH a partir del caso “Gelman vs. Uruguay”¹⁰⁴.

Por consiguiente, y toda vez que se trata de una norma inconstitucional o inconvencional, el poder administrador está jurídicamente legitimado y obligado a declarar su inconstitucionalidad —o, lo que es lo mismo, inaplicarla por aquella razón—, toda vez que, en definitiva, el art. 38 de la LMREP altera de manera irrazonable el poder inherente a la naturaleza o esencia del Poder Ejecutivo nacional.

3.3.3.2.3. De todos modos, y teniendo en cuenta que el instituto de la prescripción tiene plena vigencia en el procedimiento administrativo disciplinario, pues es una garantía constitucional que hace a la garantía de la defensa o del debido proceso que se conecta con el denominado derecho a la libertad del ciudadano, apuntamos que en modo alguno podría proponerse la imprescriptibilidad de la acción y la sanción disciplinaria, sino que deberían fijarse plazos razonables para el ejercicio del poder disciplinario inherente al ejercicio de la función administrativa.

Por ello, en definitiva, sostuvimos que los plazos de prescripción en el marco del procedimiento administrativo disciplinario no deberían ser ni muy breves como para cercenar irrazonablemente el poder disciplinario inherente al ejercicio de la función administrativa, ni lo suficientemente extensos como para desconocer la libertad integral del ciudadano.

¹⁰⁴. Corte IDH, 24/02/2010, “Gelman vs. Uruguay”. Con base en lo expuesto, recientemente el profesor García Pullés ha señalado que ello “obligará a establecer algún procedimiento para que los funcionarios puedan reclamar a los jueces esa declaración de inmediato, si se intenta evitar la responsabilidad internacional del Estado” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La habilitación de la instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada”, LL 13/11/2024, 1, especialmente nota N° 26).

3.3.3.3. Retroactividad de las normas sancionatorias disciplinarias favorables o más benignas

Por lo demás, y en relación con la viabilidad jurídica de exceptuar del principio de la irretroactividad a las normas que resultan más favorables, más benigna, para el administrado, en el caso, del sumariado, la cuestión es, sin duda alguna, discutible, lo que fácilmente se comprueba sobre la base de la heterogeneidad de pensamientos y las posturas zigzagueantes de la PTN y la CSJN¹⁰⁵.

No obstante, en nuestra opinión, entendemos que en virtud de lo dispuesto tanto en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁶, como en el art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁷ y la extensión que de aquel principio ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las sanciones administrativas¹⁰⁸, el principio comentado también resultaría predicable respecto de la materia civil, sancionatoria (disciplinaria o correctiva), laboral, aduanera, etc.¹⁰⁹.

Es que, además, creemos que la doctrina inicialmente propuesta por el Dr. Petracchi en la causa “Ayerza”¹¹⁰, que luego fuera receptada por la mayoría de los miembros de

105. Ampliar en: COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 1, p. 372 y ss.

106. El art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

107. El art. 9° de la CADH establece, en lo que aquí interesa, que “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*”.

108. Corte IDH, 02/02/2001, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, párrafos N° 106 y 107; Corte IDH, 31/08/2004, caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, párrafo N° 176; Corte IDH, 25/11/2004, caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, párrafo N° 126; Corte IDH, 03/05/2006, caso “López Lone y otros vs. Honduras”, párrafo N° 257.

109. En materia de contratos administrativos, por ejemplo, la ONC ha señalado en reiteradas oportunidades que “*la unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género ius puniendi único del Estado– y las garantías ínsitas en el estado de derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22)*” (Dictamen ONC N° IF-2018-42841186-APN-ONC#MM del 31/08/2018; Dictamen ONC N° 164:2014; Dictamen ONC N° 1023/12). En tal sentido, sostuvo que “*el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto*” (Dictamen ONC N° IF-2018-23708414-APN-ONC#MM del 18/05/2018; Dictamen ONC N° 164:2014).

110. CSJN, 16/04/1998, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, Fallos 321:824. En el caso, si bien no se estaba frente a una potestad sancionatoria disciplinaria sino de la aplicación de una sanción general o correctiva, cuando la CSJN analizó la sanción impuesta por el Banco Central de la República Argentina en el marco de la Ley N° 19.359 que regula el sistema de cambios en nuestro país, la mayoría de los miembros de la Corte entendió que el principio de la ley penal más benigna no era de aplicación a las multas establecidas en el art. 2° de aquella Ley. El fallo tuvo cuatro disidencias, y según surge de los votos de los ministros Fayt, Boggiano y Bossert, “*el inc. a) del*

la CSJN en el caso “Cristalux”¹¹¹ y reiterada en los precedentes “Agrigenetis”¹¹², “Palero”¹¹³ y “Docuprint”¹¹⁴ y “Vidal”¹¹⁵, resulta de aplicación no solo a los procedimientos sancionatorios en general sino, también, con relación a los procedimientos administrativos sancionatorios disciplinarios.

Aquella es, además, la postura asumida por la doctrina del derecho comparado (Sánchez Morón¹¹⁶, Nieto¹¹⁷, Trayter¹¹⁸ y Jalvo¹¹⁹, entre muchos otros).

art. 20 de la ley 19.359, que establece que no será aplicable el principio de la ley penal más benigna previsto en el Código Penal a los supuestos tipificados en el artículo 2º que imponen pena de multa, es incompatible con el derecho de jerarquía constitucional que tiene el imputado a que se le aplique la ley penal más benigna, por no configurarse en la especie las excepciones previstas a dicho principio por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Conforme sostuvo la mayoría de los miembros de la Corte, “las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ley penal en blanco no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable” y, a su vez, que “si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2º del Cód. Penal, respecto de las leyes penales en blanco que se complementan con actos administrativos, de naturaleza eminentemente variable, importaría despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlos”.

Petracchi, a su turno, expresó que “no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, ya que de otro modo, el camino de una interpretación amplia de este último, supuesto en el propósito de ‘...que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación...’ se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios”.

111. CSJN, 11/04/2006, “Cristalux S.A. s/ ley 24.144”, Fallos 329:1053. Aquí también se trató de un caso vinculado con una sanción relacionada con el régimen de cambios pero la Corte dio un giro trascendental en la temática aquí analizada. En efecto, al momento de resolver, la CSJN sostuvo que resultaba de aplicación “la doctrina sentada en Fallos: 321:824 (disidencia del juez Petracchi), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse por razones de brevedad”.

De esa manera, y teniendo en consideración que el voto del Dr. Petracchi en la causa “Ayerza” se fundó en que el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna tiene jerarquía constitucional debido a que está previsto en el art. 9º de la CADH y el art. 15 del PIDCP, es posible concluir que a partir del caso “Cristalux” cuando se aplica una sanción administrativa debe observarse el principio de la ley más benigna toda vez que es una garantía constitucional en la Argentina (en igual sentido: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 122/124, idea que también había expuesto en GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 447/448).

Otra cuestión relevante que surge de la jurisprudencia citada es que, como destaca García Pullés, el nuevo criterio de la CSJN no solo supone un caso de extensión de las garantías del derecho penal al campo de la potestad sancionatoria administrativa, sino que también contesta el cuestionamiento que se hace a la extensión a las personas jurídicas de los derechos y garantías reconocidas a las personas humanas por los tratados de derechos humanos, en el campo de las sanciones administrativas y en nuestro país (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 123).

112. CSJN, 28/11/2006, “Agrigenetics S.A. s/ infracción ley 24.144”, Fallos 329:5410.

113. CSJN, 23/10/2007, “Palero, Jorge Carlos s/ recurso de casación”, Fallos 330:4544.

114. CSJN, 28/07/2009, “Docuprint S.A.”, no publicado en Fallos.

115. CSJN, 28/10/2021, “Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.769”, Fallos 345:224.

116. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Undécima Edición, Tecnos, Madrid, 2018, p. 343.

117. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Quinta Edición Totalmente Reformada, Tecnos, Madrid, 2012, p. 201 y ss.

118. TRAYTER, Juan M., *Manual de derecho disciplinario...*, cit., p. 186 y ss.

119. JALVO, Belén M., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 180/181 y, más recientemente, en *El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2015,

Por lo demás, no puede perderse de vista lo apuntado por Jalvo en cuanto a que, a diferencia de lo que ocurre con otras sanciones administrativas como las pecuniarias, cuyos efectos se extinguen en el momento del pago, como las sanciones disciplinarias perduran en el tiempo sería conveniente seguir manteniendo la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma más favorable, al menos hasta la fase de impugnación judicial de la sanción disciplinaria¹²⁰.

En ese orden de ideas, un aspecto que originariamente había llamado la atención de Sánchez Morón¹²¹ y que fue analizado por Trayter¹²², es el que se relaciona con el alcance de la retroactividad.

Según Trayter, podrían darse múltiples supuestos, entre los que menciona:

(i) La aparición de una norma disciplinaria más benigna cuando el hecho esté pendiente de sanción disciplinaria, en cuyo caso según la autora, *“no cabe duda alguna sobre la plena aplicación de la ley nueva más benigna”*.

(ii) La aparición de una norma más benigna cuando el hecho enjuiciado todavía está pendiente de sentencia judicial, aunque ya hubiera recaído sanción en vía administrativa, que también se solucionaría *“con la aplicación retroactiva de la normas más favorable”*.

(iii) La aparición de una ley más favorable cuando los hechos hayan sido ya sentenciados o incluso cuando el sancionado estuviera cumpliendo la sanción, que encontraría solución también aplicando *“la norma posterior más favorable al reo”* aunque, aclara, que *“si la sanción ya ha sido cumplida totalmente no creemos que deba ser objeto de rectificación”*.

La problemática planteada es opinable y analizarla en profundidad excedería el objeto de esta obra, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de que existan casos en los que eventualmente se podría declarar la inconstitucionalidad de la norma que

p. 69/71.

120. Ídem, p. 179/180.

121. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 268.

122. TRAYTER, Juan M., *Manual de derecho disciplinario...*, cit., p. 186/188 y nota al pie N° 287.

sirvió de fundamento para imponer la sanción disciplinaria al funcionario público¹²³.

En definitiva, entonces, cuando el Estado en el ejercicio de la función administrativa aplica una sanción, ora disciplinaria ora correctiva, debe observar el principio de la aplicación de la norma más benigna, pues aquel es una garantía constitucional que, además, está expresamente contemplada en diversos instrumentos internacionales contemplados el art. 75, inc. 32 de nuestra Constitución nacional (v.gr.: CADH y PIDCP).

3.3.4. La cuestión en la Ley Marco de Régimen de Empleo Público de la Nación n.º 25.164 luego de las reformas introducidas por la Ley de Bases

3.3.4.1. Actualmente, tras la sanción de la Ley de Bases, el art. 37 de la LMREP prevé los siguientes plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones disciplinarias, que, al igual que los disponía su redacción anterior, comienzan a correr a partir del momento de la comisión de la falta¹²⁴:

- (i) Causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: un (1) año,
- (ii) Causales que dieran lugar a la cesantía: dos (2) años,
- (iii) Causales que dieran lugar a la exoneración: cuatro (4) años.

3.3.4.2.- Una cuestión que resulta insoslayable recordar es que, como se vio en las páginas anteriores, durante la vigencia del texto originario de la LMREP, la PTN había señalado que el único de los plazos allí previstos que aparecía como razonable era el de dos (2) años pues, a su entender, la exigüidad de los demás resultaba violatoria del principio de razonabilidad consagrado en el art. 28 de la Constitución nacional, motivo por el cual correspondía abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional.

¹²³. Independientemente de nuestra postura, la solución propiciada por la autora es que “cuando una sanción disciplinaria firme haya sido impuesta en virtud de una Ley o un reglamento declarados con posterioridad contrarios al ordenamiento jurídico, podrá ser revisada siempre y cuando la nueva regulación positiva sea favorable al sancionado. Otra interpretación pugnaría contra los principios de justicia e igualdad, y consolidaría auténticas situaciones de discriminación, impropias de un ordenamiento jurídico moderno” (ídem, p. 189).

¹²⁴. Ver lo señalado en la nota N° 81.

Actualmente, con las reformas introducidas por la Ley de Bases los plazos de prescripción se duplicaron para cada una de las causales enunciadas, de modo que según la redacción actual del art. 37 de la LMREP la acción disciplinaria prescribe al año para los hechos que pudieren dar lugar a apercibimiento o suspensión, a los dos años para los que pudieren ocasionar la cesantía y a los cuatro años para los hechos que pudieren causar la exoneración.

De lo expuesto se advierte que el menor plazo de prescripción previsto por en la LMREP modificada por la Ley de Bases es de un (1) año —en el caso, para las sanciones que pudieren dar lugar al apercibimiento o suspensión—, es decir, *inferior al término mínimo que en su momento la PTN consideró como constitucional por no cercenar de modo irrazonable el poder disciplinario que asiste al Poder Ejecutivo Nacional, es decir, dos (2) años.*

En tal sentido, si bien al momento en que este trabajo fue enviado para su publicación la PTN no se expidió sobre la cuestión, creemos que, muy probablemente, y en virtud de la trascendental importancia que reviste la temática abordada, no faltará oportunidad para que el Máximo Órgano Asesor del Estado la analice con el fin de establecer una jurisprudencia administrativa uniforme considerando el nuevo contexto legal.

3.4. Aportes para una regulación razonable de la prescripción disciplinaria

3.4.1. La trascendencia del instituto de la “prescripción” en el derecho administrativo disciplinario

Como dijimos en el punto n.º 3.3.3.3.1., y a diferencia de lo sostenido por algunos autores, creemos que la imprescriptibilidad de la acción y de la sanción disciplinaria no puede tener favorable acogida en un Estado Constitucional de Derecho pues, en rigor, nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera que sea el tiempo transcurrido, pueda ser sancionado o sometido a un procedimiento administrativo, con las graves consecuencias consiguientes.

Por ello, a nuestro modo de ver, debe estarse al reconocimiento pleno de la operatividad de la prescripción de la acción y sanción en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sea general o disciplinario.

Es que, de no admitirse el instituto de la prescripción en materia disciplinaria, se estaría comprometiendo “la libertad integral del ciudadano e, incluso, el propio derecho a la vida”¹²⁵.

El transcurso del tiempo, aunque no tenga poder místico creador o destructivo del derecho, tiene efectos extintivos sobre la acción y la sanción¹²⁶ y, por ello, en definitiva, la prescripción es una garantía constitucional que hace a la garantía de la defensa o del debido proceso, que se conecta con el denominado derecho a la libertad del ciudadano¹²⁷.

El tiempo en los procedimientos administrativos es un componente fundamental del principio de la “buena administración” actualmente reconocido en el art. 1º bis de la LNPA.

En tal sentido, el art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales prevé que “toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”.

Del mismo modo, “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” (aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo)¹²⁸, tras enfatizar en su preámbulo que “**La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable**”, en el primer párrafo del

125. COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, op. cit., p. 599, reproducido luego en *Derecho Administrativo...*, cit., p. 575 y, más recientemente, en COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, t. 2, p. 1062. En igual sentido: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 459.

Fiorini, por su parte, había señalado que uno de los principios que debía regir en el derecho administrativo disciplinario era la necesidad de contar con “normas positivas de carácter administrativas sobre prescripción de las faltas sancionadas y de las penas impuestas” (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. 850).

126. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. III, p. 538 y ss.

127. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 459; GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Régimen de Empleo Público...*, cit., p. 513; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. II, p. 264; APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios Administrativos*, cit., 68 y ss.; LEGUIZAMÓN, Gustavo S., *Sumario administrativo*, cit., p. 56, entre otros.

128. Un estudio sobre la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública” puede verse en: RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, “Presentación a la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, RAP 423:159.

art. 25 establece que “los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”.

En ese orden de ideas cabe recordar el voto del Dr. Sesín en la causa “Sequalino” tramitada ante la sala contencioso administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (en adelante, “TSJ Córdoba”), donde sostuvo que “el instituto de la prescripción de la acción disciplinaria, que debe ser tenido en cuenta en todo procedimiento tendiente a sancionar a un agente público, consiste en el no ejercicio por parte de la Administración de la potestad sancionatoria que le compete, durante el transcurso de un tiempo legalmente determinado, al término del cual, se extingue dicha prerrogativa estatal”¹²⁹.

La finalidad del instituto de la prescripción, en este caso, se orienta hacia la tutela de la seguridad jurídica y, en especial, tiende a superar el estado de incertidumbre que se cierne en torno de la situación jurídica de quien ha sido imputado por una conducta supuestamente antijurídica¹³⁰.

3.4.2. Nuestra propuesta

3.4.2.1. Necesidad de incorporar al derecho administrativo disciplinario la clasificación de faltas disciplinarias en instantáneas, continuas y permanentes. Su impacto en el inicio del cómputo del plazo de prescripción. La toma de conocimiento de la Administración y su posible incidencia en los plazos

3.4.2.1.1. Tanto en el derecho penal como en el derecho contravencional una de las clasificaciones de los delitos o faltas es aquella que los distingue en instantáneos, continuos y permanentes.

¹²⁹. TSJC, 18/02/2005, “Sequalino, Luis Alberto contra el Estado Provincial de Córdoba Plena Jurisdicción – Recurso de apelación”.

¹³⁰. PERTILE, Félix A., *El Sumario Administrativo*, cit., p. 19. La prescripción, como lo ha señalado la PTN, “sirve a la seguridad general del derecho y a la paz social. Su objeto es poner fin a situaciones jurídicas inestables, dando certeza a los derechos de las partes que ya no pueden ser incididos por obligaciones alcanzadas por la prescripción. Opera solo cuando quien tuvo la posibilidad de actuar no lo hizo” (Dictámenes 306:194 bis; 242:236).

En tal sentido, antes de ahora hemos señalado que, en nuestra opinión, resulta necesario que en Argentina se comience al menos a debatir la posibilidad de trasladar aquella clasificación al derecho administrativo disciplinario y, por consiguiente, distinguirse entre faltas disciplinarias *instantáneas, continuas y permanentes*¹³¹.

Aquella clasificación, como se verá a continuación, resulta fundamental para el inicio del cómputo del plazo de prescripción y, por tanto, de insoslayable valoración para el ejercicio de la potestad disciplinaria tendiente a obtener un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

3.4.2.1.2. En líneas generales, y sin adentrarnos en un análisis profundo acerca de la conceptualización de cada una de ellas, pues aquello ha sido objeto de análisis tanto por penalistas¹³² y administrativistas, estos últimos al estudiar el derecho administrativo sancionatorio externo y el poder de policía¹³³, bien puede decirse que:

Faltas disciplinarias instantáneas son aquellas en las que la conducta antijurídica se consuma en un solo momento, es decir, se agotan con su configuración.

Faltas disciplinarias continuas serían aquellas en donde hay una conducta ilegítima expresada por medio de comportamientos homogéneos, idénticos o semejantes, sucesivos en el tiempo e infractores de la misma norma jurídica.

¹³¹. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 264 y ss. También aceptó la propuesta efectuada: BERZANO, Gisela, “Algunas nociones sobre la prescripción en el régimen disciplinario de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N.º 25.164 y su implicancia en el procedimiento sumarial”, TR LALEY AR/DOC/888/2024.

¹³². Ver, por todos: FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16ª Edición Actualizada por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207 y ss. En el derecho comparado puede verse, por todos: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª Edición, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 224 y ss.; PARRA NÚÑEZ, Francisco, “Prescripción penal y delito permanente”, en 2019-47, p 1 y ss.

¹³³. Ver: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Sexta Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Tomo IV, p. 591 y ss.; COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. 1, p. 688; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, Tomo IV, p. 71 y ss.; DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, 2ª edición corregida y actualizada, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, t. IV, p. 92 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, op. cit., t. V, p. 286 y ss.; DUBINSKI, Andrés M., “La prescripción de las infracciones continuadas y permanentes en el derecho administrativo sancionador”, DJ 10/06/2015, p. 8, entre otros.

En derecho comparado puede verse, entre otros: GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionatoria. Teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2018, p. 149 y ss.; NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, op. cit., p. 545 y ss.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Sanciones administrativas, Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 4ª Edición, Comares, Granada, 2017, p. 186; RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – SENDÍN GARDÍA, Miguel A, “La nueva ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y el procedimiento sancionador”, en A.A.VV., *Régimen administrativo sancionatorio: en homenaje a José Luis Meilán Gil*, RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime – DELPIAZZO, Carlos – HERNÁNDEZ, Miguel – ELIZALDE JALIL, Marco – RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen – Editores—, Ecuador, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA, 2018, p. 142.

