



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

TRATADO DE Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

.....
Tomo II





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

Tomo II



ÍNDICE - Tomo II

TRATADO DE Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

El Ministerio Público en sus tres ramas

Sección 1: Gestión y control interno

1. **Santiago Juan Herrera** - Control de la actividad gubernamental. Desafíos frente a la cuarta revolución industrial **11**

Sección 2: Tecnología e Innovación

2. **Ricardo A. Muñoz** - Las decisiones administrativas automatizadas **27**
3. **Jorge Vilas Díaz Colodrero, Juan Segundo Hevia & Laura Victoria Bonhôte** - El Ministerio Público y su proyección hacia la gobernanza digital. Propuestas desde una mirada interdisciplinaria **59**
4. **Alejandro Batista** - Inteligencia artificial, derecho y justicia: algunos de los principales desafíos éticos y jurídicos **81**

Sección 3: Lenguaje claro y argumentación

5. **María Ortiz Takacs** – La oralidad en el sistema adversarial. Técnicas de argumentación y comunicación eficaz 107
6. **Rodolfo Vigo** – El lenguaje claro en los actos de gobierno: democracia y Derechos Humanos 125
7. **Mariano Vitetta** – Algunas reflexiones sobre los mitos y las realidades en torno al lenguaje claro 135
8. **Ivana Basset** – Lenguaje claro y lenguaje inclusivo, dos ideales compatibles 151

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

9. **Juan Pablo Iaccarino Taiana** – La Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Buenos Aires: Análisis integral del Código Procesal Penal (Ley 11.922) 159
10. **Fabian Luis Riquert** – Ministerio Público Fiscal en el sistema acusatorio: Funciones y competencias. Nuevos desafíos en el siglo XXI 197
11. **Ricardo A. Basilico & Mariano N. Lema** – Crimen organizado y cooperación internacional: evolución normativa, técnicas especiales de investigación y desafíos para el Ministerio Público Fiscal 231
12. **Francisco J. D'albora (h)** – La investigación del delito de lavado de activos: desafíos y estrategias 269
13. **María José Lescano** – El rol del Agente Fiscal en el sistema especial de justicia penal juvenil. Breve reseña al proceso de transición legal 287

14. Sandro Abrales – La teoría del delito y su utilidad para el fiscal del caso	313
15. Federico Zurueta – Etapa intermedia en el Código Procesal Penal Federal desde la óptica del Ministerio Público Fiscal. Importancia de la preparación de la prueba ofrecida	335
16. María Victoria Huergo – Paradigma probatorio y reforma judicial	355
17. Armando Rafael Aquino Britos – El Ministerio Público Fiscal en la Constitución	379
18. Federico Nicolás de Florio – Facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal en defensa de los derechos de las víctimas	401

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

19. María Laura E. D'Gregorio – Derechos del acusado en los Juicios por Jurados: especial análisis sobre los recursos e impugnaciones	421
20. Carlos Enrique Llera – Derecho a la libre elección de la asistencia letrada y subsidiariedad de la Defensa Pública	449
21. Mariano R. La Rosa – La inserción constitucional del Ministerio Público de la Defensa	461
22. Sandra M. Bajkovec – Justicia Restaurativa y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos	519
23. Cecilia Margarita Boeri – Estudio sobre los límites a la recurribilidad de los fallos absolutorios	537

24. María Laura Folgar – La defensa pública y el acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad: un enfoque interseccional	557
--	------------

Sección 6: El Ministerio Público Tutelar

25. Silvia Eugenia Fernández – La Asesoría de Incapaces y el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes: barreras y estrategias para garantizar sus derechos	575
--	------------

26. Ana Carolina Santi – El rol social del Ministerio Público Tutelar, a partir del trabajo de las Curadurías Oficiales	607
--	------------

27. Patricio Jesús Curti – Rol de la asistencia letrada en la niñez y adolescencia: distinciones con el Ministerio Público	629
---	------------

28. María Mercedes Rubio – La intervención del Ministerio Público en los casos de violencia familiar y de género: dispositivos y herramientas de actuación	647
---	------------

Sección 7: Derecho Comparado

29. Libardo Rodríguez Rodríguez – La institución del Ministerio Público en Colombia	669
--	------------

30. Frank Robert Almanza Altamirano & Nicole Xiomara Torres Flores – La configuración del delito de minería ilegal y su investigación en el Perú	693
---	------------

31. Federico Fascioli – El sistema acusatorio en Uruguay: un análisis del derecho comparado	721
--	------------

32. Pablo Schiavi – El honor y la dignidad de la persona humana como límite de la transparencia	745
--	------------

33. Jader Esteves da Silva & Felipe Dalenogare Alves- Del control institucional al control social: Desafíos y perspectivas de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas argentinas	763
--	------------



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

Sección 1: Gestión y control interno

**Control de la actividad
gubernamental.
Desafíos frente a la
cuarta revolución
industrial**

Santiago Juan Manuel Herrera

Control de la actividad gubernamental. Desafíos frente a la cuarta revolución industrial

Por Santiago Juan Manuel Herrera¹

1. INTRODUCCIÓN: LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

La cuarta revolución industrial, también conocida como industria 4.0, se caracteriza por la fusión de tecnologías que están corriendo los límites entre el mundo físico, digital y biológico. Algunos de los inventos más destacados son la impresión 3D, los vehículos autónomos, el Internet de las Cosas (IoT), la inteligencia artificial, la robótica, la biotecnología, las energías renovables, las redes 5G, la realidad virtual entre otras innovaciones.

Los poderes del Estado no son ajenos al impacto de la cuarta revolución industrial. Tanto el Poder Ejecutivo, como el Legislativo y el Judicial se ven compelidos a tomar medidas para lograr un funcionamiento eficaz y eficiente, basado en las nuevas tecnologías, que ayuden a lograr una mayor transparencia en el uso de los recursos públicos.

Analizaremos en el presente cómo la auditoría ejerce sus labores en los tres poderes, poniendo particular énfasis en el crecimiento de la tendencia del control previo sobre el Poder Ejecutivo y la implementación de la IA en el Poder Judicial.

Para el caso particular del Poder Judicial, el control se manifiesta sobre sus dos grandes funciones. El primero relativo al ejercicio de la función propia, la de distribuir justicia. Y es aquí donde la auditoría gubernamental puede medir la eficacia y la eficiencia en la ejecución de dicha función.

1. Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Doctor en Derecho de la UBA, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, investigador postdoctoral en la Universidad de La Coruña. Autor de varias publicaciones y libros en la materia de gestión portuaria y aeroportuaria. Ex Síndico General Adjunto de la Nación.

Por otro lado, también está la función de superintendencia necesaria para mantener la actividad judicial,

Y en ambos casos la cuarta revolución industrial ha tenido impacto sobre las actividades. A modo de ejemplo, en la actividad sustantiva se han conocido casos del dictado de sentencias mediante la utilización de la inteligencia artificial, con el debido control humano.

En la actividad de superintendencia, las innovaciones tecnológicas también producen mejoras en busca de una mayor transparencia. A modo de ejemplo, veremos en el presente el funcionamiento de un sistema de IA con capacidad de monitorear el cien por ciento de las compras gubernamentales, emitiendo alertas en casos de desvíos, los que serán luego analizadas por los auditores.

Pero más allá de los cambios tecnológicos, encontramos también que la actualización normativa en materia de auditoría introducidas por las normas NOGAI 2024, ahonda en ciertos parámetros que deberían ser tenidos en cuenta para ejercer las tareas de auditoría.

A ello, se suma la creciente tendencia a establecer un control concomitante de la administración, abandonando el clásico rol del control posterior en las tareas de la auditoría. Veremos cómo este control concomitante requiere de un delicado equilibrio en su ejecución para evitar la coadministración por parte de los auditores.

Pero, en forma previa a adentrarnos en el tratamiento de cada uno de estos temas, corresponde recordar que uno de los principales propósitos de las tareas de auditoría es el resguardo del interés público, aspecto éste sobre el que volveremos.

2. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA TRANSPARENCIA

A nivel internacional, la República Argentina ha ratificado dos tratados para combatir el Cohecho de Servidores Públicos. Y de ambos tratados surgen ciertas obligaciones tendientes a lograr una mayor transparencia en las actividades gubernamentales.

En cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de la Nación es que la auditoría y el control gubernamental juegan un rol esencial. Y ello se debe a que uno de los múltiples propósitos de la auditoría es el de la detección de desvíos que

podrían hacer presumir la existencia de figuras penales tales como el cohecho de funcionarios públicos.

De conformidad con las exigencias de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada en Argentina por Ley N.º 25.319² - cuyo instrumento de ratificación fue depositado ante la Secretaría General de la OCDE el 08-02-2001-³ y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003 y aprobada en Argentina por Ley N.º 26.097 - cuyo instrumento de ratificación fue depositado en la Sede de la ONU el 28-08-2006⁴, el Estado en todos sus ámbitos asumió compromisos para la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos.

Es así que la auditoría juega un rol crucial en la detección de cohecho de funcionarios, al detectar irregularidades en los procesos y proporcionar evidencia de posibles delitos. Los auditores, especialmente aquellos con enfoque forense, pueden analizar documentos, registros y transacciones para detectar indicadores de cohecho, como pagos irregulares, manipulación de información o enriquecimiento injustificado de funcionarios.

Pero veamos que, dentro de los propósitos de la auditoría, además de la detección del cohecho, se encuentra comprometido el interés público.

2. En sus considerandos, la Convención considera que “el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluyendo el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales; Considerando, que todos los países comparten una responsabilidad en la lucha contra el cohecho en las transacciones comerciales internacionales; Teniendo en cuenta, la Recomendación Revisada sobre la Lucha Contra el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C(97)123/FINAL, que entre otras cosas, reclamaba medidas eficaces para la disuasión, la prevención y la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales, en particular, la pronta penalización de dicho cohecho de una manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes convenidos establecidos en la Recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos fundamentales de cada país” (<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64615/norma.htm>).

3. Entrada en vigor de la Convención en la Argentina: 09-04-2001.

4. Entrada en vigor de la Convención en Argentina: 27-09-2006.

3. EL INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO. EL PROPÓSITO DE LA AUDITORÍA

3.1. El actuar del Poder Ejecutivo Nacional en materia de control se encuentra regida por las Normas de Auditoría Interna Gubernamental (NAIG) aprobadas por la Resolución SIGEN N.º 152/2002 que tienen como objetivo orientar la actividad de auditoría interna para que se ajuste a métodos objetivos y sistemáticos. Dichas normas son de aplicación en todo el sector público nacional definido en el artículo 8º de la Ley N.º 24.156, son prescriptivas y de aplicación obligatoria en el área de competencia de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), como órgano rector del sistema de control Interno del Poder Ejecutivo Nacional y, por lo tanto, aplicables en:

- a) Las auditorías que realice la propia SIGEN.
- b) Las que lleven a cabo las unidades de auditoría interna.
- c) Las auditorías que realicen las firmas privadas contratadas conforme a las normas en vigencia.

Para su elaboración se consideró la experiencia en el ejercicio del control por parte de la propia SIGEN y de los demás responsables de la gestión gubernamental, así como también las normas emitidas por organizaciones internacionales especializadas en la materia.

Hecha esta salvedad sobre la normativa del órgano rector de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, corresponde adentrarnos en el análisis de una mención específica efectuada en las Normas Globales de Auditoría Interna (NOGAI) 2024 que sirven de guía para la actividad de control.

3.2. Tal como se encuentra descripto en la NOGAI 2024 que podría ser aplicada al control gubernamental, el interés público como concepto jurídico indeterminado comprende valores tales como la ética y la justicia. Y las tareas de la auditoría no son ajenas a este rol puesto que, si bien la misión de la auditoría es la de fortalecer los procesos de gobierno y la gestión de riesgos y de control; la auditoría contribuye a una mejora de la eficiencia operativa de la gestión así como también al cumplimiento

de metas⁵.

Vemos pues que la capacidad de mejora del funcionamiento de la institución se encuentra estrechamente relacionada con el interés público comprometido en el cumplimiento de las misiones y objetivos asignados a la institución dentro de la cual se encuentra inserta la auditoría.

Para el caso del control gubernamental, el funcionamiento de la auditoría puede verse influido por el entorno político, puesto que ésta desarrolla sus actividades dentro de la organización y se encuentran sujetas también a su presupuesto⁶.

3.3. No obstante, recordemos que la función del control gubernamental y gestión de riesgos desarrollada a través de las auditorías tiene como finalidad medir y comparar los logros alcanzados por la organización con relación a las metas y objetivos previstos, con el objetivo de tomar acciones correctivas que tiendan a aumentar los niveles de eficiencia, eficacia y calidad.

Por otro lado, la planificación institucional resulta otro elemento esencial para las organizaciones. La necesidad de planificar sus actividades en función de las misiones conferidas y de formular sus presupuestos con el objeto de mejorar el grado de eficiencia en su ejecución.

5. “el interés público abarca los intereses sociales y económicos y el bienestar general de una sociedad, y de las organizaciones que operan dentro de esa sociedad (incluidos los de los empleadores, los empleados/ colaboradores, los inversores, la comunidad empresarial y financiera, los clientes, los reguladores y el gobierno). **Las cuestiones de interés público son específicas del contexto y deberían considerar la ética, la justicia, las normas y valores culturales** y los potenciales impactos dispares en ciertos individuos y subgrupos de la sociedad. **La auditoría interna desempeña un papel fundamental con respecto a mejorar la capacidad de una organización de servir al interés público. Si bien la función principal de la auditoría interna es fortalecer los procesos de gobierno, gestión de riesgos y de control, sus efectos se extienden más allá de la organización. La auditoría interna contribuye a la estabilidad y sostenibilidad global de la organización al proporcionar aseguramiento sobre su eficiencia operativa, confiabilidad de sus informes, cumplimiento de las leyes y/o regulaciones, salvaguarda de activos y de su cultura ética.** Esto, a su vez, fomenta la confianza del público en la organización y en los sistemas más amplios de los que forma parte” (el destacado no se encuentra en el original) <https://www.theiia.org/globalassets/site/standards/editable-versions/global-internal-audit-standards-spanish.pdf>

6. “Si bien las Normas Globales de Auditoría Interna aplican a todas las Funciones de Auditoría Interna, los auditores internos del sector público trabajan en un entorno político bajo unas estructuras de gobierno, organizativas, y de presupuesto que pueden diferir de aquellos en el sector privado. La naturaleza de dichas estructuras puede verse afectadas por la jurisdicción y el nivel de gobierno en los que opera la función de Auditoría Interna. Estas diferencias pueden afectar la manera en la que se aplican las Normas. La sección “Aplicación de las Normas Globales de Auditoría Interna en el sector público” que aparece a continuación del Dominio V: Desempeño de los Servicios de Auditoría Interna describe las estrategias para obtener la conformidad en las circunstancias y condiciones exclusivas de la auditoría interna en el sector público.” (<https://www.theiia.org/globalassets/site/standards/editable-versions/global-internal-audit-standards-spanish.pdf>).

Asimismo, resulta de vital importancia el diseño e implantación de sistemas de control interno que promuevan el logro de los objetivos y metas institucionales, la detección oportuna de desvíos, la agilización de procesos de toma de decisiones correctivas, la observancia del marco normativo vigente y el desaliento a la comisión de actos ilícitos o fraudulentos.

De vital importancia resulta también la utilización de sistemas integrales que permitan informar sobre el destino asignados a los fondos públicos.

Y son estas acciones las que deben ser llevadas a cabo bajo los principios rectores de la actividad, tales como la independencia y objetividad. El cumplimiento de normas éticas y de conducta, el conocimiento, pericia y experiencia, la capacitación continua, el debido cuidado profesional y el secreto profesional, fortalecen la transparencia institucional y previenen desvíos en el actuar de los poderes que conforman el Estado Nacional.

Sobre estos principios rectores de la actividad de la auditoría, las normas NOGAI 2024 hacen una especial mención a los casos de control gubernamental.