Falta disciplinaria permanente sería aquella en la que el funcionario público voluntariamente mantiene la situación antijurídica por un período determinado, de modo tal que la falta disciplinaria continúa realizándose de un modo duradero a voluntad del autor, siendo este (o un tercero) quien elige no cesar tal situación. *En este caso, como bien podrá apreciar el lector, es de suma relevancia el mantenimiento de la voluntad del agente incurso en la falta.*

La mencionada clasificación impactaría directamente en el cómputo del plazo de prescripción de la acción disciplinaria pues, a nuestro juicio, y en línea con la tesis planteada, entendemos que la última parte del art. 37 de la LMREP que contempla que “*en todos los casos, el plazo se contará a partir del momento de la comisión de la falta*”¹³⁴, debería modificarse por una fórmula igual o similar a la siguiente “*en todos los casos, el plazo de prescripción se contará a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse*”¹³⁵.

La clasificación de las faltas administrativas propuesta como la modificación del cómputo del inicio de los plazos de prescripción lejos está de ser una cuestión abstracta sin consecuencias prácticas, lo que podrá apreciarse con claridad a partir del siguiente ejemplo abstracto que planteamos al comienzo de este trabajo y que aquí recordamos:

- en el año 2013, la PTN llama a concurso público para cubrir 50 vacantes de abogados de planta permanente y alrededor de 100 personas se presentan con todos los papeles exigidos para concursar (título de abogado, antecedentes penales, etc.);

134. La PTN recientemente ha señalado que “la palabra (...) comisión (...) alude a la acción de cometer —incurrir, realizar, hacer— la conducta que se reprocha por ser irregular” (Dictámenes 327:238).

Sobre la cuestión, la CNACAF, luego de reseñar el art. 37 de la LMREP y su reglamento, destacó que “**el legislador se ha inclinado, en la especie, por un punto de partida específico: aquel en que se produce la comisión de la falta**” (art. 37, ley 25.164, último párrafo. Subrayado agregado). Y si bien esta elección podría resultar pasible de crítica técnico jurídica considerando, siquiera someramente, la necesidad de conocer la ocurrencia del hecho para poder ejercer y hacer valer en debida forma los derechos y deberes consecuentes (cfr. mi voto en el plenario ‘Navarrine Roberto Héctor y Otros c/ BCRA – Resolución 208/05’, al que adhirieron los Dres. Grecco y Do Pico), tal observación —a tenor de la sanción dada por el Congreso de la Nación— solo podría formularse de lege ferenda en el caso, más nunca de lege lata” (CNACAF, 07/08/2018, Sala IV, “Domingo, Miguel Eladio c/ DNM s/ Empleo Público”).

135. Similar regulación es posible advertir en el marco del Sistema Integral de Seguridad Pública aprobado por Ley N° 5688, pues de acuerdo con lo previsto en el art. 203 *in fine* de la Ley —al igual que lo contemplado en el art. 73 del Reglamento de aquella Ley aprobado por Decreto N° 53/2017—, “En todos los casos el plazo se cuenta desde el momento de la comisión de la falta administrativa, si esta fuese instantánea, o desde que hubiera dejado de cometerse si hubiera sido continua”.

- luego de tramitado el procedimiento concursal, en *marzo de 2014*, la PTN dicta una Resolución en la que designa 50 abogados, entre ellos, al Sr. Gómez;
- el Sr. Gómez comienza a trabajar como abogado de planta permanente hasta *marzo del año 2022*, año en el que por motivos personales presenta la renuncia;
- en *mayo del año 2024*, con motivo de una auditoría, la PTN advierte que el título presentado por el Sr. Gómez al momento de presentarse al concurso era apócrifo y, en consecuencia, ordena la instrucción de un sumario administrativo con el fin de deslindar las eventuales responsabilidades disciplinarias en orden al presunto título apócrifo presentado por el Sr. Gómez;
- en *noviembre del año 2025*, es decir, dieciocho (18) meses después, el instructor sumariante aconseja la sanción de exoneración¹³⁶ y eleva las actuaciones a la autoridad competente para que resuelva la cuestión.

En primer lugar, y tal como lo hemos señalado en otra ocasión¹³⁷, aquí solo diremos que, en nuestra opinión, y en línea con lo sostenido por un calificado sector de la doctrina y la jurisprudencia administrativa de la PTN, el hecho de que el Sr. Gómez hubiere dejado de pertenecer a los cuadros de la Administración no obsta a la iniciación de un sumario administrativo.

Por otra parte, y en relación con el plazo para la sustanciación del sumario administrativo disciplinario cabe remitirse a lo expuesto en otra oportunidad donde destacamos, que, tanto para la PTN como la doctrina autorizada en la materia, en criterio que compartimos, el plazo de seis meses es inconstitucional¹³⁸.

Ahora bien, del ejemplo propuesto se advierte, por un lado, que *la presentación del título apócrifo fue en el año 2013* y, por otra parte, que *el sumario disciplinario se inició en el 2024, es decir, once (11) años más tarde*, por lo que, indudablemente, con la regulación nacional actual (cuyo plazo máximo de prescripción es el previsto para la exoneración y asciende a cuatro -4- años) o incluso la prevista en otros regíme-

136. Ver lo expuesto en la nota N° 10.

137. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., Tomo 2, p. 109 y ss.

138. Ídem., Tomo 2, p. 242 y ss.

nes jurídicos (v.gr.: cinco -5- años cualquiera sea la clase de sanción eventualmente aplicable, como sucede en la CABA y en la provincia Mendoza), la acción estaría prescripta.

No obstante, de aceptarse la clasificación de las faltas disciplinarias que hemos propuesto (esto es, faltas disciplinarias instantáneas, continuas o permanentes), si bien la acción disciplinaria tendiente a deslindar las eventuales responsabilidades disciplinarias en orden al presunto título apócrifo la presentación por el Sr. Gómez sería una *falta disciplinaria instantánea* y, por consiguiente, estaría prescripta, lo cierto es que el haber ejercido la función de abogado sin el título habilitante para ello, al constituir una *falta disciplinaria permanente*, no lo estaría.

Es que, como dijimos, si se reformulara la última parte del art. 37 de la LMREP estableciéndose que los plazos de prescripción deberán computarse “a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse”, surge con meridiana claridad que, como el Sr. Gómez presentó su renuncia en marzo del año 2022, bien podría la Administración Pública, frente a la falta disciplinaria permanente, iniciar el correspondiente sumario administrativo disciplinario¹³⁹.

3.4.2.1.3. No se nos escapa que algunos regímenes jurídicos prevén como posibilidad que la acción disciplinaria correspondiente a ciertas clases de sanciones prescriba luego de transcurrido un determinado plazo o, en su defecto, desde que la Administración pudo o debió razonablemente conocer el acto, hecho u omisión irregular.

139. En tal sentido, a simple título ejemplificativo, pueden mencionarse los siguientes regímenes disciplinarios: i) el Convenio Colectivo de Trabajo para el Sector No Docente de las Instituciones Universitarias Nacionales homologado por Decreto N° 366/2006, donde el art. 147 prevé que la acción disciplinaria correspondiente a la sanción de apercibimiento y suspensión “prescribirá a los seis (6) meses de cometida la falta, o desde **que la Institución Universitaria tome conocimiento de esta**, siendo de un (1) año la prescripción en los restantes casos. En cualquier caso la iniciación del sumario, cuando corresponda, interrumpirá la prescripción” (énfasis agregado); ii) el Reglamento Disciplinarios para Funcionarios y Empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación aprobado por Resolución PGN 52-2008 que prevé, en su art. 57, inc. “c” que la potestad disciplinaria se extingue por “el transcurso de tres años, contados a partir del momento en que se produjo la irregularidad, **se tuvo conocimiento de la irregularidad o desde que ella dejó de cometerse**” (énfasis agregado); iii) el Marco de Regulación del empleo Público de la provincia de Entre Ríos aprobado por la Ley N° 9.755 cuyo art. 69 establece que “el plazo de prescripción para la aplicación de sanciones disciplinarias será de dos años y **se contará a partir del momento en que la Administración toma efectivo conocimiento del hecho o momento en que debió haberlo conocido, considerando los deberes o mecanismos de contralor del caso concreto**” (énfasis agregado); iv) el art. 199 ter del Estatuto para el Personal de la Administración Pública de la provincia de Jujuy que expresamente dispone que “el plazo de prescripción para el inicio del sumario administrativo es de un (1) año y **se computará desde la fecha de la toma de conocimiento de la presunta comisión del hecho, por parte de la administración**” (énfasis agregado).

Sin embargo, en nuestra opinión, aquella forma de computar el inicio de los plazos de prescripción resulta peligrosa y de dudosa constitucionalidad pues, en definitiva, podrían existir casos, ciertamente excepcionales, en los que el inicio del cómputo del plazo de prescripción quedaría reducido al “mero voluntarismo” de la autoridad competente, con las graves consecuencias que ello acarrea para la libertad integral del ciudadano.

De todos modos, de quererse efectuar una regulación en la que el plazo de prescripción comience a computarse desde el momento en que la Administración haya tomado conocimiento de la falta, sería recomendable que se lo hiciera en términos similares a lo previsto en el art. 94 de la Ley del Servicio Civil n.º 30.057 de Perú al referirse a la prescripción en el régimen disciplinario.

Aquella norma establece, en lo que aquí interesa, que la *“la competencia para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra los servidores civiles decae en el plazo de tres (3) años contados a partir de la comisión de la falta y uno (1) a partir de tomado conocimiento por la oficina de recursos humanos de la entidad, o de la que haga sus veces”*.

El reglamento de la Ley del Servicio Civil n.º 30.057 aprobado por Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM, en su parte pertinente del art. 97 prevé que:

“97.1. La facultad para determinar la existencia de faltas disciplinarias e iniciar el procedimiento disciplinario prescribe conforme a lo previsto en el artículo 94 de la Ley, a los tres (3) años calendario de cometida la falta, salvo que, durante ese período, la oficina de recursos humanos de la entidad, o la que haga sus veces, hubiera tomado conocimiento de la misma. En este último supuesto, la prescripción operará un (01) año calendario después de esa toma de conocimiento por parte de dicha oficina, siempre que no hubiere transcurrido el plazo anterior.

De las normas transcriptas es posible advertir la existencia de dos (2) plazos de prescripción que impactan directamente en el ejercicio de la acción disciplinaria y que, por Resolución de Sala Plena n.º 001-2016-SERVIR/TSC del 31 de agosto de 2016, el Tribunal del Servicio Civil¹⁴⁰ explicó muy claramente cómo deben interpretarse, ra-

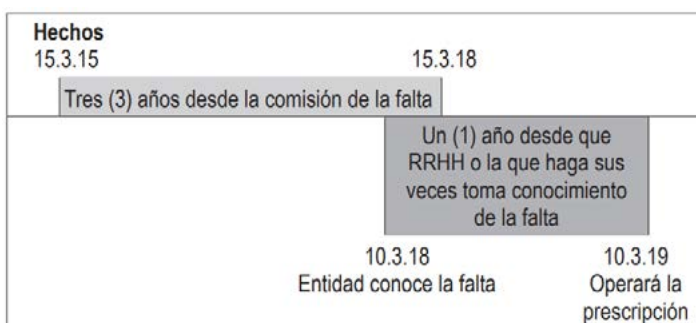
¹⁴⁰. Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5676855/5039030-precedentes-del-tribunal-del-servicio-civil-del-ano-2016.pdf>, consultado por última vez el 14/07/2025.

zón por la cual tomaremos su ejemplo para esclarecer la cuestión.

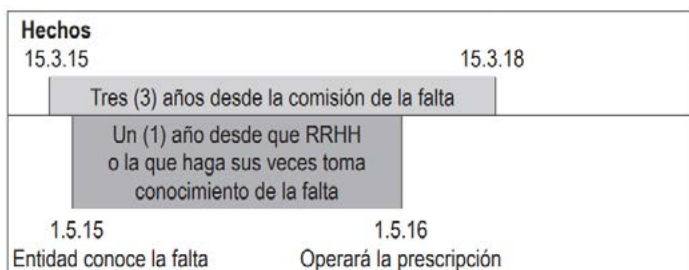
Si los hechos fueron cometidos el 15 de marzo de 2015, la potestad disciplinaria prescribirá a los tres (3) años de cometida la falta, es decir, el 15 de marzo de 2018 pero, si la Administración tomara conocimiento de la falta dentro de aquel periodo, la potestad disciplinaria ya no prescribirá al cumplirse los tres (3) años de cometida la falta, sino en el plazo de un (1) año de producida la toma de conocimiento.

Ante aquella situación se podrían dar dos supuestos:

i) si, por ejemplo, la Administración tomara conocimiento de la falta el 10 de marzo de 2018, entonces se “activaría” el plazo de un (1) año y la falta ya no prescribiría el 15 de marzo de 2018 sino que, en rigor, lo haría el 10 de marzo de 2019;



ii) en caso de que la toma de conocimiento por parte de la administración hubiere sido, por ejemplo, el 1 de mayo de 2015, también se “activaría” el plazo de un (1) año, por lo que, en la práctica, el plazo total se reduciría al 1 de mayo de 2016.



3.4.2.1.4.- En definitiva, entonces, creemos que, ante una eventual reforma de la LMREP, podría proponerse una modificación de la última parte del art. 37 de la LMREP por una fórmula igual o similar a la siguiente: “en todos los casos,

el plazo de prescripción se contará a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse”.

Por otra parte, de querer proponerse que el plazo de prescripción deba comenzar a correr a partir del momento en que la Administración hubiere tomado conocimiento de la falta, sería recomendable adoptar una regulación que, manteniendo la idea anterior, lo haga en términos similares a los siguientes: “*la acción disciplinaria prescribe por: a- el transcurso de 5 años a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse, b- dos años a partir de tomado conocimiento por la Administración*”.

Como habrá advertido el lector, si bien en esta última propuesta hemos unificado los plazos de prescripción aplicable a las distintas faltas disciplinarias (apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración), nada obsta a que de querer mantenerse plazos distintos según la clase de falta disciplinaria de que se trate, la cuestión también pueda regularse con el mismo espíritu.

Así, por ejemplo, bien podría establecerse una redacción similar a la siguiente:

“Artículo 37.- La acción disciplinaria prescribirá a los dos (2) años para los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con apercibimiento o suspensión; a los tres (3) en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con cesantía; a los cuatro (4) años en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con exoneración.

El plazo de prescripción se computará por el transcurso del plazo fijado para cada sanción computado a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse, salvo que, durante ese período, la Administración hubiera tomado conocimiento de la falta. En este último supuesto, la prescripción operará dos (2) años después de esa toma de conocimiento, siempre que no hubiere transcurrido el plazo anterior”.

3.4.2.1.5. Todo lo hasta aquí expuesto, claro está, teniendo en cuenta la plena aplicación del principio de la retroactividad de la norma más benigna en el derecho administrativo disciplinario, tal como lo hemos analizado en el punto n.º 3.3.3.3.3.

3.4.2.2. La cuestión en el “Procedimiento de Responsabilidad administrativa funcional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires” Aprobado por Resolución PG. n.º 2099/2024

Recientemente el Ministerio Público Fiscal bonaerense, mediante Resolución n.º PG. 2099/2024, aprobó un nuevo “Procedimiento de Responsabilidad administrativa funcional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires”.

Conforme surge del art. 81 de aquella norma, *“el término de la prescripción de la potestad disciplinaria comienza a correr desde el día en que se comete la falta, si es de ejecución instantánea, o desde que cesa de cometerse, si es continua, y opera de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo”*.

Se advierte, así, que la crítica que hemos efectuado al régimen previsto en la LMREP ha sido tomada en cuenta al momento de redactarse la norma y expresamente receptada en el procedimiento disciplinario del Ministerio Público Fiscal bonaerense, al igual que en otros ordenamientos jurídicos¹⁴¹.

4. SÍNTESIS

A modo de síntesis de todo lo aquí analizado cable concluir que:

- i) el derecho administrativo sancionador es un *género* que contiene como *especie* tanto al derecho administrativo sancionatorio disciplinario como al derecho administrativo sancionatorio externo;
- ii) la responsabilidad disciplinaria es el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez,

¹⁴¹ Cfr.: art. 87 del “Reglamento de Procesos Disciplinarios del Ministerio Público de Salta” aprobado por Resolución N° 20.859/2022; art. 156 del Reglamento Disciplinario aprobado por Acuerdo N° 3354 (y sus modificatorios) aplicable “a los magistrados que no correspondieren al régimen de la ley 13.661, así como a los funcionarios y a los agentes del Poder Judicial de planta permanente, cualquiera sea su agrupamiento y categoría” (art. 1º); art. 161 del Estatuto del Personal del Poder Judicial de la Provincia de La Rioja aprobado por Acuerdo N° 888/2023

el adecuado funcionamiento de la Administración pública;

iii) la responsabilidad del Estado y, especialmente en relación con la cuestión que aquí nos convoca, esto es, la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos es una de las notas que caracterizan a la forma republicana de gobierno adoptada por la Argentina;

iv) la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, que se traduce en la aplicación de sanciones disciplinarias (penas), es producto de la denominada función administrativa y, por consiguiente, que las normas que lo regulan deben incluirse dentro del derecho administrativo, lo que no obsta a que determinados principios básicos del derecho penal se apliquen de manera relativizada en el ámbito de la represión disciplinaria de los funcionarios públicos, es decir, con las adecuaciones requeridas por la naturaleza propia de nuestra disciplina, lo que hará que aquellos se vean considerablemente matizados;

v) el fundamento y el fin de la responsabilidad disciplinaria es, por un lado, el adecuado funcionamiento de la función administrativa, función jurídica por medio de la cual quien la ejerce busca satisfacer de manera directa e inmediata el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

De esa manera, la sanción disciplinaria se presenta no solo como una retribución jurídica a la ofensa inferida por el infractor a su deber de no violar los deberes y prohibiciones funcionales —función represiva— sino, también, como un instrumento jurídico idóneo para prevenir o evitar que los agentes incumplan sus deberes o quebrante las prohibiciones —función preventiva— y, por otra parte, dar cuenta a la sociedad y al resto de la Administración el juicio que mereció la conducta de quienes le sirven o han servido para la consecución del interés público;

vi) el poder disciplinario es un poder inherente a la función administrativa, es decir, un componente propio de la naturaleza o esencia de la organización en cuanto tal, indispensable para su subsistencia y ejercitable, aquel pareciera que, en principio, es ejercido en interés propio.

En este punto, además, conviene recordar que si bien entendemos que la potestad disciplinaria es un poder inherente a la Administración, lo que implica que podría ser ejercida aun en ausencia de norma legal que tipifique la falta o contemple la sanción,

lo cierto es que, como señalan incluso quienes adhieren a la idea de la inherencia, no debe soslayarse que: a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma no pueden imponerse más que ellas y, b) algunas sanciones, como la multa o el arresto, solo proceden si surgen de la ley formal.

Del mismo modo, sostuvimos que la inherencia del poder inherente disciplinario también encontraría su límite en las denominadas sanciones segregativas, es decir, las que ponen fin al vínculo entre la Administración y el funcionario público, pues se compromete la garantía de estabilidad asegurada a los agentes estatales por el art. 14 de la Constitución nacional;

vii) no debe confundirse la *caducidad* con la *prescripción*, pues mientras lo propio de la primera es su índole perentoria, automática y fatal, en tanto se opera de pleno derecho y su efecto fundamental es la pérdida o extinción del derecho no ejercido, en la prescripción, de ordinario, los plazos son relativamente prolongados, el beneficiario puede no hacer uso de ella, no opera de pleno derecho y no produce la extinción definitiva del derecho, sino su subsistencia como obligación natural.

Por ello, como fuera expuesto, una de las características principales de la prescripción es que el Juez no puede declararla de oficio y que, por tanto, es renunciable por las partes;

viii) Conforme surge tanto de la LMREP y el RLMREP:

a) la orden de iniciar el sumario administrativo disciplinario —o, en su caso, la información sumaria— debe emitirse antes de los *plazos de prescripción* de la aplicación de la sanción prevista en el art. 37 de la LMREP (v.gr.: un —1— año, dos —2— años o cuatro —4— años, según la sanción que la conducta mereciera);

b) aquellos *plazos de prescripción* se suspenden con la iniciación de la información sumaria o del sumario y hasta la finalización de este (art. 37, RLMREP);

c) una vez iniciado el sumario administrativo, comienza a correr el *plazo de caducidad* del procedimiento que, por imperio del art. 38 de la LMREP, sería de seis —6— meses para su tramitación y resolución;

ix) en relación con los plazos de prescripción, vimos que según surge del art. 37 de la LMREP

para la aplicación de las sanciones disciplinarias, los que según la última parte de aquella norma comienzan a correr a partir del momento de la comisión de la falta, señalamos que se computan de la siguiente forma:

- (i) Causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión: un (1) año,
- (ii) Causales que dieran lugar a la cesantía: dos (2) años,
- (iii) Causales que dieran lugar a la exoneración: cuatro (4) años.

x) resulta necesario que en Argentina se comience a debatir la posibilidad de distinguirse entre faltas disciplinarias **instantáneas, continuas y permanentes** pues, aquella clasificación, como fue demostrado, resulta fundamental para el inicio del cómputo del plazo de prescripción y, por tanto, de insoslayable valoración para el ejercicio de la potestad disciplinaria tendiente a obtener un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Por eso, a nuestro juicio, y en línea con la tesis planteada, propusimos que, ante una eventual reforma de la LMREP, podría sugerirse una modificación de la última parte del art. 37 de la LMREP por una fórmula igual o similar a la siguiente: *“en todos los casos, el plazo de prescripción se contará a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse”*.

Por otra parte, también precisamos que si se quisiera establecer que el plazo de prescripción debe comenzar a correr a partir del momento en que la Administración toma conocimiento de la falta, sería recomendable adoptar una regulación que, manteniendo la idea anterior, lo haga en términos similares a los siguientes: *“la acción disciplinaria prescribe por: a- el transcurso de 5 años a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse, b- dos años a partir de tomado conocimiento por la Administración”*.

Si bien en esta última propuesta hemos unificado los plazos de prescripción aplicable a las distintas faltas disciplinarias (apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración), nada obsta a que de querer mantenerse plazos distintos según la clase de falta disciplinaria de que se trate, la cuestión también pueda regularse con el mismo espíritu.

Así, por ejemplo, bien podría establecerse una redacción similar a la siguiente:

“Artículo 37.- La acción disciplinaria prescribirá a los dos (2) años para los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con apercibimiento o suspensión; a los tres (3) en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con cesantía; a los cuatro (4) años en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con exoneración.

El plazo de prescripción se computará por el transcurso del plazo fijado para cada sanción computado a partir del momento de la comisión de la falta o, si este fuese permanente o continuo, cuando cesó de cometerse, salvo que, durante ese período, la Administración hubiera tomado conocimiento de la falta. En este último supuesto, la prescripción operará dos (2) años después de esa toma de conocimiento, siempre que no hubiere transcurrido el plazo anterior”.

ix) Algunas de aquellas pautas son, por cierto, las que se siguieron, a simple título ejemplificativo, en el art. 81 del nuevo “Procedimiento de Responsabilidad administrativa funcional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires” recientemente aprobado por el Ministerio Público Fiscal bonaerense mediante Resolución n.º PG. 2099/2024.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 6: Régimen disciplinario

El nuevo régimen disciplinario del Ministerio Público

Miguel J. R. de Lezica

El nuevo régimen disciplinario del Ministerio Público

por Miguel J. R. de Lezica¹

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de diciembre de 2024 mediante Resolución PG 2099/24 (en adelante RPG 2099/24), el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia dispuso la entrada en vigencia del *Procedimiento de Responsabilidad Administrativa Funcional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires*. Esta norma reemplaza al régimen disciplinario de la Resolución PG 1233/01 (en adelante RPG 1233/01) para toda investigación que se inicie a partir del 1 de enero de 2025.

El nuevo procedimiento objeto de la presente exégesis es la consecuencia y confluencia de una serie de factores que explican y justifican la reforma. Pero no se trata sencillamente de la modificación o reemplazo de un reglamento por otro. Por el contrario, el nuevo procedimiento aspira a ser una profundización y optimización del anterior.

Así, la norma ha tenido en consideración más de veinte años de experiencia en materia disciplinaria; la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los tratados de derechos humanos y el consecuente desarrollo jurisprudencial aplicable a esta temática; las consultas, observaciones y propuestas de los órganos que ejercen la competencia disciplinaria en los veinte departamentos judiciales de la provincia; la necesidad de adecuación a las nuevas tecnologías, específicamente, domicilio electrónico, expediente digital y audiencias telemáticas, así como los ejes centrales del proyecto estratégico de gestión del Ministerio Público.

1. Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario de grado y posgrado UCA. Secretario de Control Disciplinario y Enjuiciamiento de la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. .

El nuevo reglamento en definitiva expresa los usos, conclusiones y soluciones elaboradas durante la vigencia del régimen anterior en procura de poner a disposición una norma de cuidado equilibrio y acendrado rigor jurídico. Analizaremos a continuación lo que entendemos constituyen los ejes centrales de la reforma.

2. ALCANCE Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El régimen disciplinario tiene el propósito de establecer los procedimientos para determinar la responsabilidad administrativa de los integrantes del Ministerio Público. La RPG 2099/24 que reproduce en gran medida la disposición sobre ámbito de aplicación y sujetos alcanzados de la RPG 1233/01, especifica una categoría de sujetos que no estaba explícitamente señalado en el régimen anterior, a saber, defensores y asesores ad-hoc.

La falta de alusión expresa no fue óbice para la aplicación de la competencia disciplinaria a esos sujetos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 92 de la ley 5.827 Orgánica del Poder Judicial. Se trata de aquellos profesionales que, sin ser parte de la planta permanente, ejercen funciones relevantes para el Ministerio Público en carácter de defensores o asesores designados para casos específicos.

La naturaleza de los incumplimientos es la misma, leyes, acuerdos, resoluciones e instrucciones de la Procuración General que regulen su función o instrucciones legales impartidas por sus superiores. Esto asegura la continuidad en la imputabilidad de las conductas que contravengan el marco normativo interno y las directivas correspondientes. La incorporación expresa de defensores y asesores ad hoc zanja toda posible duda interpretativa al respecto.

Un aspecto crucial y conocido, pero que la RPG 2099/24 destaca explícitamente en su artículo 3° es la exclusión de suspensiones preventivas, sanciones suspensivas o expulsivas a magistrados, en virtud de los artículos 180, 182 y concordantes de la Constitución provincial. Si bien la distinción de competencias en la materia está claramente establecida en la constitución, su reafirmación en el reglamento disciplinario subraya la especificidad del régimen de los magistrados, cuya remoción y sanción está reservada a procedimientos constitucionales propios, garantizando así la independencia judicial.

3. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS

Todo proceso en tanto movimiento racional se ordena a un fin. En materia práctica, el fin tiene razón de principio. A partir de allí surgen una serie de principios de menor generalidad que el fin último del proceso, pero sin los cuales éste no alcanzaría su término, por lo que, en tanto principios, son constitutivos del proceso.

En tanto constitutivos, ya que sin principios no hay proceso, los mismos han estado necesariamente vigentes desde que hay proceso. No obstante, y para que no queden dudas al respecto la RPG 2099/24 los enuncia expresamente en el artículo 4°. Allí se señalan los siguientes:

1.- Inviolabilidad de la defensa en sede administrativa. Este es un pilar de cualquier procedimiento sancionador y su mención expresa garantiza la facultad del sumariado a ser oído, ofrecer pruebas y controvertir los hechos imputados. La jurisprudencia ha sido contundente en la necesidad de garantizar este derecho desde el inicio de la imputación, como lo demuestran los fallos “Castro Veneroso” (Fallos 324:3593) y “Rafaniello G. A.” (Causa 3519), que enfatizan la notificación clara de la imputación y la violación del debido proceso ante su ausencia. Asimismo, “Farías P. O.” (Causa 16252) y “Peralta, M. M.” (Causa B. 60.042) reafirman la amplitud probatoria y la producción de prueba de descargo como parte esencial de la defensa.

2.- Toda sanción exige una decisión fundada. Esto implica que toda sanción debe contener una clara exposición de los hechos, la indicación de las causas determinantes de la medida, de las pruebas que acreditan el hecho y la responsabilidad, y las normas aplicadas. Fallos como “Vilche, R. F.” (Causa B. 62.942), “Gallo, G. V.” (Causa B. 64.841) y “Ciabattini Leonardo Luis” (Causa N° SM2-10149-2022) subrayan la imperiosa necesidad de motivación del acto administrativo disciplinario.

3.- No se puede aplicar sanción disciplinaria más de una vez por el mismo hecho (non bis in idem). Este principio fundamental prohíbe la doble sanción por la misma conducta, brindando seguridad jurídica al sumariado y a todo el Ministerio Público.

4.- Economía, sencillez, celeridad, eficacia y eficiencia. Estos principios, propios del derecho administrativo moderno, buscan asegurar que los procedimientos sean ágiles, directos y orientados a la verdad jurídica objetiva, evitando dilaciones innecesarias. La razonabilidad de los plazos es un principio que la jurisprudencia ha

enfaticado reiteradamente, como en “Vadillo S. y Otro/A” (Causa N° 22179) y “Losicer, Jorge Alberto y otros” (Causa L 216 XLV), este último incluso con referencia al Pacto de San José de Costa Rica.

5.- Proporcionalidad de las sanciones. Esto es propio de un principio de culpabilidad racional y conforme a la naturaleza de las cosas. Las sanciones deben guardar la debida proporción con el hecho que las motiva y con los antecedentes disciplinarios del agente. Este principio busca evitar sanciones desmedidas y asegurar la justicia en la aplicación de las medidas disciplinarias. Fallos como “Farías P. O.” (Causa 16252), “F., H. R.” (Causa B. 62.902), “Frontaloni, M. L.” (Causa B. 60.796), “Gallo, G. V.” (Causa B. 64.841) y “Peralta, M. M.” (Causa B. 60.042) han reiterado la importancia de evitar el “exceso de punición”.

4. COMPETENCIA. PLAZOS Y NOTIFICACIONES

Este capítulo aborda aspectos procedimentales cruciales como la competencia, el cómputo de plazos, el carácter de las actuaciones, la vista y las notificaciones. La RPG 2099/24 introduce precisiones y modernizaciones en varios de estos aspectos.

1. Competencia

El artículo 5° de la resolución bajo análisis hace explícita la superintendencia del Procurador General sobre los demás miembros del Ministerio Público establecida en el artículo 189 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y reglamentada en la ley 14.442. El mentado artículo establece, conforme la normativa indicada que la superintendencia disciplinaria está en cabeza del Procurador General, y que esa potestad puede ser ejercida por los magistrados señalados en la ley 14.442.

Ésta norma enuncia al efecto, a los Fiscales de Cámara, Fiscal del Tribunal de Casación y Fiscales, Defensor General, Defensor del Tribunal de Casación y Defensor Departamental, según la reglamentación que dicte el titular de la superintendencia disciplinaria.

El artículo 6°, por su parte, formaliza la figura de la avocación por parte del Procurador General. Esta facultad permite al Procurador requerir las actuaciones disciplinarias que estime pertinentes, las cuales quedarán sometidas a su conocimiento y decisión, “en atención al servicio de justicia, prestigio y correcto funcionamiento institucional del Ministerio Público”.

2. Cómputo de Plazos

La RPG 2099/24, en su Artículo 7°, distingue en forma específica lo relativo a plazos. Los mismos se computarán en días hábiles judiciales, salvo el cómputo especial establecido para las medidas preventivas y el término de la suspensión sancionatoria. Esto introduce una importante distinción, reconociendo que ciertas medidas, por su naturaleza, pueden requerir un cómputo distinto.

El nuevo régimen mantiene la facultad del instructor de habilitar días y horas inhábiles, pero además incorpora en su artículo 8° el denominado plazo de gracia: “Las presentaciones sujetas a plazo no presentadas dentro del horario administrativo del día en que vencieren, podrán ser entregadas válidamente el día hábil inmediato posterior y dentro de las cuatro (4) primeras horas del horario judicial.”

Esto contrasta directamente con la prohibición explícita del plazo de gracia en la RPG 1233/01. La jurisprudencia ha insistido en la necesidad de plazos razonables en los procedimientos, como se desprende de “Vadillo S. Y Otro/A” (Causa N° 22179), “Farías Ricardo Gaston” (Causa 19919), “Crispo, Carlos Eduardo” (Causa 28792) y “Lo-sicer, Jorge Alberto y otros” (Causa L 216 XLV), vinculando la razonabilidad del plazo con el debido proceso.

3. Carácter de las actuaciones y vista

El artículo 9° de la resolución bajo análisis establece que: “Los procedimientos disciplinarios tendrán carácter reservado desde su inicio hasta la conclusión del período de cargo.” Esto importa una modificación sustancial respecto al régimen anterior en que se notificaba al investigado la información sumaria, haciéndole saber la existencia de un proceso, pero sin que pudiera aún tomar vista del mismo y ejercer su defensa. Ahora, el sumariado no tiene conocimiento del expediente hasta el momento de la imputación, acto procesal a partir del cual puede tomar vista e imponerse de su contenido para luego presentar su descargo.

La validez de la prueba producida en actuaciones preliminares reservadas, sin intervención del imputado, ha sido objeto de debate, pero ha sido abordada por la jurisprudencia, (“Centurión C. A.” Causa N°12174), que, valida la reserva, siempre que se respete el derecho de defensa en etapas posteriores. La imputación al sumariado

y consecuente vista del expediente lo habilita a controlar, discutir, y en su caso reproducir en su presencia, la totalidad de la prueba producida.

Siguiendo criterios jurisprudenciales como el de la causa “M., G. G.” (Causa A. 70.399) el reglamento establece que el pedido de vista suspende los plazos para recurrir, en consonancia con el debido proceso y el Artículo 8.1 de la Convención Americana.

4. Domicilio, notificaciones y digitalización

Uno de los hitos centrales del nuevo reglamento es el expediente digital. Esta modalidad ya había reemplazado al expediente papel, aún durante la vigencia de la RPG 1233/01. El reglamento sencillamente recoge una práctica incorporada de conformidad al proceso de modernización del Ministerio Público y adecúa reglamentariamente las circunstancias propias de esta modalidad.

Así, se incorpora la obligatoriedad del domicilio electrónico. El artículo 12 del nuevo reglamento exige al sumariado la constitución de domicilio dentro del perímetro de la ciudad asiento del órgano sumariante “juntamente con una casilla de correo electrónico, donde se le cursarán las notificaciones.” Esto es una actualización crucial que se alinea con la digitalización de los procesos administrativos y judiciales.

La norma prevé, además, la consecuencia de la falta de constitución de domicilio: “quedará automáticamente constituido el domicilio electrónico en la cuenta de correo oficial asignada al interesado.” Esto asegura la fluidez de las notificaciones incluso ante la omisión del sumariado. En caso de que el sumariado esté suspendido o impedido de acceder a su cuenta de correo oficial, será notificado en el domicilio real.

En cuanto a las notificaciones (artículo 14 RPG 2099/24), se establece que se efectuarán “personalmente, por cédula o por los medios tecnológicos que se dispongan.”

Se detallan, también, los requisitos de las “Presentaciones”: deben consignar nombre y apellido, documento de identidad y estar firmadas de manera ológrafa o digital con valor oficial. Además, permite que las mismas se hagan “personalmente, por correo o por medios tecnológicos, en la medida que fuere posible y que permita al interesado guardar constancia de su efectiva recepción.” Esto moderniza los canales de comunicación y asegura la trazabilidad y control de los expedientes.

El artículo 15 mantiene la posibilidad de defenderse personalmente o con asistencia letrada al igual que en la RPG 1233/01 (Artículo 21). La intervención del letrado sigue sujeta a la previa aceptación del cargo y constitución de domicilio bajo las mismas condiciones que el sumariado, incluyendo ahora el domicilio electrónico.

5. Inspecciones

La RPG 2099/24 reafirma de manera puntual la facultad de realizar Inspecciones (Artículo 16), lo cual es una facultad de investigación inherente a cualquier procedimiento sumarial pero que la RPG 1233/01 no detallaba en un artículo propio. Esta norma establece que podrán ser ejecutadas de oficio por la Secretaría de Control Disciplinario y Enjuiciamiento o por los funcionarios designados, y que se confeccionará un acta consignando información relevante. Esto otorga un marco normativo explícito a una diligencia probatoria fundamental.

En conjunto, las disposiciones generales de la Resolución 2099/24 muestran una clara tendencia a la modernización, la digitalización y la clarificación de los procedimientos, buscando mayor eficiencia y adaptabilidad a las herramientas tecnológicas actuales, a la vez que refuerza las garantías procesales.

5. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO Y ABANDONO DE CARGO

1. Supuestos especiales

La RPG 2099/24 incorpora un capítulo específico para “Supuestos especiales”, lo que demuestra una intención de adaptar los procedimientos a la naturaleza de ciertas faltas, buscando mayor celeridad y eficiencia. Este instituto es una de las innovaciones más notables de la reforma; permite la tramitación de un procedimiento simplificado para la aplicación de sanciones correctivas en supuestos específicos, a saber:

- a. Reiteración de inasistencias injustificadas que no configuren el abandono de cargo.
- b. Incumplimiento de la obligatoriedad de comunicar el inicio y tramitación de actuaciones disciplinarias a la Secretaría de Control Disciplinario y Enjuiciamiento por parte de la autoridad disciplinaria descentralizada.

c. Omisión de presentación de la declaración jurada patrimonial al Registro de Declaraciones Patrimoniales en el plazo estipulado al efecto.

El trámite para este procedimiento simplificado es el siguiente: iniciadas las actuaciones y acreditada la falta, previo dictamen del área de asesoramiento legal (otra innovación del reglamento a la que se aludirá infra), el órgano sumariante notificará al sumariado la falta, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo en el plazo de cinco (5) días.

Producida la prueba y certificados los antecedentes, se resolverá “sin más trámite”. La introducción de este procedimiento simplificado responde a la necesidad de agilizar la respuesta disciplinaria para faltas de menor complejidad o que son de fácil acreditación. Esto reduce la carga procesal de los sumarios ordinarios y permite una gestión más eficiente de los recursos, liberando tiempo y esfuerzo para los casos que demanden una investigación más profunda.

La RPG 1233/01 no contemplaba un procedimiento específico de estas características para esa clase de faltas, lo que implicaba que todas, sin importar su gravedad o complejidad, se canalizaran a través de los mismos cauces, con la consecuente burocratización y lentitud.

2. Abandono de Cargo (Artículo 24, RPG 2099/24)

Ambas resoluciones abordan el abandono de cargo, pero la 2099/24 lo hace con mayor detalle y bajo una definición más precisa. La RPG 1233/01, en su Artículo 13 (a través de la remisión al Acuerdo 3354), establecía que el funcionario o agente que incurriera en cinco (5) inasistencias consecutivas sin previo aviso, sería considerado incurso en abandono de cargo. Se preveía la intimación fehaciente para que se reintegrara en un (1) día hábil, y si no se presentaba, se decretaba directamente su cesantía. Si brindaba razones y ofrecía prueba, se aplicaba el procedimiento del Título III.

La RPG 2099/24, en su Artículo 24, también establece que “El funcionario o agente que incurra en cinco (5) inasistencias consecutivas sin previo aviso, será intimado fehacientemente para que se reintegre a sus tareas dentro del término de un (1) día hábil subsiguiente al de su notificación.” Si no se presenta, se considera abandono de cargo y corresponderá “decretar sin más trámite su cesantía”.

Sin embargo, añade una aclaración importante: “Ante la ausencia injustificada, el superior jerárquico del agente o funcionario podrá disponer las siguientes medidas para regularizar la situación”... Esto da un margen para la intervención previa del superior. Además, mantiene la previsión de que “Si frente a la intimación el funcionario o agente brindare razón de las inasistencias y ofreciere prueba de sus dichos se le instruirá sumario, en caso de corresponder.”

El fallo “Vilche, R. F.” (Causa B. 62.942) ha abordado casos de abandono de cargo, enfatizando la necesidad del debido proceso y la motivación de la decisión. La redacción de la RPG 2099/24 es más clara en la secuencia de eventos y las consecuencias. Mantiene la esencia del procedimiento simplificado para el abandono de cargo que ya estaba en la 1233/01 (vía Acuerdo 3354), pero lo integra de forma orgánica en un capítulo de supuestos especiales.

El artículo 25, por su parte, extiende el mismo procedimiento previsto para el abandono de cargo a los casos de “inasistencias posteriores al vencimiento de una licencia legalmente concedida y gozada. Este capítulo de supuestos especiales, en particular la introducción del procedimiento simplificado, representa un claro avance en la eficiencia y la adaptación del sistema disciplinario a la diversidad de faltas y su gravedad.

6. ESTRUCTURA Y REGULACIÓN DEL PROCESO

Llegamos ahora al núcleo del procedimiento administrativo disciplinario. Las modificaciones del nuevo régimen aportan claridad y precisión facilitando así el debido proceso y la facultad efectiva de defensa. El reglamento prevé tres niveles o etapas de investigación según la complejidad y gravedad de los hechos. Cada uno de estos niveles está sujeto a plazos ordenatorios y se distinguen con precisión las respectivas etapas procesales.

El primer nivel es el de la investigación preliminar regulada a partir del artículo 46. La misma procederá cuando sea necesaria una investigación previa para acreditar la existencia y verosimilitud de los hechos denunciados. El plazo de la investigación preliminar será de treinta (30) días, prorrogables por igual plazo si las circunstancias así lo exigieren. Finalizado el plazo será responsabilidad del instructor elaborar un informe en el que propondrá al superior el cierre y archivo de la investigación o el trámite a seguir.

La información sumaria (art. 50 y sgtes.) procederá cuando sea necesaria una investigación previa para comprobar la existencia de actos u omisiones que pudieran dar lugar a la instrucción de sumario administrativo. Aquí el plazo de sustanciación es de cuarenta (40) días, prorrogable por igual período si a criterio del superior, lo exigieran las circunstancias, dejando constancia de ello en las actuaciones.