3.4. Entre los múltiples principios rectores de la actividad de auditoría plasmados en la NOGAI 2024⁷ es tratada la independencia y objetividad de criterios de la actividad del auditor sobre el auditado. Y sobre este principio de objetividad, es que la actualización de las normas NOGAI hace especial énfasis, indicando que es este principio es el que más debería ser respetado a nivel de control gubernamental, puesto que las auditorías se encuentran insertas dentro de su estructura y muchas veces son influenciadas por las administraciones⁸.

7. La norma NOGAI 2024 establece una serie de principios bajo los cuales debería ser desarrollada la tarea de la auditoría, estos son: Integridad, Objetividad, Competencia, Debido cuidado profesional y Confidencialidad.

8. La actividad del auditor debe ejecutarse manteniendo independencia de criterio respecto del auditado, desarrollando su trabajo con objetividad e imparcialidad en la formulación de los juicios incluidos en sus planes e informes. La objetividad del auditor debe consistir en una actuación fundada en la realidad de los hechos y demás circunstancias vinculadas a los mismos (actos, situaciones, evidencias), que le permitan mantener sobre bases sólidas sus juicios y opiniones, sin deformaciones por subordinación a condiciones particulares. Resulta indispensable que el auditor mantenga y demuestre una actitud objetiva e independiente respecto de los auditados, y que a su vez así sea considerado por los terceros. Tal independencia de criterio es una actitud mental caracterizada por la existencia de un elevado sentido ético, manifestado por una conducta respetuosa hacia la expresión de la verdad y consciente de la responsabilidad hacia la comunidad que entraña la tarea del control gubernamental.

Sintéticamente, en el control gubernamental este principio debería ser especialmente observado para evitar interferencias en las tareas de auditoría.

4.EL CONTROL CONCOMITANTE COMO FORMA DE CONTROL PREVENTIVO Y EXCEPCIONAL. EL CASO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LOS LÍMITES A DICHO CONTROL.

4.1. La herramienta del control previo y concomitante no es nueva, pero se presenta como una gran oportunidad para detectar desvíos antes de que éstos produzcan daños. El instituto del control previo y concomitante ha motivado diversos proyectos legislativos.

En la República Argentina, el control concomitante aparece en algunos segmentos del ámbito sujetos al control del ejecutivo nacional. Un ejemplo de ello son las tareas de fiscalización ejercidas a través de las actividades permanentes que se llevan a cabo en las entidades, empresas y sociedades por parte de síndicos y Comisiones Fiscalizadoras. Estas se desarrollan en el marco de las Leyes N.º 24.156, N.º 20.705 y normas complementarias, la Ley de Sociedades N.º 19.550.

El sistema de precios testigo es otra manifestación del control previo circunscrito a valores de bienes y servicios⁹.

Asimismo y en relación con el cumplimiento de tareas asignadas en el marco de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N.º 27.742, la SIGEN debe tomar una intervención previa y excepcional en los casos de: a) intervención previa a la renegociación o rescisión de contratos (Conf. artículo 63); b) dictamen previo a la celebración de acuerdos transaccionales que surjan de una controversia o reclamo administrativo, judicial y/o arbitral (Conf. artículo 65); c) participación en los procesos de privatización total o parcial de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional que hayan sido declaradas “sujeta a privatización”, según las competencias determinadas por las Leyes Nros. 23.696 y 27.742. En particular, realizar la evaluación del avance de proyectos de obra que contribuyan al

9. El Artículo 26 del Decreto N.º 558 del 24 de mayo de 1996 establece que las compras y contrataciones que se realicen en los Ministerios y Secretarías de la Presidencia de la Nación, organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública Nacional, cuyos montos superen las escalas que determine la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, deberán someterse al control del Sistema de Precios Testigo.

desarrollo productivo y/o que tengan un significativo impacto en la comunidad en lo que respecta al análisis de las contrataciones de obras públicas y la conveniencia de su continuidad.

Estas intervenciones previas son un esbozo de la tan necesaria figura del control concomitante. No obstante, el control excepcional y concomitante requiere de un delicado equilibrio en su fase de ejecución, de modo de evitar la coadministración de los entes de control.

Un ejemplo de lo reseñado anteriormente, lo encontramos en la República de Colombia. Dicha República ha sido pionera en la utilización de la inteligencia artificial en la redacción de sentencias judiciales como herramienta para lograr eficacia y eficiencia en el cumplimiento de sus cometidos.

En el texto de la Constitución Nacional de Colombia se encuentra previsto a modo excepcional el control concomitante de los actos de la administración. Es decir, el principio de ejercicio de la Contraloría General de dicha República es la auditoría ex post. A modo de excepción es admitida la auditoría concomitante de carácter preventivo y excepcional, no vinculante, sin que el uso de esta herramienta implique una coadministración y sin análisis de cuestiones de ejercicio de la oportunidad, mérito y conveniencia.

4.2. La incorporación del control previo excepcional en el texto de la Constitución Nacional¹⁰ ha motivado un pronunciamiento del máximo tribunal de dicho Estado

10. Constitución de la República de Colombia. “ARTÍCULO 267. *La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.*”

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia pre-

donde ha sido indicado que el modelo del control preventivo y concomitante tiene un carácter excepcional y no puede implicar coadministración (Sentencia de la Corte Constitucional: C-140 de 2020¹¹).

En definitiva, la auditoría previa y concomitante encuentra su límite en la coadministración.

4.3. La experiencia de la República de Colombia en materia de control concomitante ha motivado el estudio denominado “El Control Preventivo y Concomitante de la Entidad Fiscalizadora Superior de Colombia”¹² por parte de la OCDE.

El estudio indicado señala como una de las principales ventajas del control excepcional y concomitante a la posibilidad de tomar medidas en tiempo real y emitir “advertencias” y “alertas” a los distintos actores que les permitan tomar acciones correctivas y abordar el fraude y la corrupción.

También, identifica oportunidades de mejora y explora el potencial para construir un sistema de control moderno. Esta clase de control excepcional y **no vinculante** permite realizar una gestión de los riesgos en tiempo real.

No obstante, el estudio destaca las preocupaciones asociadas con los abusos del control previo, realizando en consecuencia una serie de recomendaciones¹³.

valente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley”.

11. “la manera como se ejerce el control fiscal posterior y selectivo no es un eje de la Constitución. El que el Constituyente derivado decidiera abandonar un esquema de control previo (Constitución de 1886), no implica que el control posterior y selectivo (Constitución de 1991) constituya, en consecuencia, un eje definitorio del ordenamiento superior. Entenderlo así, conllevaría a que este esquema fuera inmodificable, impidiendo cualquier tipo de reforma que lo hiciera más efectivo a partir de los distintos avances tecnológicos existentes, el avance de los sistemas de control de la gestión estatal de recursos públicos, las nuevas formas de corrupción, etc” (Sentencia c130-20 Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia).

12. OECD (2021), *El Control Preventivo y Concomitante de la Entidad Fiscalizadora Superior de Colombia: Estrategias Modernas para Nuevos Desafíos*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/142ae1f-es>.

13. “Principales recomendaciones. Para abordar los desafíos identificados, el informe brinda una serie de recomendaciones concretas para fortalecer el uso del control preventivo y concomitante en Colombia:

- Hacer uso de la nueva función de control preventivo y concomitante para generar sinergias con las entidades públicas y así superar las barreras de desconfianza generadas por las experiencias históricas con control previo.
- Aclarar el uso diferenciado de criterios y la funcionalidad de “alertas” y “advertencias”, incluida la emisión de guías de auditoría que describen ampliamente las prácticas asociadas con el control preventivo.
- Revisar el proceso de generación de advertencias para evitar una formalidad excesiva, tomando en consideración la necesidad de revisar el marco regulatorio vigente, así como los procesos y procedimientos internos para su implementación. En este mismo sentido, considerar incrementar los pesos y contrapesos asociados a

La primera relativa a la diferencia entre las alertas producto de la auditoría concomitante y las advertencias. También, recomienda ampliar el alcance del control a cuestiones de mejora de gestión, así como también a fortalecer la gestión de riesgos, los sistemas de control interno y los procesos de la administración pública en general.