Se podrá requerir al presunto responsable un informe aclaratorio respecto de los hechos que motivaron las actuaciones, el que deberá ser respondido por el requerido en el plazo de diez (10) días. Ello no implica imputación administrativa ni sule la vista en caso de ordenarse sumario administrativo. Vencido el plazo sin que se haya dado respuesta, se intimará al requerido por el término de cinco (5) días, luego de lo cual las actuaciones proseguirán según su estado.

Transcurrido el plazo de cuarenta días del art. 51, previa verificación de la situación de revista y antecedentes sindicales, el instructor contará con un plazo de quince (15) días para elaborar un informe que deberá contener una relación circunstanciada de los hechos investigados, la descripción y valoración de la prueba producida, y sus conclusiones sobre si ha quedado acreditada o no la existencia de irregularidades, señalando además las normas infringidas. Elevado el informe, el superior podrá disponer el cierre y archivo, una recomendación o la instrucción de sumario administrativo si correspondiere.

A diferencia de las dos etapas hasta aquí descriptas el sumario administrativo no cuenta con un plazo total, sino que se rige por los plazos correspondientes a cada acto procesal. Así, se correrá vista al imputado por el término de diez (10) días, prorrogables, con indicación precisa de los hechos imputados, las normas infringidas y la prueba de cargo. En su descargo el imputado podrá ofrecer toda la prueba que haga a su defensa, solicitar la reproducción de la que no haya presenciado (v.gr. declaraciones testimoniales) y podrá solicitar se fije audiencia a los fines de prestar declaración, la que podrá llevarse a cabo por vía telemática.

La pertinencia de la prueba ofrecida será valorada por el órgano sumariante y el plazo de sustanciación de la misma será de treinta (30) días, prorrogables por diez (10) días más. El nuevo régimen incorpora como novedad y en beneficio del imputado, la posibilidad de alegar sobre el mérito de la prueba. Concluido el período probatorio se notificará al imputado quien podrá alegar dentro del término de cinco (5) días.

Presentado el alegato o vencido el plazo para hacerlo, el superior dispondrá la conclusión de la etapa de descargo y ordenará la producción del informe de la instrucción, en el plazo de quince (15) días. El informe deberá indicar:

- a. Si los hechos investigados constituyen irregularidad administrativa.
- b. La participación que en ellos tuviera el imputado, mencionándolo claramente por su nombre y apellido completo.
- c. La exposición de la causa, conjugando metódicamente los hechos, relacionándolos con las pruebas agregadas y el derecho aplicable.
- d. La atribución o eximición de responsabilidad al sumariado.
- e. Las circunstancias atenuantes y agravantes, que puedan modificar la responsabilidad del imputado, desde una base estrictamente probatoria.
- f. La recomendación de la aplicación de sanción u otra medida a adoptar.

Otra novedad de este régimen es la incorporación en el artículo 70 del dictamen de control de legalidad. El mismo procederá previo al dictado del acto de decisión final, así como ante la interposición de recursos, previo a la resolución. Se correrá traslado por el término de diez (10) días al área de asesoramiento legal, al efecto.

Esta novedad recepta la inveterada doctrina del artículo 7 de la Ley Nacional Procedimiento Administrativo 19.549. Toda vez que el acto de decisión final es un acto administrativo, el dictamen del área de asesoramiento legal constituye un procedimiento esencial, en tanto podrían estar afectados derechos subjetivos.²

Por último, la autoridad competente resolverá en forma motivada conjugando los antecedentes de hecho y derecho. El artículo 71 establece como integrante de la resolución final la obligación de considerar la sistematización de principios éticos básicos, deberes exigibles y prohibiciones aplicables al desempeño funcional y la

2. "No es un informe de antecedentes ni una colección de afirmaciones dogmáticas sino el análisis exhaustivo y profundo de una situación jurídica determinada, efectuado a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan..." cfr. Dictámenes 141:202, Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, n° 10, p. 37.

conducta que se desprende del Código de Ética del Ministerio Público (Resolución PG 32/19).

En materia recursiva el nuevo régimen ha mantenido, en general, el esquema de la RPG 1233/01, a saber, aclaratoria, reconsideración, revisión y jerárquico. Pero en este último caso el artículo 76 lo regula con algo más de precisión: “Contra el rechazo del recurso de reconsideración o la imposición de sanción directa en una dependencia de primera instancia cabrá el recurso jerárquico a la Fiscalía General o Defensoría General correspondiente, cuando la sanción hubiera sido impuesta en una instancia superior el recurso será al Procurador General.”

Por su parte, recogiendo otra antigua, pero no por ello menos vigente, doctrina plasmada en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549,³ el reglamento incorpora el recurso conocido como “Denuncia de Ilegitimidad”. El artículo 79 dice: “*Denuncia de ilegitimidad*. Vencidos los plazos para interponer el recurso se pierde el derecho para articularlo. No obstante, la presentación debe tramitar como denuncia de ilegitimidad y tratarse de manera análoga al recurso para comprobar si el acto incurre en ilegitimidad; salvo que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho.

Si la denuncia es procedente debe revocar el acto impugnado, si no lo es, el acto que la desestima no es recurrible.”

7. PLAZO RAZONABLE Y PRESCRIPCIÓN

En los considerandos de la Resolución 2099/24 que aprobó el Procedimiento de Responsabilidad Administrativa Funcional del Ministerio Público dice:

“... Que, a su vez, la Corte Suprema, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el “plazo razonable” de duración del proceso que se menciona en el inciso 1º del artículo 8º del citado tratado, constituye

3. LNPA 19.549, art 1 bis. h) “Interposición de recursos fuera de plazo. Denuncia de ilegitimidad: una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, se perderá el derecho para articularlos; ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales (las que en ningún caso podrán exceder ciento ochenta (180) días desde la fecha de notificación del acto), se entienda que medió abandono voluntario del derecho.”

una garantía que “no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función–, sino que debe ser respetada por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”; ...

En consecuencia, el régimen bajo análisis estableció plazos para la instrucción de los diferentes procesos disciplinarios y especificó los términos y alcances de la prescripción haciendo explícita en el reglamento la garantía del plazo razonable. Ello así porque en la RPG 1233/01 la prescripción solo corría para los agentes y no se aplicaba a magistrados y funcionarios.

Conforme la nueva reglamentación la prescripción rige para todos los sujetos alcanzados por el régimen disciplinario y el plazo es de dos (2) años para las faltas susceptibles de sanciones correctivas y de cuatro (4) años para las expulsivas. Cabe destacar que según el régimen jurídico de la provincia de Buenos Aires los magistrados solo son pasibles de sanciones correctivas ya que las suspensivas y expulsivas son de exclusivo resorte del jurado de enjuiciamiento tal como lo establecen los artículos 182 y siguientes de la Constitución local.

Esta doctrina es la que surge de fallos como “Drocchi A. P.” (Causa N° 7159/18), “Germano E. Y Otros” (Causa N° C-9470), “Vadillo S. Y Otro/A” (Causa N° 22179), “Dieguez, G. A. y otro” (Causa C-9471-BB1), “Frontaloni, M. L.” (Causa B. 60.796), “Parra de Presto, S. M.” (Causa B. 51.897), “Crispo, Carlos Eduardo” (Causa 28792) y “Losicer, Jorge Alberto y otros” (Causa L 216 XLV), que han abordado la prescripción de la acción disciplinaria, los actos interruptivos y la vinculación con el plazo razonable del procedimiento.

8. NON BIS IN IDEM Y LAS DIMENSIONES DE LA RESPONSABILIDAD

El nuevo reglamento es expresión de una concepción específica de la materia disciplinaria. De un tiempo a esta parte han aparecido diversas voces doctrinarias que postulan la aplicación al ámbito sancionatorio de la estructura y principios del derecho penal.⁴ Ello, supuestamente, en procura de velar por las garantías propias del debido proceso y el más amplio y efectivo derecho de defensa.

4. Obligado, L. (2022). La aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo disciplinario. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 755-794. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.obl>

Si bien el tema excede los límites de este trabajo y amerita uno autónomo al respecto, dejaremos sentadas aquí algunas premisas a partir de las cuales será posible abordar la pretendida aporía.

En primer lugar, es necesario identificar el fin del procedimiento administrativo disciplinario. Éste tiene por objeto sancionar aquellas conductas del agente que lesionan el buen funcionamiento de la administración pública y que se originan en la inobservancia de los deberes inherentes a su condición de agente público.⁵ Como puede advertirse se trata de un fin complejo en el que la sanción se ordena a la protección del buen desenvolvimiento de la administración, pues sin orden no se puede concebir el eficaz desarrollo de la actividad administrativa.⁶

En segundo lugar, cabe considerar que un mismo hecho, o sea la conducta realizada por el agente, puede dar lugar simultáneamente a responsabilidad disciplinaria, penal y civil. Así lo explica y distingue, entre otros, Villegas Basavilbaso cuando afirma que : “La transgresión de un deber de la función o empleo no tiene siempre efectos unívocos; puede consistir en la violación de una norma meramente disciplinaria, sin otras consecuencias; o puede causar un daño patrimonial a la administración pública o puede configurar un delito del derecho penal. La multiplicidad de efectos que surjan de un mismo hecho determina las distintas clases de responsabilidades, que no son excluyentes entre sí, y con ello, tres clases de sanciones: la disciplinaria o administrativa, la civil o patrimonial y la penal.”⁷

El fin del derecho penal y el del derecho administrativo disciplinario son distintos. Luego a diversidad de fines diversidad de principios, que en materia práctica tienen razón de fin. Si la preocupación es la del debido proceso y garantías de defensa, no hay porqué aplicar la estructura del derecho penal, una de cuyas principales características es ser la *ultima ratio*. En materia disciplinaria rige en la plenitud de su vigencia el necesario control de constitucionalidad propio de todo órgano llamado a expedirse sobre lo suyo de cada uno.

5. Repetto, Alfredo L., *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Cathedra, Buenos Aires 2014, p. 3.

6. Dictámenes 199:175, Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, n°18, p. 297.

7. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T III, Tea, Buenos Aires 1951, p. 526/527.

9. CONCLUSIÓN

La RPG 2099/24 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires representa una actualización integral y necesaria del régimen de responsabilidad administrativa funcional del Ministerio Público, sucediendo a la RPG 1233/01 para todas las causas que se inicien a partir del 1 de enero de 2025. A lo largo de este análisis comparativo, hemos observado que la nueva normativa no se limita a una simple modificación, sino que establece un marco renovado que incorpora los avances y las demandas del derecho administrativo contemporáneo y la rica doctrina judicial.

Entre las incorporaciones más destacadas de la RPG 2099/24 se encuentran la explicitación y ampliación del alcance a los defensores y asesores ad-hoc, la consolidación y enumeración expresa de los principios rectores, la modernización de las comunicaciones procesales mediante la obligatoriedad del domicilio electrónico y el uso de medios tecnológicos, y la introducción de un procedimiento simplificado para faltas de menor entidad, lo que promete una mayor celeridad y eficiencia.

Asimismo, la integración directa de las clases de sanciones y sus causales, que antes se remitían a un acuerdo externo, simplifica la consulta y aplicación de la norma. Se refuerzan también ciertas garantías para el sumariado, como la continuidad de los aportes previsionales en caso de suspensión sancionatoria.

La incorporación de la doctrina de los fallos judiciales ha enriquecido este análisis, demostrando cómo la jurisprudencia ha moldeado y aclarado la aplicación de los principios del debido proceso, el derecho de defensa, la tipicidad, la proporcionalidad de las sanciones, la razonabilidad de los plazos, la prescripción de la acción disciplinaria y la independencia entre los procesos penales y administrativos. La constante referencia a los estándares de derechos humanos, particularmente los emanados del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la CIDH, subraya la evolución hacia un sistema disciplinario en sintonía con los compromisos internacionales del estado argentino.

En definitiva, la RPG 2099/24 es un paso adelante en la búsqueda de un sistema disciplinario más ágil, transparente y justo para el Ministerio Público bonaerense. Su implementación efectiva requerirá no solo la difusión de la norma, sino también la capacitación de los actores involucrados y la adaptación de las prácticas insti-

tucionales, siempre en diálogo constante con la evolución de la jurisprudencia. La finalidad última es asegurar que la función pública se desarrolle con la máxima probidad y eficiencia, en beneficio de la sociedad a la que sirve.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 6: Régimen disciplinario

Procedimiento administrativo disciplinario y transparencia pública ¿un tema tradicional que se renueva?

Miriam Ivanega

Procedimiento administrativo disciplinario y transparencia pública ¿un tema tradicional que se renueva?

por Miriam Ivanega¹

1. RETOMANDO REFLEXIONES

Nos encontramos ante un tema que periódicamente regresa a las páginas de los libros del derecho público.

Es cierto que no es la primera vez que lo analizamos, pero también lo es que siempre vale la pena volver sobre los pasos que dimos para analizar el impacto que pudo recibir de nuevos estudios, interpretaciones jurisprudenciales o cambios normativos.

Por eso, querido lector no pretenda encontrar aquí una fórmula mágica que responda a todas las incertidumbres que tiene sobre el procedimiento disciplinario, porque si algo he aprendido en el camino del derecho, es que las situaciones que en la práctica generan dudas interpretativas no suelen tener respuestas concluyentes, universales o terminantes en la reglamentación, la doctrina o la jurisprudencia.

Es así, que no ingresaremos en el análisis del régimen sumarial nacional (Decreto 452/2022) porque se abordará la incidencia del principio de transparencia en la investigación disciplinaria, con una mínima referencia a su inclusión en la Ley 19.549 (reforma de la Ley 27.742).

1. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Magister Profesional en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Vicepresidenta de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Miembro fundador y actual vocal del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Miembro Honorario de las Asociaciones de Derecho Administrativo de México y Nicaragua, del Instituto Brasileiro de la Función Pública y de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario. Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Es profesora de universidades públicas y privadas de su país y de Latinoamérica. Ha brindado conferencias y dirigido cursos, jornadas y seminarios en materia de derecho público. Ocupó diversos cargos públicos en los ámbitos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Es autora de cientos de artículos de derecho público y de libros, comprendiendo temas de administración y gestión pública, control, licitación pública, contratos administrativos, procedimiento y acto administrativo, defensa de los particulares, empleo público, potestad disciplinaria, mecanismos contra la corrupción, responsabilidad.

2. APUNTES ACERCA DEL ARTÍCULO 1 BIS DE LA LEY 19.549 -LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (LNPA)

La Ley 27.742 declaró “la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año” y delegó en el Poder Ejecutivo nacional las facultades dispuestas en la ley, relacionadas a materias determinadas de administración y de emergencia, conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional.

Ente los variados temas que regula, se encuentra la LNPA cuyas modificaciones, a nuestro criterio, deben enmarcarse en las bases incluidas en el inc. a) art.2 (Capítulo Reorganización administrativa), ya que para el logro de una gestión “transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común”, es necesario un procedimiento administrativo que constituya un instrumento efectivo a esos objetivos, aunque advirtiendo que la reforma al régimen legal no es suficiente por resultar imprescindible su puesta en práctica con acciones que sean efectivas en términos de derechos humanos.

Sostienen Mairal y Veramendi que el nuevo texto de la LPA incluye una generosa enunciación de principios generales, comprendiendo los de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración. Sin embargo, también son escépticos acerca de la eficacia de aquellos para mejorar la protección de los particulares, porque al enunciarse principios y no reglas, “el legislador delega en el juez la construcción de la norma, dado que, frecuentemente, un principio puede oponerse a otro (por ejemplo, la tutela administrativa efectiva frente a la seguridad jurídica), exigiendo así al tribunal arbitrar entre los principios en pugna”. Esta posibilidad puede dar lugar al tratamiento diferente de situaciones análogas basado en la apreciación particular del juez².

Si bien tales incorporaciones han resultado sumamente positivas, debe reconocerse que el legislador recogió los principios generales que ya se habían arraigado tanto en otras normas legales y reglamentarias (por ejemplo, Decreto 1172/2003 y Ley 27.275), como en los estudios de la doctrina argentina y la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

2. Mairal Hector y Veramendi Enrique, “La Reforma en la LPA” *La Ley*, Buenos Aires, 12-07-2024, p. 1-2

El art. 1 bis también reconoce otros principios, algunos de los cuales que ya estaban incluidos en la LPA: Impulsión e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia en los trámites, eficiencia burocrática, informalismo. Y el plazo razonable componente de la tutela administrativa efectiva, como un derecho.

En el plano disciplinario, aquellos se aplican supletoriamente al Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA), conforme al art. 1 inc. b-ap. ii.

Ahora bien, desde nuestra visión la transparencia pública constituye un verdadero principio general informador de todo procedimiento administrativo, carácter que comparte con la juridicidad; ambos son ejes de los que derivan otros principios (por ejemplo, tutela administrativa efectiva, simplificación administrativa, eficacia, eficiencia, plazo razonable) e irradian ciertas exigencias a la que deben ajustarse los procedimientos disciplinarios.

Aun cuando en esta ocasión, nos limitaremos al principio de transparencia, cabe recordar que la juridicidad, exige que la actuación administrativa se ajuste a derecho no sólo en lo relativo al respeto de las leyes sino también de los reglamentos y demás fuentes del derecho. Por eso es más amplio que el principio de legalidad, que requiere que las limitaciones de derechos de los particulares se base en una ley, “no siendo suficiente al respecto una mera reglamentación que no esté, a su vez, válidamente basada en ley”. Es decir, la función de esos dos principios es diferente, salvo “que se les dé una acepción tan amplia que incluya los dos conceptos bajo una misma denominación”³.

3. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA

Este principio permite hacer visible la gestión pública. Garantizarla tiene bases democráticas en especial cuando se concreta a través del acceso a la información y la participación ciudadana.

Pero también, es innata a la tutela administrativa efectiva, porque para que este despliegue toda su efectividad resulta fundamental evitar acciones ocultas que desvíen sus fines, que obstaculicen el debido proceso y el logro de la verdad material.

3. Mairal Hector y Veramendi Enrique, op.cit., p. 3

Sin dejar de insistir de que se trata de un principio general, base y manifestación de los otros mencionados en la LNPA y que su concreción es una garantía para la realización de los derechos fundamentales, hemos de detenernos en su vínculo directo con la eficacia, la eficiencia y el tiempo razonable, de especial atención en los procedimientos disciplinarios.

1. Eficacia y eficiencia

Ser eficaz es tener la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”⁴.

Estamos frente a un principio que impone el logro de resultados relacionados con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con mira a la efectividad de los derechos de los individuos.

Implica lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas o los resultados deseados; es decir que una actividad, un proyecto o un programa serán efectivos en la medida en que los propósitos sean obtenidos o logrados⁵. Como es propia de la naturaleza de toda organización, no podría concebirse organismo o ente público que careciera de finalidades que justifiquen su existencia. Por eso, siempre es importante para lograrla que los objetivos propuestos sean mensurables, claros y precisos.

El problema de la eficacia estatal no es nuevo en la ciencia jurídica, pero en las últimas décadas se plantea en términos novedosos, no tradicionales, así por ejemplo ha sido incorporada a documentos internacionales e incluso como principio general de la “buena administración”.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración, brinda interesantes elementos para interpretar este principio en su art. 2.6. al señalar que, en virtud de él “las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano Las Autoridades

4. RAE, Edición del Tricentenario, Edición 2022.

5. Nos remitimos a nuestro trabajo *Control público*, Astrea, Buenos Aires, 2017, en especial capítulo II y las citas allí incluidas.

buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública”.

Por tal razón, es exigible respecto de todos los procedimientos administrativos, la contratación administrativa, la gestión económica-financiera, la propia organización, porque deben cumplirse con los objetivos presentes en cada una de las manifestaciones de la Administración, quien debe remover todos los obstáculos que impiden lograr los fines.

En ese sentido, Canosa sostuvo que la tutela administrativa efectiva reconoce su núcleo en la existencia del debido procedimiento previo, el que deberá basarse en un conjunto de normas y de principios que aseguren el respeto de los derechos de los particulares que se vinculen con la Administración y procuren “un actuar eficaz de esta última”⁶.

En síntesis, una Administración Pública que se cumpla con el principio de eficacia deberá proteger al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, fundar sus decisiones, permitirle el acceso a los procedimientos administrativos que produzca las pruebas que hagan a su defensa y; por supuesto, que pueda exigir respuestas expresas y claras a las peticiones que se le formulen⁷.

Entre las nociones de eficacia y eficiencia existe un estrecho vínculo, pues mientras la primera alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere principalmente a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin⁸. Nos inclinamos por esta postura⁹, recalcando que ella no puede ser entendida fuera del principio de

6. Canosa Armando, De la verdad material y de la valoración de la prueba según la libre convicción, RAP 462, pp.25-29

7. Ivanega M. “Comentarios acerca de la tutela administrativa efectiva” en *Testimonio de derecho administrativo en homenaje al Profesor Armando N. Canosa*, RAP, Nro. 558/559, Buenos Aires, 2025, p.236-250

8. Luciano Parejo Alfonso, La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública, *Documentación Administrativa*, nro. 218-219, 1989, ps. 97-98.

9. La definición contenida en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano se inclina por un enfoque económico, al indicar que ese principio “obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de

legalidad.

Por eso, es un principio que refiere a la idoneidad de los medios utilizados (humanos, tecnológicos, presupuestarios, procedimentales, etc.) para cumplir con los objetivos (es decir, con la eficacia).

Otra Carta Iberoamericana, la de Calidad en la Gestión Pública del año 2008, se inscribe en la propuesta de adecuar el funcionamiento de las Administraciones públicas, para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades.

Es así como gira en torno a la calidad en la gestión pública con dos de los propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático: “1) toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso, formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2) la gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas”.

2. El tiempo razonable¹⁰

El tiempo como hecho natural, generador y extintivo de situaciones jurídicas resulta de vital importancia en el procedimiento administrativo, ya que el cómputo de los plazos es de observación obligatoria para el administrado y la Administración en las etapas procedimentales.

La demora en la tramitación de las peticiones de las personas, modalidad que hemos encuadrado en el concepto más amplio de “inactividad”, ha sido producto de diversos factores que convirtieron a la mora administrativa en una “enfermedad crónica” de la gestión administrativa.

compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general” (art. 2.7). “(...) El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia” (art. 2.8).

10. Ivanega Miriam., op.cit.p. 236-250

Como sostiene Durán Martínez, la preocupación por la duración de los procedimientos administrativos no es nueva, la sola fijación de plazos, implícitamente, involucra el reconocimiento de que tal actuación, para la que se le pone un plazo, tiene un interés “que trasciende al del que tiene que cumplirla. Es que la Administración es un ser instrumental, es un ser servicial, sirve con objetividad los intereses generales”. Las dos tendencias que implica el plazo razonable son la que vincula lo razonable al debido proceso, y la que lo relaciona con la buena administración. Por eso, el procedimiento de duración razonable puede ser encarado desde las dos perspectivas que, aunque puedan no ser totalmente coincidentes, no son incompatibles, pues el debido proceso hace a la buena administración. “En otros términos, el debido proceso es una de los contenidos de la buena administración”¹¹.

Para analizar cuando un plazo es razonable, la Corte IDH¹² propuso cuatro parámetros:

- a) La complejidad del asunto: cada caso presenta caracteres especiales que lo diferencian e inciden, en su tramitación y resolución.
- b) La actividad procesal de las partes: el comportamiento, colaboración y el impulso de ellas son sustanciales para demostrar que no son la causa de las dilaciones que se produzcan.
- c) En el caso de los procesos judiciales, el desempeño del órgano judicial competente, es sustancial para determinar si fue un elemento en la demora.
- d) La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Como comentamos en otra ocasión, la ponderación de la razonabilidad de los plazos en la tramitación de los procedimientos administrativo, fue objeto de análisis en la causa “Losicer”, del año 2012¹³, relacionado con la demora en un procedimiento san-

11. Durán Martínez Augusto, El plazo razonable en el procedimiento administrativo sancionatorio, Revista de Derecho - Universidad CLAEH - Año I - Número 1-2022, pp.325-351

12. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

13. Fallos. 335:1126, Losicer Jorge Alberto y Otros c/ BCRA Resol.169/05. Un año antes, en Bossi y García S.A. c/ D.G.A. (Fallos: 334:1264) vinculado con una multa aplicada en los términos del artículo 954 del Código Aduanero, sostuvo que el procedimiento recursivo originado en la denuncia por la comisión de infracciones en dos despachos

cionador tramitado por el Banco Central de la República Argentina. Si bien no era la primera vez que el Tribunal analizaba tal derecho, en ese precedente confirmó su aplicación en el campo de un sumario disciplinario, interpretando que “los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentan como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁴.

Otro precedente relevante fue el caso “Bonder”¹⁵, sentencia en la que aplicó las pautas establecidas por la Corte IDH para evaluar la razonabilidad de los plazos y revocar la sentencia que había confirmado las sanciones aplicadas por infracciones al régimen financiero. Allí entendió que se encontraba vulnerada la garantía de la defensa en juicio de los recurrentes y su derecho a obtener una decisión en el plazo razonable, de acuerdo al art. 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el análisis del caso valoró el procedimiento que comprendía el sumario tramitado por el Banco Central y la instancia judicial de revisión ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, los que, en conjunto, habían insumido casi veintiséis años desde los hechos investigados¹⁶. Esa extensión entre el procedimiento y el proceso resultaba injustificada, máxime que no se advirtió complejidad en los hechos ni actuaciones procesales de los sancionados que hubieran implicado interferencias en el normal desarrollo de las tramitaciones.

aduaneros, que se había prolongado durante más de veintitrés años, era “una situación que excedía todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal por lo que, si se ordenara un reenvío a los efectos de la tramitación de un incidente de prescripción de la acción en la instancia pertinente ello no haría más que continuar dilatando el estado de indefinición en que se ha mantenido al actor, en violación de su derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional y 8°, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que corresponde que sea la Corte la que ponga fin a la causa declarando la extinción de la acción penal por prescripción, lo cual torna abstractos los agravios del Fisco Nacional”.

14. Ivanega Miriam M., Derechos fundamentales plazo razonable y administración pública, en Revista Jurídica Universidad Autónoma de México, 2020, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6187/9.pdf>

15. Fallos 336:2184, Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/Banco Central de la República Argentina s/Resol 178/93

16. Esta interpretación ha sido reiterada por la Corte IDH, ente otros, en el caso “Perrone y Preckel vs. Argentina, 8 de octubre de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” Serie n°385.

Estas breves referencias muestran el avance interpretativo de los tribunales en el reconocimiento del derecho del plazo razonable en las últimas décadas, aunque como sostiene Gordillo “la calidad y eficiencia de la revisión judicial depende de la calidad y eficiencia de la actividad administrativa” y por ello, aquella no corrige sino sana los vicios administrativos —creyendo ser más eficaz y expeditiva, menos formalista— actitud que no hace más “que perpetuar las causas de su propia ineficiencia”¹⁷.

4. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

¿Por qué preocuparse por la transparencia en el procedimiento disciplinario?

Por dos razones: la primera por la finalidad que se persigue con la investigación, la segunda porque es una exigencia de la tutela administrativa efectiva. Veamos su vinculación con los principios antes descriptos.

1. Eficacia y Eficiencia. La importancia de la independencia del instructor

Insistimos en que la finalidad del procedimiento disciplinario no consiste exclusivamente en sancionar. En términos de eficacia, la sanción será consecuencia de la investigación, verdadero objetivo de aquel, por imposición del principio de transparencia y del derecho a la tutela administrativa efectiva.

Con ese enfoque, la instrucción de un sumario administrativo supone que existen situaciones, hechos, actos que merecen ser investigados; en consecuencia, deberá determinarse la existencia de una irregularidad, la entidad de esta para encuadrarla como una falta administrativa, la identificación de responsables y con posterioridad la valoración de la sanción a aplicar.

Suponer que un procedimiento disciplinario es eficaz si concluye con una sanción, es convertirlo en un instrumento de persecución, con el riesgo de transformar las etapas previas en meras formalidades carentes de contenido para investigar.

En este punto, toma protagonismo la verdad material, principio central para que se cumpla con la eficacia y la transparencia del procedimiento.

¹⁷ Gordillo Agustín, Tratado en derecho administrativo, 11ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2016, p. VIII-2

Es que, para cumplir con los objetivos, buscar y conocer la verdad de los hechos, resulta necesario que todas las etapas se direccionen en ese sentido y que, tanto el instructor como los investigados puedan, respectivamente, cumplir con sus funciones y articular todos los medios de defensa, con el máximo grado de transparencia.

Respecto a ello, es esencial que los ordenamientos jurídicos reconozcan el valor probatorio de pruebas digitales, pero también lo es que el sector público pueda contar con los suficientes medios y recursos, de diversa índole, para determinar la autenticidad e integridad de aquellas. Ya no puede ignorarse la importancia de ese tipo de pruebas que, aunque puedan considerarse como indicios, han de constituir herramientas de eficiencia para quien investiga y para quien debe defenderse.

A estos componentes, agregamos una condición relevante para llevar a la práctica los principios indicados: la independencia de los instructores sumariantes.

Ser independiente impone imparcialidad, objetividad y neutralidad, en todo el desarrollo de la investigación sumarial, incluyendo a quien tiene competencia para sancionar.

Actuar con imparcialidad presupone juzgar o proceder con rectitud, sin presiones ni preconceptos.

De ahí su vínculo con la objetividad, que refiere a lo perteneciente a un objeto en sí mismo independientemente de la forma de pensar o de sentir. Quien ejerce sus funciones con objetividad, atiende al sujeto y a la materia sobre la que tiene que decidir, conforme las disposiciones técnicos-legales aplicables y se despoja de intereses ajenos.

A su vez, la neutralidad comparte las particularidades de los anteriores, porque actuar de forma neutral supone que no se participa de las opciones en conflicto; es decir que en su relación con la imparcialidad nos encontraríamos en la expresión “mantenerse al margen” de las posibles colisiones de intereses que la investigación puede involucrar y evitar toda interferencia política, económica, social.

Si bien los regímenes jurídicos suelen reconocer la independencia de los instructores sumariales, en nuestra opinión esa condición se encuentra en riesgo por la inestabilidad en la relación de empleo público de los agentes que cumplen esa fun-

ción. Los procedimientos de selección no solo permiten confirmar la idoneidad de aquellos, sino que además otorgan la estabilidad necesaria para frenar presiones o coacciones que puedan incidir en los resultados de la investigación.

Nos encontramos ante verdaderos mandatos que se adicionan a la ética y a la profesionalización, que en conjunto permiten una actuación eficiente y transparente.

2. El Plazo razonable

Cada uno de los argumentos y antecedentes jurisprudenciales antes indicados son aplicables a todo procedimiento disciplinario. Nos remitimos a ellos.

Resulta indiscutible que la demora irrazonable atenta directamente contra la transparencia pública y por supuesto invalida la verdad material. Sin embargo, esas reflexiones merecen algunos comentarios.

El incumplimiento de los plazos legales en un sumario disciplinario puede obedecer a diversas causas.

Una es la que deriva de deficiencias estructurales ajenas a la actuación del instructor, quien carece de facultades para corregirlas; ejemplo de ello son la falta de personal que genera sobrecarga de trabajo, los defectos de los sistemas tecnológicos, entre otros.

Otro caso se presenta cuando la demora se produce por la desidia de quien instruye, que incumple con los deberes que impone la reglamentación, situación que lo hace responsable por tal irregularidad sea por conducta culposa o dolosa.

Y, por supuesto, el exceso en los plazos de tramitación puede ser generado por la actividad de los investigados, quienes obstaculizan el progreso de la investigación a efectos de evitar las sanciones que les corresponderían.

Estas situaciones, y otras, que transgreden el plazo razonable imponen una mirada transversal de los problemas porque afectan el principio de transparencia.

5. LA MOTIVACIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA TRANSPARENCIA

Como elemento esencial, se manifiesta en el acto administrativo a través de la expresión o explicación de las causas o motivos que fueron determinantes para su dictado y de la finalidad que se persigue¹⁸.

La motivación de los actos administrativos encuentra su asiento en la forma republicana de gobierno (prevista en el caso argentina en la Constitución Nacional) que implica la publicidad de los actos de gobierno y que permite que los habitantes del país conozcan tanto la acción que lleva a cabo el Estado, como por qué así actúa¹⁹.

Cassagne explica que, como requisito esencial del acto, traduce su justificación racional al plano exterior cuya obligatoriedad en las decisiones dictadas en ejercicio de facultades discrecionales obedece a dos razones: por un lado, permite deslindarla de la arbitrariedad, pues, de no existir motivación, el acto aparece como producto de la voluntad exclusiva de quien decide, situación no compatible con el Estado de Derecho. Por otro lado, la justificación se relaciona con la tutela judicial efectiva y con la garantía de defensa, que en la República Argentina está prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, porque el acto no motivado impide que el particular ejerza las facultades que integran el debido proceso adjetivo.

En consecuencia, la Administración se encuentra obligada a proporcionar las razones por las que optó por una decisión entre dos o más posibles; es por ello que resultando ser una garantía que se relaciona con los fines de interés públicos que tiene que perseguir su exteriorización, debe realizarse al momento de emitirse el acto; criterio que rechaza la llamada motivación contextual o *in aliunde*, así como la que se complete posteriormente²⁰.

18. En la República Argentina, la Ley de Procedimientos Administrativo (19.549 c/modif. Ley 27.742) la motivación son las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable

19. Coviello Pedro JJ. *La motivación del acto administrativo como Medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales*, en El control de la Actividad Estatal 1- Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, pp. 129-167 Comadira Julio Rodolfo, "Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", con la colaboración de Laura Monti, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 202.

20. Cassagne Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, ps. 203-204. Sacristán Estela, *La motivación como requisito esencial del acto administrativo*, en Acto administrativo y reglamento, Rap, Buenos Aires, 2002, pp. 65-92.

Debe ser suficiente, congruente y exacta. Es suficiente, cuando de su simple lectura se advierten las razones determinantes de la decisión; es congruente si existe coherencia entre la parte expositiva y la parte dispositiva del acto, es decir cuando está presente una razonable adecuación entre los motivos y finalidad enunciados y el contenido del acto que se expresan en la parte dispositiva; la congruencia es una exigencia del principio de razonabilidad. Y es exacta si son ciertas las circunstancias de hecho que se enuncian, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso. la interpretación es correcta y cuando la finalidad descrita puede ser satisfecha con lo decidido²¹.

Pero es indudable que motivar los actos administrativos es una manifestación concreta del principio de transparencia pública. Su abordaje como elemento de validez del acto administrativo debe complementarse con su carácter de instrumento eficaz para demostrar la actuación transparente de quienes intervinieron en su formación y dictado del acto.

Con el deber de motivar se otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática; por tanto, las decisiones que adopten y que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas; de lo contrario serían decisiones arbitrarias²².

En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer los hechos, causas y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, con el objeto de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. A su vez, la motivación demuestra a las partes que han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores²³.

21. Durán Martínez Augusto, “Motivación del acto administrativo y buena administración”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 13(13), 18-32 <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/409>

22. Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 152 y 153; Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153, y Caso Escher y otros Vs. Brasil, supra nota 147, párr. 139.

23. Cfr. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, supra nota 121, párr. 78.

Esta visión de la Corte IDH es enfatizada en los casos de sanciones disciplinarias. Ese Tribunal Internacional ha sostenido sin excepción que resulta imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un funcionario no permanezca en su cargo. El control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del funcionario público²⁴; aspecto que irradia efectos incluso cuando se deja sin efecto el nombramiento de un agente público ocultándose la real finalidad que se persigue, esto es aplicar una sanción. De ahí que la discrecionalidad no fundada debidamente -no motivada- transforma un acto administrativo de remoción en un acto arbitrario por afectar de forma irregular el derecho a la estabilidad en el cargo²⁵.

En esa línea interpretativa motivar presupone un análisis de fondo, una “exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”²⁶; la sola invocación de un precepto legal que se estima aplicable a un caso, no es suficiente “para satisfacer la exigencia de motivación, sino que es preciso señalar las razones por las que la norma subsume los hechos concretos”²⁷.

Excede a estos párrafos analizar la interesante y profusa jurisprudencia de la CSJN que confirma la importancia de la motivación como elemento de los actos discrecionales; aunque la sentencia dictado en la causa “Flores”²⁸ merece un brevísimo comentario.

Los hechos que allí se analizaron se vinculan con la situación de una agente pública que luego de aprobar un examen fue designada interinamente en un cargo vacante, nombramiento que había sido prorrogado por otro período.

24. Cfr. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr.133.

25. Cfr. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, del 1 de julio de 2011, Serie C No. 227

26. Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2009, Serie C No. 184

27. Cfr. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153 SOSA

28. CSJN Fallos 346:12. Ivanega Miriam, “Los agentes públicos interinos y el derecho a la tutela administrativa efectiva. A propósito de la sentencia “Flores” de la Corte Suprema”, TR LALEY AR/DOC/602/2023, p.4

Sin embargo, en el transcurso de la relación de empleo, una de las autoridades superiores del organismo en la que se desempeñaba solicitó su cese como interina, motivado en la falta de buen trato y cordialidad con sus pares, incumplimientos del horario laboral e inasistencias sin justificativos. Este requerimiento derivó en el dictado de una resolución que revocó su interinato, en la que se detallan las circunstancias que motivaron esa decisión.

Ante ello, la empleada afectada por el cese inició una acción de amparo con el objeto de que se dejara sin efecto dicho acto administrativo, se ordenara su reincorporación y el pago de salarios caídos, principalmente porque la decisión adoptada se había sustentado en imputaciones sobre su desempeño laboral, sin haber tenido la posibilidad de ejercer su defensa a través de un sumario administrativo previo.

La mayoría de la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia de segunda instancia y compartió el dictamen de la Procuración Fiscal en el que se sostuvo que el acto de cese no se había apoyado en su transitoriedad sino en una serie de faltas de servicio que reflejaron “una clara naturaleza disciplinaria, ajena a las consecuencias autónomas de la falta de estabilidad”²⁹.

De los medulosos fundamentos que se desarrollan surge que el acto administrativo de cese no parecía de un vicio por motivación insuficiente, abstracta o inexistente; todo lo contrario, las razones y los antecedentes de hecho expuestos fueron tan explícitos que evidenciaban las causas del desplazamiento y que estas hubieran ameritado que se respetara el debido proceso. Porque, como lo señalara el Juez Rosatti en su voto, aun cuando la norma legal no prevea el deber de instruir sumarios disciplinarios al personal interino, el derecho a ser oído es de base constitucional y no puede ser cercenado.

6. CONCLUSIONES

La ausencia de transparencia pública genera desconfianza social, situación que exige convertir a ese principio como herramienta de primer orden para lograr una investigación disciplinaria eficaz, eficiente y transparente.

²⁹ Ivanega, Miriam M. Los agentes públicos interinos y el derecho a la tutela administrativa efectiva. A propósito de la sentencia “Flores” de la Corte Suprema, TR LALEY AR/DOC/602/2023,



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 6: Régimen disciplinario

Desafíos que plantea el Derecho Administrativo Sancionador

Adrián González Illing

Desafíos que plantea el Derecho Administrativo Sancionador

Por Adrián González Illing¹

1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Partiendo de una postura que reconoce la sustantividad o autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, como rama del Derecho Administrativo que estudia y regula la potestad punitiva de la Administración Pública, nos enfocaremos en examinar algunos de los desafíos más significativos y recurrentes que plantea esta disciplina. Esos retos incumben tanto al Derecho Administrativo Sancionador sustantivo (de fondo) como adjetivo (procedimental), e impactan no solamente en los derechos fundamentales de los administrados, sino también en la eficacia y eficiencia de la potestad sancionadora administrativa. Algunos de esos desafíos han surgido hace varios años y otros en los últimos tiempos.

2. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN GENERAL Y UNA CRECIENTE REGULACIÓN SECTORIAL

Una característica que exhibe el Derecho Administrativo Sancionador es la ausencia de un marco normativo general que unifique principios, reglas y criterios básicos en materia punitiva. Esta situación genera inseguridad jurídica y una proliferación de regulaciones sectoriales con procedimientos y sanciones que muchas veces resultan disímiles. La creciente regulación sectorial, que se viene manifestando en las últimas décadas con el dictado de normas específicas para cada ámbito (servicios públicos, medioambiente, disciplinario, contractual, entre muchos otros), requiere que al menos se establezcan ciertos principios y pautas generales que resulten aplicables a

1. Es abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Asimismo, es Magister en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid, Paris X Nanterre y del Salvador.

En el ámbito académico se desempeña como profesor titular de Derecho Administrativo y de Instituciones jurisdiccionales en la carrera de grado de la Universidad del Salvador, y como profesor de posgrado en la Universidad Abierta Interamericana, en la Universidad de Belgrano y en la Universidad Argentina de la Empresa. También ha sido profesor visitante en la Universidad George Washington (Estados Unidos) y en la Universidad de Burdeos (Francia). Es autor de una obra general de Derecho Administrativo y de artículos de la especialidad.

todo régimen sancionatorio.

La ausencia de un marco normativo general sancionatorio no es un fenómeno que se da únicamente en Argentina. El maestro Alejandro Nieto García ya venía advirtiendo desde hace algunos años que en España el legislador, en contraste con el progreso jurisprudencial y doctrinal, no se encontraba a la altura de las circunstancias debido a la ausencia de una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas, tal como ya se había hecho en Alemania e Italia².