Por otro lado, también hace mención a la preocupación por la continuidad del sistema ante cambios de la administración.

Sintéticamente, las recomendaciones OCDE se centran más en la instrucción sobre la diferencia entre las alertas y las advertencias¹⁴.

la toma de decisión final de la función de advertencia.

- Impulsar una estrategia que integre y apalanque el trabajo de la DIARI en relación al control
- preventivo y concomitante dentro de la CGR, incluyendo la implementación de modelos de calidad de datos.
- Fortalecer la relación de la CGR con actores clave de control preventivo y concomitante como las UCI y promover una comunicación fluida que les permita utilizar el control preventivo y concomitante para identificar y gestionar riesgos dentro de la administración pública.
- Impulsar una visión de largo plazo del control fiscal en Colombia que brinde una base sólida para la continuidad de iniciativas como el nuevo mecanismo de control preventivo y concomitante, y las reformas y modernizaciones institucionales impulsadas en los últimos años”

14. “El papel de las entidades fiscalizadoras superiores (EFS) se ha expandido gradualmente más allá del control fiscal tradicional. En particular, las EFS pueden proporcionar evidencia crítica sobre lo que funciona y lo que no en la gobernanza pública y así informar y promover mejoras sustanciales en la gestión pública, al mismo tiempo respondiendo a la crisis de confianza por la que atraviesan muchos países y en contextos socioeconómicos cada vez más complejos. En Colombia, una reforma constitucional aprobada en 2019 otorgó a la Contraloría General de la República (CGR) una función de control preventivo y concomitante que permite identificar riesgos y señales de alerta mientras se ejecutan proyectos y presupuestos. Con este nuevo mandato, la CGR puede tomar medidas en tiempo real y emitir “advertencias” y “alertas” a los gestores públicos que les permitan tomar acciones correctivas, abordar el fraude y la corrupción y así cumplir con las expectativas de la ciudadanía. Asegurar la implementación efectiva de la función de control preventivo y concomitante es crucial para su éxito. Este informe revisa la reforma y los esfuerzos de la CGR. También, identifica oportunidades de mejora y explora el potencial para construir un sistema de control moderno y resistente que responda a los desafíos presentes y futuros. **Hallazgos principales.** El nuevo control preventivo es ‘excepcional’, no vinculante y permite gestionar los riesgos en tiempo real. Con la creación de la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata (DIARI), la CGR puede monitorear, a través del análisis de datos, asuntos tan importantes como el nivel de ejecución de los proyectos de infraestructura e intervenir de manera oportuna si se observan sobrecostos o retrasos (vigilancia en tiempo real). Por ejemplo, durante la emergencia de salud COVID-19, la CGR pudo monitorear los recursos en tiempo real comparando precios de mercado y calculando supuestos sobrecostos, permitiendo correcciones oportunas en la contratación pública. Sin embargo, quedan desafíos y oportunidades. En particular, este estudio destaca lo siguiente:

-Aún existen preocupaciones asociadas con los abusos del control previo en Colombia, eliminado por la reforma constitucional de 1991, y con el excesivo uso de “advertencias” durante la última década. Asimismo, falta una cultura de auditoría colaborativa y preventiva tanto en la CGR como en la administración pública. Esto dificulta aprovechar el nuevo control preventivo y socava su aceptación y empoderamiento.

-Existe un alto grado de confusión entre los funcionarios públicos, tanto de la CGR como de la administración pública, en cuanto a la diferencia entre “alertas” y “advertencias” y su relación con el control preventivo y concomitante. Muchos funcionarios asocian el control preventivo solo con las alertas. Sin embargo, las principales regulaciones sobre control preventivo no se refieren a “alertas” y no está claro en qué etapa una alerta puede convertirse en advertencia.

-La excesiva formalidad en la emisión de “advertencias” puede resultar contraproducente para un mecanismo que busca impulsar la transformación de la administración pública a través de la corrección oportuna de los problemas detectados. Además, las “advertencias” pueden ser comunicadas única y exclusivamente por el Contralor General. Esto podría, en el futuro, implicar un riesgo de un posible abuso de la nueva función, así como un riesgo para quien ejerza la función de Contralor General.

-En Colombia no existe un sistema de información unificado, homogeneizado y abierto en el sector público. Esto implica que las entidades de control a menudo tienen sus propios sistemas de información aislados. La disponibili-

Otra forma de ejercer un control concomitante la encontramos en la utilización de la inteligencia artificial. Tal como veremos a continuación, la proliferación de estas herramientas permite la detección y alerta sobre desvíos en el actuar de la administración.

La irrupción de la inteligencia artificial en las auditorías. El sistema de alertas de control de compras gubernamentales.

La utilización de las herramientas surgidas producto de la cuarta revolución industrial deviene esencial a la hora de realizar las tareas propias de la auditoría.

Concretamente, el uso de la inteligencia artificial en los procesos de auditoría se convierte en una gran aliada para lograr la tan mentada transparencia del actuar estatal.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la República Federativa de Brasil, que ha implementado un sistema de inteligencia artificial con capacidad de monitorear el cien por ciento de las compras de bienes y servicios gubernamentales.

El sistema Alice¹⁵ (acrónimo de analizador de licitaciones, contratos y avisos) nace como necesidad para realizar un control de los procesos licitatorios de dicho estado producto del caso conocido como Lava Jato ¹⁶.

dad y la calidad de los datos pueden variar significativamente, lo que afecta su uso para análisis.

- El control preventivo se centra actualmente en la detección oportuna de sobrecostos y proyectos de infraestructura sin terminar. Sin embargo, existe un gran potencial para hacer un mejor uso de la capacidad analítica de la DIARI para fortalecer la gestión de riesgos, los sistemas de control interno y los procesos de la administración pública en general”.

-Es necesario mejorar la coordinación entre las Unidades de Control Interno (UCI) y la CGR. En particular, existe preocupación por parte de la UCI por el alcance de su rol, las excesivas solicitudes de información por parte de la CGR, así como la retroalimentación sobre la información que brindan. Al mismo tiempo, existe la oportunidad de fortalecer y apoyar el trabajo de las UCI con la información generada por el control preventivo de la CGR.

-Finalmente, hay una preocupación en varios sectores de la sociedad que expresaron temores respecto a la continuidad de este nuevo mandato en los cambios de administración, en particular considerando la ausencia de una política pública del control fiscal que genere una visión a largo plazo y que permita asegurar la continuidad institucional de estas nuevas formas de ejercer control fiscal”.

15.Alice, acrónimo de Analizador de Licitaciones, Contratos y Adquisiciones, es una herramienta desarrollada por la CGU que analiza automáticamente los procesos de compras y contrataciones públicas a diario. Ante posibles riesgos e inconsistencias, genera alertas para que sea posible actuar de forma preventiva y oportuna en los procesos de licitación publicados. Actualmente, Alice realiza el análisis a partir de datos del Portal de Compras del Gobierno Federal (Compras.gov.br), el Portal de Adquisiciones del Banco do Brasil (Licitações-e), el Portal de Adquisiciones de Caixa Econômica Federal (Licitações Caixa), así como de las exenciones y dispensas publicadas en el Diario Oficial de la Unión (DOU). (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/alice>)

16.La Operación Lava Jato se inició en marzo de 2014 para investigar delitos de corrupción y lavado de dinero. En ese

En sintéticas líneas, el sistema de auditoría por IA Alice permite tener control sobre los procesos de compras y adquisiciones gubernamentales en todas las etapas del proceso y sobre su totalidad.

Pero este sistema no reemplaza a la auditoría, sino que simplemente emite alertas frente a desvíos que son utilizadas como fuentes para realizar auditorías¹⁷.

Producto de la cuarta Revolución Industrial, se suma la inteligencia artificial a la realización de auditorías brindando pistas de auditorías¹⁸¹⁹ que generaran la emisión de alertas.

Para el caso particular de la IA, estos sistemas proliferan en el ámbito de ejercicio de auditorías, pero no reemplazarán la labor del auditor, sino que la complementarán brindando verdaderas pistas de auditoría que permitan la detección de desvíos en los procedimientos de compras y adquisiciones gubernamentales.

momento, la Corte Federal de Curitiba comenzó a investigar a cuatro organizaciones criminales que presuntamente involucraban a funcionarios públicos, empresarios y lavadores de dinero.