Este desafío se ve acentuado en nuestro país, habida cuenta de su organización federal, lo que conlleva a la coexistencia de normativa sancionatoria en los distintos niveles de gobierno, es decir, en el ámbito federal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires y municipal. Coincidimos con Rosatti en que las jurisdicciones locales conservan un poder de policía y de imposición que les es propio, y en términos más amplios un derecho público local, por lo cual resulta indiscutible su competencia para estatuir un régimen sancionatorio no penal (arts. 1º, 5º, 75 inc. 30, 121 y 123 de la Constitución Nacional), y dentro de ese régimen infraccional son aquellas, naturalmente, las encargadas de definir concreta y puntualmente las conductas punibles, las sanciones y sus modos de extinción³.

Tampoco ayuda la anarquía terminológica que surge de las distintas legislaciones, en las cuales se utiliza de manera indistinta los términos “infracción”, “falta” o “contravención”, lo cual genera confusión. Al respecto, compartimos la opinión de Ascárate en que esta dispersión de nombres no colabora a la hora de definir un régimen jurídico para la infracción administrativa y obliga al intérprete a prescindir de las designaciones para distinguir las diversas ramificaciones que manifiesta el poder punitivo estatal. En virtud de tratarse de diversas manifestaciones del poder punitivo con características más o menos diferenciables, el citado autor plantea que su clasificación puede contribuir a la claridad de la cuestión⁴.

En lo que hace a la aplicación de principios generales, la tarea parece un poco más sencilla. Al respecto, hemos planteado que ciertos principios, como ser los de le-

2. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 18.

3. Disidencia del juez Rosatti en el caso “Alpha Shipping”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de marzo de 2023 (Fallos 346:103).

4. ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación de la infracción administrativa*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 62/63.

galidad, tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem* y presunción de inocencia, entre otros, no son de aplicación exclusiva en el Derecho Penal, sino que también rigen para el Derecho Administrativo Sancionador, en virtud de la unidad del derecho represivo o *ius puniendi* del Estado⁵. Por ende, estos principios generales resultan de aplicación –con matices– en la esfera sancionatoria.

3. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD VS. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el marco de las clásicas tensiones existentes entre las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares encontramos dos “presunciones”, bien antagónicas, por cierto. Estas son la presunción de legitimidad y la presunción de inocencia. La primera, de naturaleza legal, es una construcción jurídica por la que se presume la legitimidad de la actividad administrativa, es decir, de la actuación de los agentes y funcionarios estatales. La segunda constituye un principio de raigambre constitucional en virtud de la cual toda persona acusada de haber cometido una infracción administrativa tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad.

El pretendido balance que se ha pretendido instaurar entre la presunción de legitimidad de la actividad de la Administración y la presunción de inocencia sigue siendo un punto de fricción. En la práctica se constata casi siempre un desbalance a favor de las prerrogativas administrativas.

Con la presunción de legitimidad se intentó instituir un principio general de que toda actuación administrativa es válida, a menos que se demuestre lo contrario. Generalmente esta presunción opera al inicio del procedimiento sancionatorio. Podemos citar algunos ejemplos típicos que se dan en la práctica. Así, si un agente de tránsito emite un acta de infracción, se presume que la constatación de la conducta infractora es legítima. Si el conductor pretende cuestionar la validez del acta, tiene la carga de refutar la misma y probar que no cometió la infracción. De la misma manera, si una autoridad administrativa inspecciona y clausura preventivamente un local comercial por haberse detectado una supuesta infracción sanitaria, esa presunta comprobación y la medida adoptada se presumen legítimas. En ese caso, a fin de dejar sin efecto la clausura, el propietario del negocio deberá presentar una

5. GONZÁLEZ ILLING, Adrián, *Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2022, p. 579.

impugnación demostrando que no cometió ninguna infracción que justificara dicha medida, para lo cual será necesario realizar una costosa y engorrosa producción de prueba pericial.

En cambio, como bien ha sostenido un importante sector de la doctrina española, la presunción de inocencia se funda en la experiencia de que las personas son inocentes por regla general y se pretende que esa opinión legal se mantenga hasta que pueda producirse la eventualidad de una prueba en contrario. Por eso, vale afirmar que es una verdad provisional o interina sometida a una eventual prueba en contrario. Técnicamente, no puede ser equiparada ni a las presunciones, sean legales o judiciales, ni a las ficciones jurídicas: ni por su estructura ni por su funcionamiento⁶.

La presunción de inocencia, combinado con el principio de razonabilidad, impide que, por un mandato legislativo, una persona sea condenada sobre la base de una presunción ya que, al carecerse de una prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción, por más lógica y racional que fuera⁷. Aunque en el ámbito sancionatorio la presunción de inocencia no se aplica de manera idéntica que en el Derecho Penal, “en teoría” debería ser aplicada durante todo el procedimiento sancionatorio y especialmente en la fase probatoria, exigiendo a la Administración que acredite la culpabilidad del imputado. Es decir, que la carga de la prueba recae siempre sobre la Administración.

Se ha señalado que en el ámbito disciplinario la presunción de inocencia implica que el órgano a cargo de la investigación debe procurar todas las pruebas de cargo para demostrar la comisión de la falta administrativa y, por consiguiente, la responsabilidad del funcionario, sin que este tenga la obligación de procurar prueba para acreditar su inocencia, sin perjuicio de que luego de presentada la prueba de cargo deba presentar la que considere necesaria para desvirtuarla⁸.

Tratándose de un principio que goza de jerarquía constitucional, la presunción de inocencia resulta cualitativamente superior a la ya mencionada presunción de legitimidad, de la cual se vale la Administración para demostrar que su actividad se

6. REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio M., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 626.

7. CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 453.

8. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2022, p. 417.

ajusta a derecho. Si al momento de valorar la prueba existen dudas razonables sobre la comisión de la infracción, en virtud del principio *in dubio pro administrado*, la autoridad administrativa debe resolver a favor del presunto infractor. De este modo, puede sostenerse que, ante la ausencia de una evidencia que acredite en forma patente o notoria la culpabilidad del imputado, la presunción de inocencia desplaza a la presunción de legitimidad.

4. UNA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

La duración razonable del procedimiento sancionatorio es, sin duda, uno de los desafíos más trascendentales en el Derecho Administrativo Sancionador. Este principio, que emana de derechos y garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa, apunta a asegurar que la Administración pública lleve a cabo su potestad sancionadora de manera justa y eficiente, evitando demoras indebidas. Recordemos que en el caso “Losicer”⁹, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto una multa impuesta por el Banco Central de la República Argentina, el máximo tribunal sostuvo que la irrazonable duración del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para la gran mayoría de los administrados, el procedimiento sancionatorio significa recorrer un camino sinuoso, oscuro y enredado, que además puede extenderse demasiado en el tiempo. Este procedimiento administrativo especial es, por naturaleza, complejo. Aquí convergen inspecciones, medidas preventivas, informes técnicos, descargos, actividad probatoria, audiencias, dictámenes jurídicos, actos administrativos y vías impugnatorias. Un retraso irrazonable y desmedido en la duración del procedimiento no solo impacta en la seguridad jurídica y en los derechos y garantías fundamentales de los particulares, sino que también desnaturaliza el propósito preventivo y ejemplificador que tienen las sanciones. También genera un costo adicional para la Administración y puede derivar en la prescripción de las sanciones.

9. Fallos 335:1126.

Determinar cuándo un plazo de duración de un procedimiento sancionatorio es razonable no es una tarea sencilla. No obstante, Comadira ha explicado que de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es posible advertir la existencia de ciertas pautas y criterios que resultan útiles para ello: a) la complejidad del asunto; b) la conducta adoptada por los particulares; c) la conducta desplegada por las autoridades; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada¹⁰.

A fin de mitigar una duración irrazonable y prolongada del procedimiento sancionatorio, pueden implementarse ciertas medidas, como ser la simplificación de los trámites y la fijación de plazos máximos, entre otras.

Con relación a la primera medida sugerida, es preciso eliminar intervenciones y pasos que no resulten ineludibles y conducentes. Esta necesidad surge, sobre todo, con respecto a los procedimientos en los que se analizan eventuales infracciones leves y faltas de tránsito. En algunos procedimientos sancionatorios se ha avanzado en la simplificación del procedimiento pero en desmedro del presunto infractor. Así, se ha instaurado la ficción por la cual se pretende beneficiar al imputado al otorgarle la posibilidad de culminar rápidamente el procedimiento si efectúa dentro de un plazo determinado un pago “voluntario” de un monto reducido de la posible multa. Ahora bien, este sistema, por más práctico que parezca, tampoco ha contribuido a generar políticas públicas de prevención eficaces, pues los infractores reincidentes saben de antemano que con un pago voluntario quedan relevados de recibir sanciones más significativas.

En lo que hace a la segunda medida propiciada, si bien existen regímenes que prevén plazos máximos, susceptibles de prórroga (p. ej. para la sustanciación y resolución de sumarios administrativos), se ha interpretado que dichos plazos tienen carácter ordenatorio. Así, en materia disciplinaria la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido que el plazo establecido para la investigación es ordenatorio y no perentorio, de modo que su vencimiento no determina la caducidad de la investigación aún no realizada¹¹. No obstante ello, consideramos que resulta necesario el establecimiento de plazos perentorios para la tramitación del procedimiento y regular

10. COMADIRA, ob. cit., p. 409.

11. Dictámenes 241:298; 249:635, 282:09 y 303:117, entre otros.

la caducidad del procedimiento sancionatorio como consecuencia de la excesiva inactividad de la Administración. Por supuesto que ese plazo máximo debe ser razonable, a efectos de dotar a la Administración de un tiempo razonable para tramitar de manera adecuada el procedimiento sancionatorio.

5. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA SANCIONATORIA

Las facultades discrecionales son aquellas que tiene la Administración Pública para actuar con un cierto margen de libertad. La discrecionalidad consiste en la posibilidad de elegir una solución aplicable a un caso concreto, pudiendo el funcionario optar por una solución entre varias, siendo todas ellas igualmente válidas¹². Recordemos la metáfora expuesta por el jurista suizo Hans Huber, al sostener que la discrecionalidad administrativa es “el caballo de Troya del Estado de Derecho”.

No cabe duda de que el riesgo generado por la discrecionalidad de la Administración se acentúa aún más en materia sancionatoria. En algunas oportunidades el legislador confía en el criterio objetivo del funcionario competente para determinar el *quantum* de la sanción. Ahora bien, la asignación de facultades discrecionales, máxime para el ejercicio del *ius puniendi*, exige como contrapartida que el acto administrativo sancionatorio exhiba una mayor motivación. Caso contrario, el acto será irremediablemente nulo de nulidad absoluta.

Conforme la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, la graduación de la sanción implica el ejercicio de una facultad inherente al poder de administración que integra las denominadas potestades jerárquicas, de carácter discrecional. Por lo tanto, las medidas que al respecto se adopten deben ser razonables y ajustadas a las probanzas y elementos de juicio obrantes en las actuaciones para no incurrir en arbitrariedad¹³. Según el alto órgano asesor nacional, la discrecionalidad, y su ejercicio prudente, encuentran sus límites, en los principios generales de Derecho, en especial, en la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción aplicada¹⁴. En consecuencia, un exceso de punición aparea la nulidad absoluta del acto sancionatorio.

12. GONZÁLEZ ILLING, ob. cit., p. 12.

13. Dictámenes 243:620, 289:109, 314:338, 325:99 y 328:24, entre otros.

14. Dictámenes 328:24.

En otra oportunidad hemos mencionado que le corresponde al Derecho Administrativo controlar, limitar e, incluso, disminuir tanto la discrecionalidad que se le confiere a la Administración Pública, como así también el ejercicio de dicha facultad por parte de aquella¹⁵. En el caso “Baena”, en donde se estableció la responsabilidad internacional de un Estado por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de relieve que, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Según el máximo tribunal continental, es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados¹⁶.

6. FORMACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO

El Derecho Administrativo Sancionador se ha transformado en los últimos tiempos en una disciplina jurídica cada vez más técnica y especializada. La variedad de sectores regulados y la constante evolución normativa y jurisprudencial hacen indispensable una mayor formación y especialización de todos los operadores jurídicos involucrados. Nos referimos a los profesionales del derecho que llevan a cabo su actividad en los tres ámbitos naturales en los que se practica la disciplina: en la Administración Pública, en el ejercicio liberal de la profesión y en los tribunales (administrativos y judiciales).

Una de las premisas de esa formación y especialización debe ser la identificación del Derecho Administrativo Sancionador como una rama del Derecho Administrativo y, por supuesto, autónoma del Derecho Penal. Sin embargo, vale advertir que en la práctica todavía suele vincularse de una manera estrecha a la potestad sancionadora de la Administración con el Derecho Penal, lo cual aporta todavía mayor confusión.

Aunque parezca una obviedad, es necesario que las áreas sustantivas de la Administración con competencia sancionatoria cuenten con profesionales del derecho

15. GONZÁLEZ ILLING, ob. cit., p. 13.

16. CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, 02/02/2001.

idóneos, tanto para la tramitación del procedimiento como para la elaboración de los proyectos de dictámenes jurídicos y actos administrativos pertinentes. Los agentes y funcionarios encargados de la instrucción de los procedimientos sancionadores y de la aplicación de sanciones requieren una formación continua y especializada en los principios del Derecho Administrativo Sancionador, la normativa aplicable y en las garantías procedimentales de los administrados investigados. La calidad de la investigación es un elemento fundamental para garantizar la legalidad y validez de las sanciones que puedan ser impuestas.

Por su parte, la defensa de los intereses de los administrados en el ámbito sancionador exige un alto grado de especialización por parte de los letrados que asumen su defensa en sede administrativa y/o judicial. Un dominio técnico de los principios que nutren la disciplina, el conocimiento de la normativa específica de cada sector, de la jurisprudencia aplicable y de las estrategias procedimentales (en sede administrativa) y procesales (en sede judicial) resultan fundamental para una defensa adecuada.

Por último, los empleados, funcionarios y magistrados de los órganos jurisdiccionales (administrativos y judiciales) competentes para juzgar eventuales infracciones administrativas y/o revisar sanciones administrativas también deben contar con una formación y especialización apropiada. En ese sentido, hace algunos años se ha venido avanzando con la creación de tribunales especializados en materia sancionatoria, especialmente en el ámbito local.

7. UNA UTILIZACIÓN RAZONABLE DE HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La gobernanza digital en el sector público ya no es una novedad. Según la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), se considera Gobierno Digital “al uso de tecnologías digitales, como parte integral de las estrategias de modernización de los gobiernos, para generar valor público”. Según este organismo internacional, consiste “en un ecosistema de gobierno digital, compuesto por actores gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones ciudadanas y particulares, que facilita la producción y el acceso a datos, servicios y contenidos a través de la interacción con el gobierno”¹⁷.

17. OCDE, Recomendación del Consejo sobre Estrategias de Gobierno Digital, 2014.

En España, se ha dicho que la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos ha venido a llenar uno de los más amplios espacios necesitados de regulación de todo el ordenamiento jurídico-administrativo. La ley regula con carácter general el empleo de las nuevas tecnologías en la Administración pública, tanto en su organización como en sus formas de actuación, y lo hace –conforme la opinión citada– con decisión y, en términos generales, acierto¹⁸. El hecho de que la decisión sea adoptada por una máquina de forma automatizada no implica que la actuación se le impute a ella, sino que la autoría del acto recaerá sobre el órgano administrativo que ejerce la potestad y tiene encomendada la competencia¹⁹.

En lo que aquí nos interesa, cabe mencionar que la Administración puede utilizar herramientas digitales para la identificación de infracciones, el análisis de información técnica y la reconstrucción de hechos. Esto incluye el uso de algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para analizar grandes volúmenes de datos en tiempo real, detectar patrones sospechosos y registrar comportamientos anómalos. No obstante, el uso de estas herramientas expone cuestiones sobre la privacidad, la protección de datos personales y la necesidad de garantizar la transparencia y el control de los algoritmos utilizados. La cadena de custodia digital y la validez de la prueba electrónica son desafíos procedimentales y procesales esenciales.

Es sabido que la IA es una herramienta tecnológica que puede tomar decisiones por sí misma. Su implementación permite examinar comportamientos y automatizar ciertos pasos del procedimiento sancionatorio a fin de agilizar su tramitación por parte de la Administración, pero su aplicación en la toma de decisiones genera serios interrogantes. Al respecto, se requiere una legislación que precise pautas claras y los límites de su utilización en el ámbito administrativo.

Un riesgo importante a tener en cuenta y prevenir en el ámbito sancionatorio son los llamados “sesgos algorítmicos”, que surgen a raíz de la información y el entrenamiento distorsionados que puede recibir la IA. Los algoritmos son creados por personas, y es posible que los prejuicios humanos se filtren en el proceso de diseño y entrenamiento, generando en consecuencia resultados injustos. Se trata, pues, de

18. DELGADO, Isaac M., “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, Nro. 180, septiembre-diciembre (2009), p. 354.

19. Ídem, p. 360.

sesgos humanos sistematizados y amplificadas, que pueden influir directa o indirectamente en el “criterio” del algorítmico a la hora de tener que tomarse una decisión. Estos sesgos pueden reflejar todo tipo de prejuicios preexistentes (raciales, políticos, socioeconómicos, de género, religiosos, etc.). Por ello, es imprescindible asegurar la intervención (insustituible) del factor humano en fases substanciales del procedimiento sancionatorio y limitar las intervenciones de tipo algorítmicas.

En definitiva, la tecnología ofrece un potencial enorme para optimizar la gestión de los procedimientos, desde la automatización de tareas rutinarias hasta el análisis predictivo de casos. No obstante, su implementación en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador debe ser razonable y cautelosa, garantizando la supervisión humana y la observancia de principios éticos básicos. La IA no debe reemplazar jamás la capacidad de discernimiento del profesional del derecho sino, en todo caso, potenciarla.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Hace años que el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra en una encrucijada. Como hemos visto, esta disciplina viene enfrentando importantes desafíos que requieren no solo una profunda reflexión sino también una revisión y una toma de decisiones de los actores involucrados, como ser el caso de los legisladores nacionales y locales y de los operadores jurídicos. A lo largo de este análisis, hemos examinado cómo la ausencia de un régimen general ha fragmentado el sistema, dando lugar a una proliferación de regulaciones sectoriales. En consecuencia, es preciso establecer un marco sancionatorio general unificado y consolidado, tanto a nivel nacional como local.

El panorama actual que se advierte con motivo de la tensión entre la presunción de legitimidad de la actividad de la Administración y la presunción de inocencia exige una seria revisión. En el procedimiento sancionador, la balanza debe inclinarse hacia los derechos y garantías del investigado. Asegurar que esos derechos y garantías se respeten plenamente es un imperativo que no puede ser soslayado. A ello se suma la problemática de la duración irrazonable de los procedimientos sancionatorios. La lentitud injustificada no solo frustra el propósito de la sanción, sino que puede convertirse en una sanción en sí misma, afectando los derechos de los particulares y generando además una sensación de impunidad.

El control de la discrecionalidad administrativa en materia sancionatoria emerge como otro reto crucial del Derecho Administrativo en general y del Derecho Administrativo Sancionador en particular. Es fundamental establecer criterios claros y objetivos que limiten el margen de apreciación de las autoridades, evitando así la arbitrariedad y reforzando la objetividad en la toma de decisiones. Este control debe ser fortalecido por la formación y especialización de los profesionales del derecho. Un conocimiento profundo de las particularidades del Derecho Administrativo Sancionador es indispensable para su correcta aplicación, tanto por parte de los empleados y funcionarios administrativos y judiciales como de los abogados defensores.

Estos desafíos se han incrementado desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo especialmente a causa de la utilización de herramientas tecnológicas por parte de la Administración en materia sancionatoria. Si bien el fenómeno de la utilización de la IA en el Derecho, sobre todo en el Derecho Administrativo Sancionador, requiere un análisis mucho más profundo, hemos procurado al menos dejar planteados algunos de los desafíos actuales que surgen del uso de esa tecnología, concluyendo que la tecnología no debe ni puede reemplazar la mirada humana en el caso concreto, el criterio jurídico y la prudencia del profesional del derecho.

En suma, superar estos desafíos requiere un compromiso de todos los actores del sistema jurídico. Se precisa de una acción legislativa para establecer un régimen sancionatorio general, de un cambio de cultura jurídica en las prácticas administrativas y de una inversión en la capacitación y la tecnología. El Derecho Administrativo Sancionador tiene la oportunidad de evolucionar hacia un modelo más coherente, justo y eficiente, robusteciendo así la credibilidad del Estado y la protección de los derechos y garantías de los particulares. La tarea no es sencilla, pero su éxito es fundamental para la salud de nuestro sistema jurídico.



TRATADO DE
**Ministerio Público en sus
tres ramas de gestión**

Sección 6: Régimen disciplinario

“Procedimiento Sumarial: Etapas, prueba y recursos”

Rosana C. Papazian

“Procedimiento Sumarial: Etapas, prueba y recursos”

Por Rosana C. Papazian¹

1. INTRODUCCIÓN

El derecho disciplinario dentro de la órbita de la administración de justicia regula las conductas de los agentes, funcionarios y magistrados en el ejercicio de la función pública. Su finalidad no es únicamente la sanción del accionar irregular, sino la preservación del orden institucional, la transparencia y el correcto funcionamiento del poder judicial.