El trabajo se intensificó y, como resultado de los avances, se iniciaron nuevas investigaciones en varios estados durante más de seis años. En algunos de ellos, como Río de Janeiro y São Paulo, los fiscales comenzaron a contar con la colaboración de colegas, y la acción conjunta se llevó a cabo bajo el modelo de grupo de trabajo. Por su propia naturaleza, este modelo se caracteriza por su carácter provisorio. En 2021, con el fin de garantizar la estabilidad y la naturaleza duradera del trabajo, la metodología del grupo de trabajo se incorporó a los Grupos de Acción Especial para Combatir la Delincuencia Organizada (GAECOS). (<https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/casos-historicos/lava-jato>)

17. La herramienta, que utiliza técnicas de minería de texto e inteligencia artificial, permite la selección automática de avisos públicos para alertar a la administración sobre riesgos en la contratación y prevenir el gasto de recursos federales mediante la cancelación o suspensión de licitaciones innecesarias o con indicios de fraude, y en otros casos, mediante ajustes a los valores y cantidades estimados. En 2023, Alice analizó más de 190.000 procesos de contratación, y las acciones preventivas de la Contraloría, basadas en las alertas emitidas por la herramienta, resultaron en la cancelación o suspensión de compras en curso que presentaban deficiencias y riesgos en la contratación, por un total de más de R\$ 2.080 millones. El propósito de la herramienta es agregar valor a la gestión pública al identificar posibles fallas que podrían comprometer los objetivos del proceso de licitación, tales como el favoritismo hacia una empresa específica, el sobreprecio de productos y servicios, y la contratación innecesaria por parte de la agencia (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/alice>)

18. COSO es un modelo de control interno que ve a la organización bajo 5 componentes: -Ambiente o entorno de control (aspectos éticos). - Evaluación de riesgo (que la organización cuente con una matriz de riesgo que se gestione a fin de identificar los riesgos, medirlos y tomar acciones). - (Actividades de control (políticas y procedimientos diseñados para mitigar los riesgos). - (información y comunicación (importancia de que sea confiable, oportuna, relevante y que la comunicación tanto interna como externa permita cumplir con los objetivos de la organización). - (supervisión y monitoreo (evaluación continua del sistema de control y comunicación de las deficiencias para su corrección, sobre los otros componentes, fundamental para evaluar la edificando de los controles y la gestión de riesgo).

19. “Consiste en la serie de documentos, archivos informáticos, y otros elementos de información que se examinan durante una auditoría, y muestran cómo las transacciones son manejadas por una empresa de principio a fin. Informe COSO 2013 - Componente 4 – Información y comunicación. El objetivo principal de los sistemas de información y comunicación es medir, recopilar y reportar datos informativos, oportunos y de alta calidad. Un sistema eficaz de control interno preserva la fiabilidad e integridad de la información a medida que fluye a través de los diversos procesos, desde la fuente hasta los responsables de la toma de decisiones, tanto internos como externos a la organización” (<https://www.auditool.org/herramientas/coso-2013/componente-iv-de-coso-2013-informacion-y-comunicacion>).

CONCLUSIONES

Para concluir el presente trabajo, debemos efectuar las siguientes reflexiones a los fines de lograr una mayor transparencia en el actuar gubernamental.

Tal como hemos señalado anteriormente la cuarta revolución industrial nos brinda a la inteligencia artificial como un gran aliado a la hora de generar alertas ante posibles desvíos por parte de la administración, así como también para medir el cumplimiento de objetivos y metas.

Por otro lado, resulta trascendental el dictado de las normas NOGAI 2024 puesto que éstas ponen de manifiesto la problemática de la independencia del control gubernamental y su afectación, por estar la auditoría inserta dentro de la estructura de gobierno.

Asimismo, la utilización excepcional de la herramienta del control preventivo y concomitante resulta una figura esencial para prevenir desvíos en el actuar gubernamental. En la República Argentina esta tendencia creciente se encuentra circunscripta a casos aislados, tales como las intervenciones sobre precio testigo, casos de renegociaciones de contratos de concesión, privatizaciones de empresas con participación estatal, rescisiones de contratos de obras y servicios, así como también el régimen de compensación con las provincias. En todos los casos precitados, el órgano de control toma una intervención previa a celebrarse el correspondiente acto administrativo.

Vemos pues que esta tendencia creciente fortalece el control gubernamental, puesto que permite a los órganos de control abandonar su clásico rol de control posterior y ejercer un control concomitante. Y el crecimiento de esta tendencia, sin dudas, repercutirá sobre una mejora en los índices de transparencia.



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

Sección 1: Gestión y control interno

Las decisiones administrativas automatizadas

Ricardo A. Muñoz

Las decisiones administrativas automatizadas

Por Ricardo A. Muñoz¹

1. UNA MIRADA A LA PROBLEMÁTICA

El uso de la inteligencia artificial (en adelante, IA) en el ámbito de la Administración no es una imposición jurídica, sino fáctica, política y/o gerencial, ya que su necesidad deviene impostergable como cualquier avance tecnológico, tanto para el mejoramiento del rendimiento público y los resultados obtenidos, como para el desarrollo de capacidades individuales de los integrantes de la organización. De tal forma, el renunciamiento en forma completa a los sistemas inteligentes, so pretexto de una aislada interpretación legal, no parece una opción sensata, en tanto que sería tan absurdo como postergar satisfacer el principio de eficacia y eficiencia. Tampoco lo es aplicarlos acríticamente, como si no existiesen múltiples riesgos sobre los derechos fundamentales.

Más allá de las bondades, beneficios y oportunidades que el uso de la IA presenta para la administración pública, existen flancos de inseguridad que son específicos a la aplicación de estas tecnologías emergentes en el sector público, que campean no solo respecto del carácter organizacional del Estado —que pretende lograr el bien común y los derechos colectivos que protege, garantiza y promociona—, sino también sobre la extensión y alcance de potenciales actos y hechos dañosos y lesivos en perjuicio de la esfera jurídica de los administrados. Así, y solo para mencionar algunos, deben prevenirse la responsabilidad por la generación de sesgos en el tratamiento automatizado de datos, las filtraciones de los mismos, que implican obligaciones adicionales de seguridad informática, el mal funcionamiento de asistentes de IA (por ejemplo, bots o chatbots) que, por defectos o errores, brindan información errónea,

1. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba con Reconocimiento al Mérito Académico, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Es Postdoctorado, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En el ámbito académico, se desempeña como Profesor Titular por concurso de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto, donde es investigador acreditado. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público, y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 6 libros, entre los que se destacan “*Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo*”, e “*Internet*” (2 Tomos) de reciente publicación; y ha participado, además, en obras colectivas, y es autor de más de 110 publicaciones sobre su especialidad. Mail ramunoz2011@gmail.com.

o también los daños directos provocados por la IA que, al tomar decisiones, vulnera derechos fundamentales².

Al igual que el desarrollo mismo de todo instrumento tecnológico moderno, el Derecho —en un decidido dinamismo y evolución— ofrece, en forma permanente, diversas respuestas jurídicas a la problemática de los derechos digitales emergentes. Eso lleva al operador a una constante interpelación respecto de la mejor normativa que equilibre el progreso y el adelanto de las economías digitales, pero que, a la vez, evite el menoscabo de derechos fundamentales. Lo que hace un tiempo podría ser la mejor solución jurídica, hoy ya no lo es, y de allí, entonces, la necesidad de presentar nuevas ideas sobre los actos estatales automáticos que actúan con algún grado de independencia respecto de la persona humana, principalmente después de la entrada en vigencia del Reglamento de Inteligencia Artificial, de obligatorio acatamiento para todos los países miembros de la Unión Europea y de indudable inspiración para América Latina. Esa norma y el contexto que pretende regular, nos empujan a un estudio actualizado sobre las denominadas decisiones administrativas automatizadas³.

Si hacemos un poco de historia, la problemática de la automatización en el uso de datos para el decisionismo estatal fue parte de las primeras regulaciones sobre el resguardo de datos personales, cuando ya en 1968 la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos fue emitida, entre otras razones, “con la pretensión de reforzar [...] la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de

2. Ampliar en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, “Responsabilidad administrativa por el uso de la Inteligencia Artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 227 y ss. Como se verá, la normativa no solo garantiza la posibilidad impugnar las decisiones automatizadas, sino también tiene dicho la doctrina que puede reclamarse la reparación del posible daño moral que se le hubiera causado al particular (NAVAS NAVARRO, Susana, “Derecho e inteligencia artificial dese el diseño. Aproximaciones”, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora), *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 53).

3. Respecto la temática pueden destacarse nuestros aportes en MUÑOZ, Ricardo A., MUÑOZ, Ricardo A., “Buenas prácticas en materia de simplificación”. Transformación administrativa y gobierno electrónico. Comentario a los Decretos 891 y 894/2017”, en *Revista de Derecho Público-2018-1- Derechos humanos y nuevas tecnologías-I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018; *Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo. Un enfoque basado en derechos*, con prólogo de la Dra. Miriam Ivanega, IJ Editores, e-book, de acceso público en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=582&idedicion=3688>; MUÑOZ, Ricardo A., “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Electrónica Direito e Sociedade*, Brazil, Canoas, V. 10, n. 2, 2022; “La prohibición de decisiones administrativa automatizadas basadas exclusivamente en el perfilamiento”, en Thami Covatti Piaia, Stéfani Reimaann Patz y Gabriel Henrique Hartmann (organizadores), *Anais Do II Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de dados e cidadania*, Universidade Regional Integrada de Alto Uruguai e das Missões, URI, 2022, libro digital, pág. 336 y ss.; “Aspectos normativos y constitucionales de las decisiones administrativas automatizadas”, en *Revista de la Secretaría Legal y Técnica de la Provincia de Formosa*, Año II, Edición N.º 2, julio 2023, pág. 6 y ss.; “El principio only-once en la Ley Bases: antecedentes e implicancias”, en *Revista de Derecho Administrativo*, RDA. N.º 158, marzo/abril de 2025, pág. 158 y ss.; entre otros trabajos doctrinarios.

datos de carácter personal que les conciernen”. Esto derivó en una ola legislativa en muchos países de aquel continente⁴, pasando luego al primer instrumento internacional que analiza el derecho a la protección de datos personales, que fue el que se denominó “Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” (OCDE, 1980), relativas a la protección de la intimidad y la circulación transfronteriza de datos personales. Desde aquel hasta llegar al conocido “Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal” (1981).

A partir de allí, el desarrollo normativo —al igual que el técnico— fue imparable, todo lo cual nos lleva *infra* a describir la realidad jurídica actual a la luz de lo que podríamos llamar un *ius cummune* global del despliegue de la IA para la toma de decisiones estatales, una suerte de bloque normativo convencional y comunitario aplicable a las actuaciones administrativas y judiciales automatizadas, de directa aplicación para aquellos Estados que pretendan adoptar sistemas de IA centrados en la persona humana.

No está de más decir que las leyes nacionales o locales de procedimiento administrativo, tanto en sus aspectos procesales como sustanciales, deben respetarse cualquiera sea el medio o soporte de actuación administrativa. Por tanto, como ha expresado GAMERO CASADO, “a la hora de cumplir con determinaciones tan elementales como el principio contradictorio —materializado en una secuencia de trámites o requisitos que le dan soporte instrumental, como la subsanación, las alegaciones, la audiencia o la motivación de los actos administrativos—, es indiferente que el procedimiento se gestione exclusivamente por humanos —incluso tecleando en una máquina mecanográfica los sucesivos trámites del procedimiento—, o con procedimientos robotizados, o mediante sistemas de IA”⁵.

4. Según estudios, el primer Estado soberano que dispuso Leyes de Protección de Datos fue Suecia, promulgando la suya en 1973, después le siguió la República Federal Alemana de 1977, debiéndose considerar también la Ley de Informática, Ficheros y Libertades de Francia, las Leyes sobre Ficheros Públicos y Privados de Dinamarca, la Ley de Protección de Datos de Austria —todas de 1978—, y la Ley sobre utilización de datos en tratamientos informáticos de Luxemburgo, de 1979.⁵ Por otro lado, “la Fair Credit Reporting Act” (1970) de los Estados Unidos de Norteamérica, si bien no hace mención a archivos automatizados, constituyó una primera regulación del tratamiento genérico de los datos personales del individuo en los EEUU y dio origen a la “Privacy Act” del 31 de diciembre de 1974 (MILLÁN GÓMEZ, Agustín, “Reconocimiento normativo del derecho a la protección de datos personales en el ámbito internacional”, en AAVV, *Retos de la protección de datos personales en el sector público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, 2011, pág. 19 y ss., en parte. pág. 26).

5. GAMERO CASADO, Eduardo, “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2023, pág. 397 y ss., en parte. pág. 401.

Para nosotros, de esto se deduce que, por el principio de “equivalencia funcional”, lo que es ilegal *off line* es ilegal *on line*, y lo que se exige en el mundo físico o analógico también es una imposición en el mundo digital, virtual y algorítmico, en donde naturalmente tienen plena vigencia las garantías ciudadanas, con independencia del medio que se utilice.

Sentado esto, entonces, pasemos revista a cuáles son los temas más urticantes respecto las actuaciones administrativas automatizadas, donde el Estado hace uso de algoritmos simples y también de IA más complejas, al momento del proceso decisorial que actúa “autodeterminativamente” y lo hace con potencial impacto sobre los derechos fundamentales.

2. IA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Si partimos de un concepto —más o menos aceptado— a través del cual, mediante sistemas de inteligencia artificial, se busca “emular” o “simular” la inteligencia humana a través de complejos procedimientos computacionales, y que los algoritmos —en términos amplísimos— implican secuencias lógicas de instrucciones, estructuras procedimentales y metódicas de secuencias para alcanzar un resultado, en algunos casos, con alto grado de automaticidad, entonces la problemática es materia de necesario abordaje por parte de la administración pública.

Señala el Centro Latinoamericano para el Desarrollo (CLAD) que la tecnología (IA y robótica), para ser innovadora, requiere visión estratégica e inteligencia colectiva: la gestión del conocimiento. En este punto, destacamos el concepto de “inteligencia colectiva”, ya que no solo implica la colaboración de diversas personas en la resolución de un tema particular, sino que —desde nuestra óptica— es superador del concepto de IA o inteligencia humana aumentada, toda vez que en este caso se busca un desarrollo en donde se garantiza *“su accesibilidad a toda la ciudadanía como el estricto cumplimiento de las normativas en protección de datos personales”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8), lo que después se reafirma cuando se señala que *los diseños de los algoritmos y los procesos de entrenamiento en el sector público deben ser transparentes y no blindados con patentes. Ciudadanos y organizaciones no gubernamentales deben tener la capacidad de evaluar externamente ambos procesos* y que *“se debe promover la igualdad de acceso a todos los sectores sociales de los beneficios de la inteligencia artificial y de la robóti-*

ca” (apartados 33 y 37, respectivamente)⁶.

Al ser entonces una de las principales funciones de la IA la representación, recreación y facilitación del conocimiento, mucho debe hacerse desde la administración y el microsistema jurídico que la regula, es decir, el Derecho Administrativo. Ahora bien, como toda IA aplicada al Derecho, en aquella disciplina —y con nuestra especial perspectiva *iuspublicista*—, no pretendemos el estudio de la automatización del razonamiento jurídico ni de la solución de los problemas que de ese tipo se presentan. En efecto, la IA no razona jurídicamente, sino que aporta los mecanismos para el reconocimiento de secuencias a partir de parámetros con significación jurídica⁷. Que no es lo mismo. Por eso, se ha señalado que *“el impacto más relevante de la inteligencia artificial se centra en la extracción de patrones para inferir, predecir y reconocer tendencias o comportamientos más probables a partir de un cúmulo de datos. Se basa en sistemas matemáticos complejos, en forma de algoritmos, que permiten realizar esas inferencias y detectar valores atípicos que aportan información valiosa”* (CLAD, “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública”, apartado 8). De tal manera, la IA no es fuente del Derecho Administrativo (ni de cualquier otra disciplina jurídica), sino una apoyatura técnica.