En este marco, la Resolución PG 2099/24 que entró en vigencia el 1º de enero de 2025 reemplazó esquemas anteriores en procura de unificar, modernizar y sistematizar el régimen disciplinario, adecuándolo tanto a los estándares constitucionales como a los compromisos asumidos por la República Argentina en materia de tutela administrativa efectiva.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO - ETAPAS

Respecto a las etapas del procedimiento administrativo disciplinario es dable destacar lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en oportunidad de convalidar una sanción de exoneración: *“...en lo que hace al procedimiento administrativo, este Tribunal tiene dicho que se presenta como un conjunto de hechos y actos concatenados que se hallan dirigidos hacia la adopción de*

1. Abogada recibida en la Facultad de Derecho (UBA). Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado (ECAE). Se desempeña desde el año 1992 en la Dirección de Sumarios del Ministerio del Interior, habiendo ejercido los cargos de Instructora Sumariante, Coordinadora, ejerciendo el cargo de Directora de Sumarios desde el año 2001 a la actualidad, para el que concursó en 2 oportunidades. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Disciplinario (AADDI), en donde se desempeña como Vicepresidente. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, dictando -entre otras- materias vinculadas al derecho disciplinario y el procedimiento sumarial. Docente en cursos y maestrías de Posgrado dictados en la Facultad de Derecho de la UBA, en la Universidad Abierta Interamericana (UAI), en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) y en el Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP). Tutora e Integrante de los Comité de Tesinas y Trabajos de Investigación de la ECAE. Miembro de Tribunales Evaluadores en concursos de abogados aspirantes a ingresar a la planta permanente del Cuerpo de Abogados del Estado. Autora de artículos doctrinarios sobre derecho disciplinario.

una decisión final. Que su desarrollo no debe ser caótico ni puede resultar arbitrario, antes bien debe aparecer ordenando en un determinado sentido, ya que el respeto de las distintas etapas resulta necesario no solo para la eficacia de la tarea administrativa sino también para la preservación de la legalidad objetiva y el efectivo ejercicio del derecho de defensa a favor de los administrados (cfr. doctr. Causas B. 65.207, “Suarez Acosta”, sent. de 12-XI-2003; B.63.792 y B. 62.473, cits.; e.o.). En consideración a lo expuesto, corresponde poner de relieve que, en la especie, el procedimiento administrativo disciplinario, que concluyó con la exoneración de la aquí actora, ha cumplido las aludidas exigencias.”²

Es menester tener presente que durante todas las etapas del procedimiento deberá respetarse el debido proceso adjetivo.

En tal sentido, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata ha dicho que “...la conceptualización del “procedimiento” como elemento esencial del acto administrativo engloba al debido proceso adjetivo como la reglamentación de naturaleza procesal administrativa de la garantía constitucional de defensa consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la local (cfr. Doct. S.C.B.A causa B. 61.558 “Galesio”, sent. Del 06-07-2005).

De tal modo, la garantía del debido proceso legal adjetivo comprende: 1) el derecho a ser oído, que presupone: (i) el leal conocimiento de las actuaciones administrativas; (ii) la posibilidad de poder exponer las razones y alegaciones antes y después del dictado del pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa; (iii) la posibilidad de recusar al funcionario interviniente a fin de garantizar su imparcialidad; (iv) la facultad de impugnar en sede administrativa y judicial los pronunciamientos administrativos; (v) hacerse patrocinar por profesionales del derecho; 2) el derecho a ofrecer y producir pruebas, el cual conlleva: (i) el derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida; (ii) que la producción de la prueba sea realizada antes de que se adopte decisión sobre el fondo de la cuestión en examen; (iii) el derecho a controlar la totalidad de las pruebas producidas, y finalmente, 3) el derecho a una decisión fundada, en la que lo resuelto debe meritarse los principales argumentos y cuestiones planteadas, a la vez que la observancia y debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide [cfr. doctr. esta Cámara causas C-3253-AZ1

2. SCBA Causa B 65.123, “Serrano” del 15/11/2024

“Pardini”, sent. del 07-09-2012 –y sus citas–; C-45453-BB1 “Pedersen”, sent. de 27-05-2014).³

3. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO-TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

Conforme lo señala Canosa “Se necesita un procedimiento administrativo para que exista un acto administrativo sancionatorio, procedimiento que deberá estar resguardado por principios de naturaleza constitucional como son aquellos que integran la tutela administrativa efectiva...”⁴

“Al solo efecto indicativo podemos advertir que la estructura del procedimiento administrativo sancionador tendrá las siguientes fases: a) iniciación de oficio, por denuncia o por solicitud de otro órgano administrativo; b) formulación de los cargos; c) recolección de las pruebas; d) imputación, e) descargos del imputado y ofrecimiento y producción de la prueba; f) resolución final, y g) impugnación del acto administrativo sancionatorio. Lo vertido hasta aquí no representa la adhesión sin más a tal fragmentación procedimental, sobre todo teniendo en cuenta que no todos los procedimientos sancionatorios tienen tal estructura.”⁵

4. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO APROBADO POR LA RESOLUCIÓN PG 2099/24

El procedimiento sumarial instaurado por la Resolución PG 2099/24 regula detalladamente las etapas procedimentales de su desarrollo, estableciendo plazos razonables que buscan conjugar celeridad con garantías.

En dicho régimen, la investigación puede iniciarse de oficio, por denuncia o como consecuencia de comunicación de cualquier organismo oficial (art. 37 del Anexo); y esa investigación estará a cargo de un Instructor Sumariante (art. 40 del Anexo), cuyas obligaciones y facultades están determinadas en los artículos 41 y 42 del Anexo, respectivamente

3. Causa C-9471-BB1 “D.G.A. y otro c. Poder Judicial s. Pretensión Anulatoria”

4. Canosa, Armando N., “La Tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador”, Revista Derecho & Sociedad, N° 54, p. 245

5. Canosa, ob. cit, p. 257

El Instructor, tal como lo señala Repetto⁶, es un órgano independiente predispuesto para cumplir con la tarea de sustanciar el procedimiento disciplinario, para posibilitar que, luego de un trámite regular, la autoridad competente esté en condiciones de resolver sobre la existencia o no de una falta disciplinaria.

Quien tiene a su cargo la sustanciación de las actuaciones deberá orientar su actuar a respetar los principios enunciados en el art. 4º, a saber: la inviolabilidad de la defensa en sede administrativa, la necesidad de decisión fundada y motivada, la proporcionalidad en la aplicación de sanciones, la economía procesal, celeridad y eficacia, procurando determinar la verdad jurídica objetiva y la obligación de abordar todas las cuestiones con perspectiva de género.

Esto marca un estándar de actuación que orienta la actividad probatoria imponiendo al instructor la obligación de reunir los elementos conducentes para esclarecer los hechos, dentro de un plazo razonable.

Por otra parte, la inviolabilidad de la defensa en sede administrativa y la exigencia de que toda sanción sea consecuencia de una decisión fundada, implican que la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada.

Así, el tratamiento de la prueba en la normativa bajo análisis adquiere especial relevancia, por cuanto resulta indispensable para comprender cómo se articula la actividad investigativa con el derecho de defensa del sumariado.

En relación al abordaje con perspectiva de género es de singular trascendencia definir dicho concepto. Conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“Juzgar con perspectiva de género implica adoptar una metodología que identifique los estereotipos, sesgos o prejuicios que históricamente han afectado a las mujeres o personas con identidades de género u orientación sexual diversa para garantizar que no influyan en el proceso de toma de decisión. Además implica reconocer la existencia de patrones de violencia que se justifican y replican por prácticas institucionales, culturales o familiares, con el objetivo de transformarlas”*⁷

6. Repetto, Alfredo L., *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Cátedra Jurídica, 4º ed. Ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2024, p.76

7. Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia 26/8/21

Respecto a la estructura del procedimiento, en la normativa citada se pueden distinguir: 1) La actuación preliminar: arts. 46 a 49, 2) La información sumaria: arts. 50 a 55 y 3) El sumario administrativo: arts. 55 a 72.

Actuación Preliminar

La actuación preliminar, procede:

- a. Cuándo sea necesaria una investigación previa para comprobar la existencia de hechos, actos u omisiones que pudieran dar lugar a la instrucción de información sumaria o sumario.
- b. Cuando exista premura en atención a las circunstancias investigadas y/o para preservar prueba de cargo.
- c. En caso que sea necesario dotar de verosimilitud a alguna denuncia oral ratificada o a alguna denuncia escrita y frente al supuesto de falta de ratificación de denuncia.

Por lo expuesto, es dable colegir que uno de los objetivos de este tipo de actuación, es funcionar como un filtro preliminar para evitar la promoción innecesaria de cualquiera de los otros dos procedimientos previstos en la normativa bajo análisis (información sumaria y sumario), o bien para preservar la prueba de cargo.

Al respecto corresponde destacar que la “actuación preliminar” prevista en el Anexo a la Resolución PG 2099/24, es similar a otros procedimientos (denominados actuaciones pre sumariales, acciones pre sumariales o información sumaria) contemplados en otros regímenes disciplinarios.

En ese orden de ideas podemos citar a título meramente ejemplificativo, las acciones pre sumariales referenciadas en el inc. 1º del art. 91, punto I del Decreto N° 4161/1996 reglamentario de la Ley 10.430 (Estatuto y Escalafón para el personal de la Administración Pública de la Pcia. de Buenos Aires) o a nivel nacional, la Información Sumaria normada en el artículo 34 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 456/22.

Aunque corresponde aclarar que tales procedimientos se diferencian de la “actuación preliminar” prevista en la Resolución PG 2099/24, por cuanto ambos tienen

implicancia en el plazo de prescripción de la acción disciplinaria, interrumpiéndolo en el caso de las acciones pre sumariales previstas en el mencionado Decreto N° 4161/1996 y suspendiéndolo en el caso de la Información Sumaria prevista en el Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por Decreto N° 456/22 (RIA), mientras que el inicio de la actuación preliminar no está contemplado dentro de las causales de interrupción o suspensión del plazo de prescripción de la potestad disciplinaria previstas en el art. 82 del Anexo de la Resolución PG 2099/24.

Asimismo, y continuando con las características en común, corresponder señalar que la previsión normativa contenida en el art. 48 del Anexo de la Resolución PG 2099/24⁸ es el correlato de la contenida en el art. 35 del RIA aprobado por Decreto N° 456/22⁹.

La prueba en esta etapa se encuentra destinada a otorgar verosimilitud a los hechos denunciados, y condicionada a la urgencia y necesidad de evitar la desaparición de elementos de cargo.

La actuación preliminar normada en el Anexo de la Resolución PG 2099/24, cuyo plazo de instrucción es de 30 días prorrogables por igual período si así lo exigen las circunstancias, culmina con un informe del instructor dirigido a la autoridad competente para la resolución del trámite, en donde se podrá aconsejar el archivo de las actuaciones o la promoción de información sumaria o sumario. (cf. Art. 49)

En este último supuesto (o sea cuando el estado de las actuaciones justifique disponer un sumario) el informe del Instructor se deberá confeccionar siguiendo las pautas que establece el art. 53 para el informe conclusivo de la Información Sumaria.

Información Sumaria

La Información Sumaria procede cuando sea necesaria una investigación previa para comprobar la existencia de actos u omisiones que pudieran dar lugar a la instruc-

8. Artículo 48. Instrucción. Las actuaciones preliminares se instruirán siguiendo las normas de procedimiento de este reglamento, prescindiendo de todo trámite que no fuera directamente conducente al objeto buscado y simplificando las diligencias.

9. Artículo 35.- Procedimiento. - Las informaciones sumarias se instruirán siguiendo, en lo posible, las normas de procedimiento que este reglamento establece para la instrucción de sumarios; se deberá prescindir de todo trámite que no fuere directamente conducente a su finalidad y se simplificarán las diligencias.

ción de sumario administrativo.

Se trata de la investigación de cargo que puede culminar con la orden de sumario, con la emisión de una recomendación o en archivo.

Puede ser instruida como consecuencia de una actuación preliminar, de oficio, por una denuncia o comunicación de otro organismo.

Durante esta etapa el instructor puede requerir al presunto responsable un informe aclaratorio respecto a los hechos que motivaron las actuaciones, pero ello no implica una imputación formal, ni suple la vista en el caso que sea ordenado el sumario, sin embargo de esta forma la normativa introduce un primer contacto con el derecho de defensa.

Vencido el plazo de 10 días que marca el art. 52, sin que se haya respondido el informe, el requerido deberá ser intimado por el término de 5 días, bajo apercibimiento de incurrir en falta administrativa y las actuaciones proseguirán según su estado.

Una vez finalizado el plazo de la actuación de cargo, el que es de 40 días prorrogable por igual período a criterio del superior de la Instrucción, ésta debe elaborar un informe en el que previa certificación de la situación de revista y antecedentes sindicales del presunto responsable, propondrá el trámite a seguir.

Dicho informe, contemplado en el art. 53, debe contener la relación circunstanciada de los hechos investigados, la valoración de los elementos de prueba reunidos y la conclusión a la que arribe la instrucción respecto a la existencia o inexistencia de una irregularidad administrativa con la correspondiente subsunción de la normativa infringida.

El artículo 70 prevé, a diferencia del régimen anterior, el dictamen de legalidad obligatorio del área jurídica, dentro del plazo de 10 días, previo al dictado de la resolución conclusiva.

El cierre de la Información sumaria (o período de cargo) tiene lugar mediante una decisión del Procurador General o del titular del órgano sumariante disponiendo dar curso al sumario, efectuar una recomendación o desestimar y archivar las actuaciones.

Hay que tener en cuenta que tal como lo estipula el art. 21 del anexo a la Resolución PG 2099/24, la recomendación no constituye sanción, sino que es una medida que “...exige al magistrado, funcionario o agente adoptar todos los medios a su alcance para evitar la repetición de la conducta señalada”.

La orden de sumario deberá contener la mención de los hechos, su encuadre normativo y la individualización de los magistrados, funcionarios o empleados involucrados, si los hubiere. Esto es lo que se denomina el objeto sumarial y es de suma trascendencia ya que delimita el margen de actuación válido de la instrucción. Todo lo actuado en relación a hechos que no están comprendidos en el objeto sumarial deviene en nulidades por afectarse el principio de congruencia.

Por ello es que el artículo 67 estipula, que en caso de advertirse hechos independientes ajenos al objeto de la investigación que pudiesen configurar irregularidad administrativa, se comunicará mediante informe circunstanciado al superior inmediato del instructor a fin de que le asigne el trámite que corresponda.

Respecto al objeto sumarial y los hechos nuevos la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado “que La actividad del instructor en un sumario administrativo disciplinario se circunscribe a esclarecer el hecho o hechos cuya investigación dispuso la autoridad competente. Por ello ante el conocimiento de nuevos hechos o la ampliación de la denuncia, sólo corresponde al instructor anotar a la autoridad competente para que, en ejercicio de sus facultades, decida si estima conveniente ampliar o no el objeto del sumario para el desarrollo de un trámite válido (conf. Dict. 250:280)”¹⁰ y que “iniciado el procedimiento sumarial, el instructor conduce la investigación en resguardo de los principios de verdad material y congruencia, este último como una expresión del derecho de defensa respetando los hechos a dilucidar en la resolución que ordena y como límite a su actividad como responsable del procedimiento (v. Dictámenes 277:237; 291:191)”¹¹

Es necesario puntualizar que la orden de sumario, tal como lo establece el art. 54, no es recurrible, al igual que lo que sucede en otros procedimientos disciplinarios, como por ejemplo lo previsto en art. 92, 1º), punto II del Decreto N° 4161/1996 regla-

10. Dictámenes 260:125

11. Dictámenes 305:454 bis

mentario de la Ley 10.430 (Estatuto y Escalafón para el personal de la Administración Pública de la Pcia. de Buenos Aires).

El fundamento de la irrecurribilidad de los actos promotores de sumarios administrativos disciplinarios radica, para parte de la doctrina, en que no se trata de actos administrativos sino de actos inter orgánicos.

Así lo señala Fernando G. Comadira *“...como el inicio de una instrucción sumarial... no incide de manera directa e inmediata en la esfera jurídica de los derechos e intereses de los particulares, creando o imponiendo situaciones jurídicas, en modo alguno puede ser considerado un acto administrativo (sea definitivo, equiparable a definitivo, interlocutorio o de mero trámite) sino que, en rigor, reviste la naturaleza de acto inter orgánico lo que...hace que sea irrecurrible administrativa o judicialmente”*¹²

Desde otra perspectiva, la Procuración del Tesoro de la Nación desde siempre ha considerado que la orden de instruir sumario no puede ser recurrida, pues *“...no existe el derecho del funcionario público a no ser sumariado, sino contrariamente la obligación de los agentes de la administración a someterse a sumario...las resoluciones que ordenan su instrucción emanan del ejercicio del poder disciplinario que compete innegablemente a la autoridad administrativa para investigar los hechos que pudieran configurar irregularidades o violaciones de normas legales de cualquier carácter, y determinar las responsabilidades...”*¹³

*“La decisión de instruir un sumario no puede ser recurrida porque no implica un agravio ni afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo del sumariado, ya que solamente ordena una investigación y un trámite destinados a esclarecer los hechos, en el que el agente alcanzado por el sumario tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa”*¹⁴

“Resulta improcedente la interposición de recursos contra el acto administrativo que ordena el sumario (v. Dto. N° 644/89, art. 19), criterio que resulta también aplicable respecto del aquel por el que se dispone ampliar el objeto del mismo, ya que no afectan

12. Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cathedra Jurídica, reimpresión de la segunda edición actualizada, ampliada y reformada, Buenos Aires, 2024, Tomo II, p. 42.

13. Dictámenes 110:34

14. Dictámenes 251:72, 256:364

*derecho o interés legítimo alguno y sólo habilita a investigar los hechos presuntamente irregulares; se trata de actos de mero trámite que no resuelven el fondo del asunto (v. Dictámenes 306:284)”*¹⁵

Resta puntualizar que entendemos que contra el acto que ordena el sumario sí sería admisible la interposición por parte del sumariado de la aclaratoria prevista en el art. 73 del Anexo a la Resolución PG 2099/24, para “*que se rectifique cualquier error material, se aclaren conceptos o se supla una omisión sin alterar el contenido sustancial...*”.

Y es que la aclaratoria, tal como ha sido definida por la norma transcrita, no es un recurso (independientemente de la denominación que se le dio), sino una vía tendiente a rectificar errores o aclarar conceptos, sin buscar impugnación alguna del acto.

En efecto, la aclaratoria contemplada en el artículo 73 del Anexo a la Resolución PG 2099/24 no ataca el acto, ni pretende la obtención de un resultado distinto, ni impedir la producción de sus efectos.¹⁶

Sumario Administrativo

Ordenado el sumario administrativo corresponde darle vista de todo lo actuado al imputado por el término de 10 días, plazo que puede ser prorrogado por igual término a pedido del sumariado, si mediaran razones fundadas, y podrá presentar dentro de dicho plazo, descargo proponiendo las medidas probatorias que considere útiles para su defensa. (art. 55 y 56)

Es importante destacar que en este estadio procedimental es cuando cesa el carácter reservado de las actuaciones establecido desde su inicio hasta la conclusión del período de cargo por el art. 9°. En este tema la norma bajo análisis ha modificado el procedimiento anterior (Resolución PG 1233/01) dado que bajo dicho régimen la existencia de la información sumaria era notificada al investigado pero no podía en esa etapa tomar vista de las actuaciones.

15. Dictámenes 318:517

16. En el régimen nacional, el artículo 101 del Reglamento de Procedimientos Administrativos-Decreto N° 1759/72 (T.O 2017) contiene una solución similar a la aclaratoria del artículo 73 del anexo a la Resolución PG 2099/24, denominada “Rectificación de errores materiales”, que se distingue de la aclaratoria por él establecida.

La reserva de las actuaciones o “secreto de sumario” contemplado en diversos regímenes disciplinarios ha generado críticas doctrinarias y objeciones por parte de distintas instancias judiciales, dado que se argumenta que atenta contra el derecho de defensa. El análisis de dicha temática excede el presente trabajo, solo diremos genéricamente que para quienes están a favor del secreto sumarial, se trata de una solución legislativa válida por cuanto es temporal y su fundamento obedece a la necesidad de evitar una posible dispersión de la prueba y asegurar de manera razonable el éxito de la investigación.

En tal sentido, la jurisprudencia avala la reserva de las actuaciones siempre que haya una instancia procedimental posterior en donde se pueda ejercer con amplitud el derecho de defensa.