En el contexto analizado, y ya desde hace varios años, la administración pública no tiene otra alternativa que asumir frente a la IA una actitud proactiva (y no reactiva), es decir, hacer uso de los beneficios que esta última trae respecto de la transparencia, la prestación de servicios públicos, la seguridad jurídica, entre tantos otros, ya que un “negacionismo” de la IA en el sector público hubiera traído mayores dificultades y distancias con los sectores de producción del conocimiento y la industria innovadora. La IA y la robótica presentan una gran ocasión para alcanzar definitivamente un nuevo y sólido modelo de administración pública que sea líquida, abierta, colaborativa, complementaria, creativa e innovadora, pero a la vez sólida, predecible y constante.

6. Explica Eric SADIN que las smart city implica una evolución hacia territorios autorregulados, pero nos “lleva, en los hechos, a una delegación no dicha de los servicios públicos en favor del régimen privado, prolongando por otros medios las lógicas de la tercerización que ya operan en las empresas desde el advenimiento del neoliberalismo”: “los dirigentes electos están sometidos al dogma reciente que pretende establecer en toda ocasión “partenados público privados”, al mismo tiempo que quedan bajo el doble lobby de los proveedores de tecnologías y de las empresas de servicios que aspiran a ser parte constante y sonante en la vida cotidiana de los ciudadanos.” (*La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical*, Caja Negra, Editorial, Bs. As., 2022, págs. 209 y 210).

7. A mayor abundamiento puede reflexionarse que la IA no realiza inferencias causales bajo un enfoque de significación jurídica (no hace dogmática, no entiende el contexto, etc.), en realidad, la IA “simula” que entiende causalidad o Derecho, pero no lo hace, por eso se dice que es “boba” en este sentido.

Pensar en las derivaciones que las TIC tienen sobre el Derecho Administrativo nos lleva necesariamente a la conclusión respecto de la posibilidad de refundar —en gran medida— esta área jurídica a través de un eje orientado en la información.

En efecto, nadie podría cuestionar la importancia que tienen los datos para la administración pública y la protección que estos —al mismo tiempo— merecen en consecuencia, lo que incluso ha llevado a la doctrina a plantear la necesidad del dictado de una ley especial de protección de datos personales en posesión de entes públicos⁸, ya que —agregamos nosotros— la ley 25.326 fue pensada principalmente para el sector privado.

Por lo pronto, la realidad demuestra la plena vigencia del principio de “equivalencia funcional” en esta “era exponencial”: a la par de una figura clásica del Derecho Administrativo (acto, contrato, procedimiento administrativo, etc.), aparece una “contrafigura” adecuada a la nueva realidad, so pena de que aquellas queden definitivamente en el olvido. Y si no desaparecen, se reconvierten en su “resiliencia” adaptada, tal es el caso de la contratación administrativa, donde ahora no solo se llevan a cabo la selección del cocontratante a través de las TICs, sino que también se ha avanzado en la utilización lisa y llana de técnicas de IA para garantizar la transparencia y el control⁹. O el caso mismo de la organización administrativa, que poco sentido tiene en la actualidad, tal como la conocemos históricamente.

“Actualmente – —señala Juan CORVALÁN— asistimos a un auténtico universo de inmediatos, ya que el tiempo secuencial o cronológico comienza a diluirse. Algo similar ocurre con el espacio, puesto que en muchos casos es irrelevante un lugar físico concreto o hablar de presencia y ausencia en los mismos términos que en otras épocas. Si se consagra un sistema digital para vincular a la Administración con los ciudadanos, como regla no es plausible hablar de una desconcentración física territorial o espacial

8. PARRA NORIEGA, Luis Gustavo, “Desarrollo legislativo en materia de datos personales en las entidades federativas, la importancia de una legislación especial en el ámbito estatal”, en AAVV, *Retos de la protección de datos personales en el sector público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, México, 2011, pág. 145 y ss. Para el autor citado, “El derecho fundamental a la protección de datos personales en posesión de entes públicos merece un diseño legislativo propio a través de una ley especial e independiente a la de transparencia y acceso a la información. El marco normativo local que se expida en la materia deberá contener regulados su ámbito de aplicación, los principios, derechos, procedimiento para ejercer su tutela, autoridad responsable, medidas de seguridad, transferencias y régimen de responsabilidades que son propios y característicos de los datos personales” (pág. 177).

9. MIRANZO DIAZ, Javier, “Inteligencia Artificial y Contratación Pública”, UCLM, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez 2020, disponible en file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/SSRN-id3647414%20(3).pdf

en donde se producen desplazamientos de infraestructura y recursos humanos”¹⁰. En palabras simples, la “organización digital” no pasa por “abrir oficinas”, sino por expandir o ajustar diversos algoritmos¹¹.

En la materia que nos preocupa, a la conocida “independencia” y “automatización” que brinda la IA en la AP, debe sumársele la plena ratificación que aquella hace de otros institutos propios del Derecho Administrativo, como lo es el principio de “colaboración” del administrado, ya que la IA funciona gracias a los datos que voluntariamente son aportados por los particulares.

En el sector público, el dato es generado por el propio usuario, de tal manera que — desde la perspectiva comunitaria y colectiva — aquel debe ser visto como un “valor agregado” de interés social¹². Incluso, el dato es elemental para la cimentación de nuestras instituciones y el acceso a la información pública, ya que hace al condicionamiento del ejercicio de la democracia, habida cuenta que el conocimiento es crucial para la participación ciudadana, y la IA mucho puede hacer para motorizar estos aspectos¹³.

Además, existe una suerte de “delegación” material (pero “condicionada”) de la administración pública en los sistemas inteligentes. En efecto, la administración se respalda en los sistemas de IA, aprobados jurídicamente, para tomar decisiones en este caso automatizadas. Y lo hace a través de la “modelización” y “parametriza-

10. CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una óptima Administración digital inteligente”, en *La Ley. Edición Especial. El Derecho en Transformación*, 19-10-2017, pág. 5. En otra publicación, el autor mencionado pone un ejemplo: “Si pretendemos expandir la atención en el otorgamiento de turnos en oficinas públicas, en formatos 1.0 y 2.0, la clave era desconcentrar esa actividad sumando oficinas, personas, computadoras, etc. En el mundo digital, expandir la oferta de un servicio totalmente digital depende esencialmente del diseño algorítmico, de la calidad de la conectividad, entre otros aspectos. Y si a eso le sumamos automatización o capas de innovación a través de inteligencia artificial, podríamos optimizar de manera exponencial el otorgamiento de turnos...” (CORVALÁN, Juan Gustavo, “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”, en *Diario La Ley*, 17-08-2018).

11. CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Bs. As., Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, 2019, pág. 23.

12. En este mismo camino transita el concepto de “IA para el bien social” elaborado por el BID, el que “apunta en la dirección del empoderamiento de las personas: se la emplea para abordar los retos más importantes de nuestro tiempo, aquellos que impactan directamente a los humanos y al medio ambiente en los más diversos campos como la salud, la educación, el empleo, la justicia, la disponibilidad de recursos, el cambio climático, la igualdad de género y la reducción de las desigualdades. Bajo el concepto de IA para el bien social tienen cabida distintos actores, incluyendo todas aquellas organizaciones o iniciativas que atiendan a dichos retos apoyándose en esta tecnología” (BID, *La Inteligencia Artificial al Servicio del Bien Social en América Latina y el Caribe: panorámica regional e instantáneas de doce países*, mayo, 2020).

13. Al respecto, nos hemos expedido en MUÑOZ (h), Ricardo A., “El control judicial de la actividad administrativa automatizada”, *Revista Electronica Derecho e Sociedad*, Canoas, V. 10, n. 2, 2022.

ción” de sus “acciones” (hechos, encuadramientos jurídicos y decisiones), lo que es demostrativo de la importancia de la IA al sentar criterios, clarificar antecedentes, evitar arbitrariedades, erradicar el oscurantismo público, a través de una suerte de “predicción” pasada y futura: visualizar el abanico de antecedentes, para decidir en corolario. Más adelante volveremos con este tema.