En este orden de ideas el mencionado artículo 56 del anexo a la Resolución PG 2099/24 establece que *“la prueba de cargo objetada por el imputado, que no pudiere ser reproducida nuevamente en la prueba de descargo, no será considerada ni valorada en la conclusión”*

El artículo 10 por su parte establece que el sumariado, su apoderado, patrocinante o persona autorizada podrá solicitar vista de las actuaciones durante todo el período de descargo, y agrega el artículo siguiente que se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en las oficinas donde se encuentren las actuaciones. Ante el pedido de vista efectuado por escrito, la autoridad notificará fehacientemente su otorgamiento por un plazo no inferior a 3 días. En tales condiciones se suspenderá de oficio el plazo que estuviera corriendo, el que se reanudará a partir del día siguiente en que tomó vista o una vez transcurridos los días previstos al efecto.

En su escrito de descargo el sumariado deberá, dice la norma, identificar los testigos e incluir las preguntas que propone efectuarles, los puntos sobre los que pretende la producción de prueba informativa o pericial y fundamentar la pertinencia de la prueba documental.

Y aquí surge otra cuestión relevante, que hace al derecho a ofrecer y producir pruebas, cuestión que, como dijimos integra la garantía del debido proceso legal adjetivo, que es la exigencia de fundamentar la pertinencia de la prueba.

Ello resulta de suma importancia en orden a lo preceptuado en el artículo 58 respecto a la valoración y eventual denegación fundada por parte del superior jerárquico del instructor de las pruebas ofrecidas por el sumariado, cuando las mismas resulten superfluas, meramente dilatorias o inconducentes para el objeto del sumario, por lo cual hubiera sido deseable que tal exigencia estuviera prevista para toda la prueba y no solamente respecto de la documental.

Así sucede, por ejemplo en el caso del procedimiento disciplinario normado en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 456/22 que a diferencia de su antecesor (Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/99) contiene una valiosa previsión contenida en el tercer párrafo del artículo 111, que señala que *“Al ofrecer la prueba, la persona sumariada deberá indicar el hecho que pretende acreditar con cada medio probatorio, con el fin de que la Instrucción verifique la pertinencia de la medida propuesta”*.

Hay que tener en cuenta que como consecuencia del mencionado principio de congruencia *“...el descargo de los involucrados en un sumario disciplinario debe estar referido a los hechos que se le enrostran y las pruebas reunidas en su contra”*.¹⁷

Es necesario destacar que la denegatoria de prueba prevista en el art. 58 de la Resolución PG 2099/24 no resulta recurrible sin perjuicio de la eventual interposición de la aclaratoria normada en el art. 73, respecto de la cual ya hemos expresado nuestra opinión al tratar el tema de la irrecurribilidad del acto promotor de sumario.

El artículo 68 contempla de manera superadora al régimen anterior, la posibilidad de alegar sobre la prueba producida, para lo cual concluida la etapa probatoria se notificará al imputado quien tendrá un plazo de 5 días para hacerlo. Esta nueva previsión refuerza el principio de contradicción en el procedimiento sumarial.

En ese sentido es dable recordar a Sotelo de Andreau quien afirma que *“La instancia administrativa debe garantizar la intervención de los interesados. Lo que aumenta en los casos en que investigue para sancionar como son los sumarios administrativos, otorgando carácter contradictorio, cuando así lo amerite y asegurando el real ejercicio*

17. PTN Dictámenes 308:21 bis

de todos los componentes de la garantía del debido proceso”.¹⁸

Cuando se haya alegado sobre el mérito de la prueba o se haya dado por decaído ese derecho, el superior inmediato del instructor dispondrá la conclusión de la etapa de descargo y ordenará la producción de un informe de la instrucción en el plazo de 15 días, prorrogables por igual término.

El artículo 69 determina qué debe contener dicho informe, a saber: si los hechos investigados constituyen irregularidad administrativa, la participación que en ellos tuviera el imputado con mención de su nombre y apellido completos, la exposición de la causa con la debida subsunción en las normas legales y relación con las pruebas agregadas, la atribución o eximición de responsabilidad del/los sumariados, los atenuantes o agravantes de responsabilidad del sumariado y la recomendación de la sanción a aplicar u otra medida a adoptar.

Previo dictamen de legalidad del área de asesoramiento jurídico, el cual el artículo 70 prevé como obligatorio (a diferencia del régimen anterior), la autoridad competente dictará Resolución, cuyo contenido se encuentra normado en el artículo 71.

Es importante señalar, en lo que aquí interesa, que la misma deberá resolver de manera motivada, conjugando los antecedentes de hecho y de derecho y se estipula que en el caso de determinarse sanción se deberá respetar el principio de congruencia, al que ya hemos hecho referencia y el de proporcionalidad para lo cual se tendrán en cuenta, entre otras cuestiones, los antecedentes del sumariado, la gravedad de la falta dentro del contexto en que se cometió y el grado de participación del mismo en los hechos objeto de investigación.

Esta previsión se debe conjugar con los ya mencionados principios, contenidos en el artículo 3° inc. b): “Sólo se podrá imponer sanciones mediante decisión fundada, que contenga la clara exposición de los hechos, la indicación de las causas determinantes de la medida y las normas aplicadas” y e) “Las sanciones deberán mantener la debida proporcionalidad con el hecho que las motiva, con observancia de los antecedentes disciplinarios registrados”.

18. Sotelo de Andreau, Mirta G., LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO El principio de congruencia y la prueba en el proceso contencioso administrativo, Revista de la Administración Pública (RAP) N° 336, Buenos Aires, p. 527-546.

La necesidad de motivación se encuentra prevista para todo acto administrativo que decida sobre derechos subjetivos por la Ley de Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires, Decreto-Ley N° 7647/70, la que así lo establece en el art. 108.

Con relación a este elemento del acto, podemos citar un fallo de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata en el que confirmó la nulidad de resoluciones sancionatorias dictadas en actuaciones sumariales por haber considerado la falta de motivación de las mismas, con fuente en la insuficiente ponderación de las alegaciones de defensa del sumariado.¹⁹

La Corte provincial también se ha expedido al respecto, al señalar que *“No hay dudas que la motivación es uno de los requisitos esenciales del acto...y cumple principalmente dos finalidades: que la Administración, sometida al derecho de un régimen republicano, dé cuenta de sus decisiones y que éstas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia, en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados, según lo tiene dicho esta Corte (doctor. Causas B. 54506, “Romero”, sent del 13-V-1997; B. 58.345, “Lara”, sent. Del 9-V-2001; e.o.). Asimismo, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (CSJN, fallos: 324:1860).²⁰*

Por último, el artículo 72 de la Resolución PG 2099/24 establece que cuando se trate de medidas expulsivas, se remitirán las actuaciones a la Suprema Corte de justicia para su determinación.

Medios de Prueba

Tal como lo señala Repetto *“como el procedimiento administrativo disciplinario tiene por finalidad la adquisición de la verdad respecto del hecho o hechos cuya investigación se ha dispuesto (objeto del procedimiento), la prueba consistirá en la actividad cumplida por el instructor – también por el sujeto pasivo de la investigación- conforme los medios previstos en el reglamento...y dirigida a que se adquiriera la certeza o convicción acerca de la existencia o inexistencia del hecho o hechos constitutivos del objeto del procedimiento” “...solo se podrán valorar los datos o elementos probatorios*

19. Causa N° 13667 CCALP nR.G.A. c. Poder Judicial s. Pretensión Anulatorian

20. SCBA Causa B. 58.112 nBenitez Centuriónn del 11/3/20

*que hayan sido aportados e ingresados con las formalidades procesales-legales o sea debidamente incorporados*²¹

Los medios de prueba regulados en el procedimiento aprobado por la Resolución PG 2099/24 son:

a) Declaración del sumariado (art. 57)

- Puede ser solicitada por el sumariado en su descargo.
- Pueden utilizarse medios telemáticos.
- No requiere juramento de decir verdad.
- Se asegura la posibilidad de exponer libremente, reafirmando la garantía de defensa.
- La incomparecencia, el silencio o la negativa a declarar no constituyen presunción en su contra.

b) Testimonial (arts. 60 a 65)

- La obligación de comparecencia de empleados y funcionarios del Ministerio Público y del Poder Judicial de la Pcia. de Buenos Aires, pudiendo declarar por oficio los magistrados de todas las instancias.
- Límite de 5 testigos como prueba de descargo salvo que en el auto de imputación se hubiera valorado un número mayor de testigos de cargo, caso en que la defensa tendrá derecho a un número igual.
- Admisión de medios tecnológicos para toma de audiencias.
- El sumariado puede asistir a la audiencia y repreguntar a través del

21. Repetto, ob. cit. p. 117-118

instructor, quien puede considerar la pertinencia de la pregunta.

- Se prevé el careo en caso de contradicciones.

c) Prueba documental e informativa (art. 56)

- La documental debe acompañarse al momento del descargo, de no hacerlo será considerada prueba informativa.

d) Prueba pericial (art. 66)

- El Instructor puede ordenar exámenes periciales fijando puntos de pericia y plazos.
- Se admite la incorporación de dictámenes recaídos en causas judiciales.

Con relación a la posibilidad de que las audiencias (ya sea del imputado o de los testigos) se celebren a través de medios tecnológicos o telemáticos, o sea “a distancia”, lo que es de estilo es la existencia de protocolos que establezcan el procedimiento a seguir en dichos casos, a los efectos de lograr una ejecución efectiva y que garantice la seguridad jurídica.

La admisibilidad del uso de la tecnología para realizar las audiencias debe lograr compatibilizar los principios de celeridad, eficacia y eficiencia con el respeto irrestricto del debido proceso adjetivo.

Plazos de sustanciación del Procedimiento Disciplinario

La fijación de plazos para cada etapa procedimental constituye otro avance cualitativo del régimen disciplinario aprobado por la Resolución PG N° 2099/24, dado que en el régimen anterior solo se establecían plazos en cabeza de los sumariados para presentar descargos o para recurrir pero no para la administración, por lo cual había que acudir a la aplicación supletoria del decreto ley 7647/70 en lo relativo a plazos.

La determinación de plazos en la normativa resulta de sustancial importancia para evitar la dilación en el tiempo de los procedimientos y garantizar de ese modo el

derecho de defensa de los involucrados y en ese sentido, valorar en cada caso específico si las actuaciones fueron sustanciadas respetando la garantía del plazo razonable, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dimana de “Lociser” (335:1126) y “Bonder” (336:2184).

El cumplimiento de los plazos de sustanciación será uno de los elementos a tener en cuenta para evaluar si se cumplimentó o no con la garantía del plazo razonable, ya que *“La noción de plazo razonable -en tanto concepto jurídico indeterminado- es dinámica, pues su construcción debe efectuarse de manera casuística, debido a que no hay un tiempo establecido en abstracto, sino el adecuado a cada proceso o procedimiento”* ²²

Así, y conforme lo que surge del mencionado fallo Lociser, para ponderar si en un procedimiento hubo dilaciones injustificadas se deberá evaluar la complejidad del caso, la conducta de las partes y la actividad general desplegada.

A diferencia de lo que ocurre con la actuación preliminar y con la información sumaria respecto de las cuales, la norma -como ya lo hemos consignado-, establece un plazo de sustanciación de 20 días prorrogable por igual período y de 40 días prorrogable por igual período, respectivamente, no se ha previsto un plazo total de sustanciación para el sumario administrativo, sino que su duración se regirá por los plazos previstos para cada acto procedimental, a saber:

- vista por el término de 10 días, plazo que puede ser prorrogado por igual término a pedido del sumariado (art. 55)
- plazo de sustanciación de prueba de descargo de 30 días, prorrogable por 10 días más si las circunstancias lo ameritan (art. 59)
- alegato dentro del término de 5 días de concluida la etapa probatoria (art. 68)
- informe de la instrucción dentro del plazo de 15 días, prorrogables por

22. Lara Correa, Walter, 2025, *Acerca del Principio del Plazo Razonable y su reciente recepción expresa en la Ley de Procedimientos Administrativos*, <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad-amari-llor/2025-lara-correa.pdf>

igual período si las circunstancias lo ameritan.

- dictamen jurídico de legalidad, dentro de los 10 días (art. 70)

Se debe tener presente que conforme el artículo 7° los plazos del procedimiento se computarán en días hábiles judiciales, salvo el caso del cómputo de las medidas preventivas y de la suspensión sancionatoria (que se computan en días corridos).

Los plazos comienzan a correr a partir del día hábil judicial siguiente a la adopción de la medida correspondiente.

A los fines de cumplimentar con los principios de economía, sencillez, celeridad, eficacia y eficiencia enumerados en el inc.d) del artículo 4° el instructor se encuentra facultado para habilitar días y horas inhábiles para el cumplimiento de diligencias.

El artículo 8° establece el denominado plazo de gracia (lo que se encontraba prohibido en el régimen anterior instaurado por la Resolución PG 1233/01), habilitando la posibilidad de presentación de escritos dentro de las 4 primeras horas del horario judicial del día hábil inmediato posterior al del vencimiento del plazo.

Procedimientos Abreviados

En los artículos 23, 24 y 25 de la Resolución PG 2099/24 se contemplan supuestos especiales para los que están previstos procedimientos abreviados para la eventual aplicación de sanciones por determinadas faltas, y en ciertos casos (art. 24 y 25) el trámite puede derivar en la instrucción de un sumario.

Así, el artículo 23 incorpora un procedimiento que no se encontraba previsto en la anterior reglamentación: la posibilidad de aplicar sanciones correctivas en 3 supuestos: a) reiteración de inasistencias injustificadas que no configuren el abandono de cargo, b) incumplimiento de la obligatoriedad de comunicar el inicio y tramitación de actuaciones disciplinarias a la Secretaría de Control Disciplinario y Enjuiciamiento por parte de la autoridad disciplinaria descentralizada (comunicación prevista en el art. 38 de la Resolución PG 2099/24) y c) Omisión de presentar la declaración jurada patrimonial al Registro de declaraciones Patrimoniales en el plazo estipulado al efecto.

Iniciadas las actuaciones y acreditada la existencia de la falta, previo dictamen del área legal, el órgano sumariante notificará al sumariado la falta cometida, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo en el plazo de 5 días. Producida la prueba y certificados los antecedentes sancionatorios, sindicales y situación de revista, se resolverá sin más trámite.

El artículo 24 por su parte, aborda el tema del abandono de cargo, supuesto que ya estaba contemplado en el anterior reglamento, pero que ahora tiene un mayor desarrollo. Allí se establece la posibilidad de decretar sin más la cesantía del funcionario o agente que haya incurrido en 5 inasistencias consecutivas sin previo aviso y que fehacientemente intimado para que se reintegre a sus tareas dentro del término de 1 día hábil subsiguiente al de su notificación, no se presentare.

Si frente a la intimación, el funcionario o agente brindare razón de las inasistencias y ofreciere prueba de sus dichos se le instruirá sumario, en caso de corresponder.

El artículo 25 trata el supuesto de las inasistencias posteriores al vencimiento de una licencia legalmente concedida y gozada, caso en el cual será de aplicación el mismo procedimiento normado en el artículo 24, ya referenciado.

El fundamento de la existencia de estos trámites abreviados o simplificados, que existen en varios regímenes disciplinarios²³ y que permiten la aplicación de sanciones (denominadas por la doctrina como “sanciones directas” o “de plano”) sin la exigencia de un sumario, es otorgarles celeridad, eficiencia y eficacia a los procedimientos.

Ahora bien, la doctrina es pacífica²⁴ en considerar que en este tipo de procedimientos abreviados, se debe garantizar el debido proceso adjetivo, por lo cual siempre debe existir una instancia de descargo en la que se escuche al imputado.

Así lo ha indicado, asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable*

23. Por ej. el previsto en el art. 35 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, N° 25.164 y su reglamentación Decreto N° 1421/02

24. García Pullés, Fernando, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, Abeledo Perrot, 3° ed., Buenos Aires, 2016, p.507; Comadira, Fernando G., ob. cit., p. 340, entre otros.

observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria -haya o no sumario- de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído” (Fallos 312:2040)

Conforme a lo expuesto, la Resolución PG 2099/24, al normar de la forma referenciada los procedimientos abreviados ante los supuestos especiales contemplados, compatibiliza debidamente la celeridad, eficiencia y eficacia con el respeto del derecho de defensa comprendido en el debido proceso adjetivo.

Párrafo aparte merece lo expuesto por García Pullés²⁵ cuando, al analizar la Ley N° 25.164, señala que *“corresponde considerar si la eximición del recaudo del sumario ha sido establecida a favor de la Administración o del agente, pues en el primer caso ella podría ordenar la instrucción-aún cuando fuera legalmente innecesaria-, sin que ello pudiera ser resistido por el agente, extremo que no cabría colegir de aceptarse la segunda hipótesis”*.

El autor citado, concluye al respecto que *“...La Administración ha establecido una clara autovinculación para su conducta y ha quedado sometida al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, debiendo agregarse que el agente quedó beneficiado por un procedimiento expeditivo que habrá de significar un pronunciamiento más inmediato, de modo que podría resultar perjudicado por verse sometido a un extenso procedimiento sumarial”*

Nótese que tanto en el art. 23 como en el art. 24 de la Resolución PG 2099/24 se establece como facultativa la posibilidad de aplicar los procedimientos simplificados, dado que se utiliza el verbo “podrá” (lo que no ocurre en el caso del Decreto N° 1421/02 reglamentario de la Ley N° 25.164)

Recursos en el Régimen Disciplinario

Resolución PG N°2099/24

La previsión de diversos recursos administrativos refuerza el control interno de legalidad y la revisión de las decisiones adoptadas y permite la materialización de la

25. García Pullés, Fernando, ob. cit., p. 507.

facultad de impugnar en sede administrativa que, como ya hemos visto, integra la garantía del debido proceso legal adjetivo.

Recurso	Objeto	Quién puede interponerlo	Plazo	Autoridad que resuelve	Observaciones
Aclaratoria (art. 73)	Rectificar errores materiales, aclarar conceptos u omisiones sin alterar el fondo de la resolución.	Sumariado	3 días desde la notificación	La misma autoridad que dictó la resolución	No modifica el contenido sustancial.
Reconsideración (arts. 74-75)	Revisar una medida preventiva o sanción impuesta.	Sumariado	10 días desde la notificación	La misma autoridad disciplinaria que dispuso la medida	Debe ser fundado y presentado por escrito.
Jerárquico (arts. 76-77)	Revisar sanciones directas o rechazo de reconsideración.	Sumariado	10 días desde la notificación	- Fiscalía de Cámara o Defensoría General (si la sanción fue de 1ª instancia). - Procurador General (si fue en instancia superior).	No se sustancia (se resuelve sin trámite probatorio).
Revisión (art. 78)	Revisar una sanción cuando surjan hechos nuevos o circunstancias sobrevinientes que justifiquen la inocencia.	Sumariado o, post mortem, sus familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos) De oficio	30 días desde que se conocen los nuevos hechos	Autoridad disciplinaria correspondiente	Si no ofrece o acompaña prueba idónea y suficiente podrá rechazarse "in limine"
Denuncia de ilegitimidad (art. 79)	Control de legalidad cuando vencieron los plazos de los recursos ordinarios.	Sumariado	Sin plazo fijo -aunque debe ser razonable	Autoridad disciplinaria correspondiente	Si se prueba ilegitimidad, se revoca el acto. Si no, la resolución desestimatoria no es recurrible.

5. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el régimen disciplinario aprobado por la Resolución PG 2099/24 constituye un avance cualitativo en la regulación de la responsabilidad administrativa funcional del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Su diseño no solo responde a una necesidad organizativa y de eficiencia institucional, sino que se inscribe dentro de la evolución jurisprudencial y normativa que exige compatibilizar la potestad disciplinaria con el respeto irrestricto de los derechos y garantías fundamentales y asimismo adecuar el procedimiento disciplinario a los nuevos medios tecnológicos.



Este tratado constituye una contribución al pensamiento jurídico, al ofrecer una reconstrucción sistemática y actualizada del Ministerio Público en sus tres ramas de gestión: fiscal, de la defensa y tutelar.

Organizada en dos volúmenes complementarios, la obra aborda tanto los fundamentos filosóficos, normativos y constitucionales que sustentan la legitimidad democrática del Ministerio Público, como los principales desafíos operativos de su praxis.

A través de ejes transversales como la ética pública, el acceso a la justicia, la gestión innovadora, el lenguaje jurídico claro, la justicia restaurativa y el derecho comparado, el tratado ofrece una mirada crítica y propositiva sobre el rol institucional del Ministerio Público, promoviendo su adecuación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Gracias a una extensa red de colaboración académica nacional e internacional, y al impulso del Centro de Información Jurídica (CIJur), esta obra se presenta como una referencia indispensable.

Dirigido a profesionales del derecho, académicos, funcionarios públicos y estudiantes avanzados, el presente tratado se propone como una obra para quienes comprenden que el ejercicio de la función pública exige no solo solvencia técnica, sino también un compromiso ético con los principios de legalidad, imparcialidad y servicio al bien común.