3. LA DENOMINADA “POTESTAD LEGISLATIVA ALGORÍTMICA” Y LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS AUTOMATIZADAS

En materia de actividad administrativa automatizada (por ejemplo, una *app* que nos autoriza a circular en pandemia), lo electrónico y tecnológico no es solo una mera forma de expresión y calificación de la institución —es decir una simple apoyatura instrumental o respaldo documental electrónico que canaliza la voluntad y competencia de una forma tradicional —, sino que es la realización en sí misma de la voluntad administrativa (“actos de elaboración automática”) y, en consecuencia, puede decirse entonces que se diseña y entrena el sistema para que el mismo sea reflejo de la norma y se autoejecute sin la intervención humana, o por lo menos, en forma asincrónica.

El uso de la IA en los ámbitos estatales (tanto administrativos como judiciales), exige la necesidad de llevar a cabo operaciones procedimentales diversas, con objetivos distintos y de diferente actividad decisoria. A tal fin, y siguiendo la lucida explicación de Juli PONCE SOLÉ, debe respetarse una suerte de “debido procedimiento administrativo complejo tecnológico”, pues es “un procedimiento de procedimientos”, que engarza dos: “un primer procedimiento mediante el que debe evaluarse el posible uso futuro de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial y otros aspectos, y un segundo procedimiento que es ya el específico sectorial, para adoptar decisiones automatizadas o ayudarse de la tecnología para decidir”¹⁴.

En cuanto al primer procedimiento, que podemos denominar genérico, su valoración del uso de IA debe incluir la evaluación de impacto referida a la protección de datos, debe garantizar el cumplimiento de la “reserva de humanidad”, debe ponderar los beneficios, costos y riesgos de uso de la tecnología a la luz del principio de proporcionalidad en la toma de decisión, deberá resolver si el sistema será elaborado

14. PONCE SOLÉ, Juli, *El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pág. 239.

por la propia Administración o se externalizará mediante un contrato de servicios o de suministro, cuál será el momento de la “supervisión humana” y de qué manera se garantizará el principio de participación humana o “debido proceso algorítmico”.

Junto a este primer procedimiento, explica el autor citado, *“siempre existirá un segundo procedimiento debido tecnológico como parte del procedimiento administrativo complejo: el de toma de la concreta decisión mediante el sistema algorítmico y la inteligencia artificial”*. Respecto a este segundo procedimiento, el poder legislativo debería regular la obligación de comunicar al interesado de la existencia de un sistema algorítmicos en la toma de la decisión que le afecta, así como la necesidad de explicabilidad y justificación específica y concreta de la decisión adoptada¹⁵.

Esto mismo ha sido explicado entre nosotros por Juan CORVALÁN, en cuanto advierte que las actuaciones automatizadas se llevan a cabo a través de una incipiente “potestad reglamentaria algorítmica” —una suerte de “cuasilegislator en lenguaje computacional” —, y, después, mediante la “autoejecución” administrativa automatizada de los actos (en este caso, administrativos individuales), una vez que se verifican los supuestos de hecho previstos normativamente primero y algorítmicamente después. Pero, tal como brillantemente se ha explicado¹⁶, hay dos formas de ejercer esa nueva potestad:

1) a través de una “potestad reglamentaria algorítmica espejo”, en donde se hace una traducción de un lenguaje natural jurídico hacia uno de programación. Aquí la voluntad se “mediatiza” y su ejercicio se vuelve asincrónico, rompiéndose el paradigma del tiempo y espacio, así la tecnología se convierte en un modo de intermediación técnica;

2) mediante una suerte de “potestad reglamentaria algorítmica basada en IA”, en donde el núcleo de la competencia es desplegado por un sistema inteligente, y entonces la voluntad se desvincula de los resultados. La tecnología deja de ser intermediaria y, si el experto desconoce exactamente las razones subyacentes a los resultados

15. PONCE SOLÉ, Juli, *El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España*, op.cit., pág. 240.

16. CORVALÁN, Juan, SÁ ZEICHEN, Gustavo y ALBERTSEN, Lihué María, “Actividad administrativa automatizada Inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad”, en CORVALÁN, Juan Gustavo (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Tomo II, Thomson Reuters, La Ley, Bs As, 2021, pág. 193 y ss.

que arroja el sistema, habrá una suerte de “delegación algorítmica ilegítima”. Es ahí cuando se rompe la relación con la voluntad y la competencia del acto, tornándose ilegítima y arbitraria la decisión por la violación de los principios constitucionales y las reglas legales que gobiernan las decisiones estatales.

En este sentido, advierte Andrés BOIX PALOP que los algoritmos empleados por parte de las administraciones públicas para la adopción efectiva de decisiones han de ser considerados “reglamentos”, por cumplir una función material estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas, al reglar y predeterminar la actuación de los poderes públicos.

Por tanto, se deducen consecuencias jurídicas respecto de cómo han de realizarse los procedimientos de elaboración y aprobación de estos algoritmos, la necesidad de que los mismos estén debidamente publicados como normas jurídicas que son y la exigencia de que existan mecanismos de recurso directo e indirecto frente a los mismos, todo lo cual supone un incremento de las actuales garantías frente al empleo de algoritmos por parte de los poderes públicos¹⁷.

Y así llegamos, entonces, a la “actuación administrativa automatizada”, definida –por ejemplo– por la Ley 40/2015 (“Régimen jurídico del sector público”) de España como “*cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una AP en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público*”. Aun antes todavía, la actuación administrativa automatizada había sido conceptualizada por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de “Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos” de España –LAE– (hoy derogada) como “*actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*”¹⁸.

17. BOIX PALOP, Andrés, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, V. 1, año 2020, pág. 223 y ss.

18. En los sistemas jurídicos normativos, ya se hablaba de “mecanización” y “automatización” en la exposición de motivos de la Ley Procedimientos Administrativos española de 1958, al momento que se señaló que “Por lo demás, las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios; a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos, racionalización, *mecanización* y *automatización* de los trabajos en las oficinas públicas, creación de oficinas de información y reclamaciones y fijación de horarios adecuados para el mejor servicio de los administrados”.

Lo explicado no es una absoluta novedad en nuestros sistemas de fuentes, ya que, en 1971, Tomás Ramón FERNÁNDEZ, en un artículo doctrinal titulado “*Jurisprudencia y computadores*” —publicado en la *Revista de la Administración Pública* N° 64, en España de ese año—, manifestó que la “electrónica será un elemento mecánico de ayuda, pero la noble función de juzgar no puede ser mecanizada”; o cuando Vittorio FROSINI, en un trabajo que denominó “*Informática y administración pública*” que fue publicado en la edición N° 105 de la citada revista española, ya hablaba de la “inteligencia artificial” y la tecnología electrónica como el carácter innovador y distintivo de los servicios administrativos de nuestros tiempos, tratándose de un proceso que denominó “*automatización administrativa*”¹⁹.

Llama la atención, en este sentido, que la normativa vigente se refiera en todo momento a *actuación administrativa automatizada*, en lugar de hacer referencia al *acto administrativo automatizado*. “La razón es sencilla —y avala la interpretación que se está argumentando en estas páginas—: lo relevante de aquella no es el producto, que no deja de ser un acto administrativo normal y corriente, sino la forma en que se adopta, la actuación que permite llegar a ese producto final”²⁰.

Así las cosas, la decisión administrativa automatizada implica un acto administrativo como cualquier otro, la única diferencia radica en la “fuente de producción”: en aquel supuesto corresponde —en los hechos y en la materialidad— a un sistema de información programado y no a una persona humana. Ahora bien, la ausencia de la persona de “carne y hueso” no es total, sino “en cada caso singular” (conforme la definición antes transcrita), esto es, en cada supuesto en que se hace uso de ese sistema de información para desarrollar la correspondiente actuación administrativa exigida por el ejercicio de la potestad, ya que antes, en forma general y abstracta, la persona humana intervino otorgando competencia y validez al sistema, incluso a

19. Tampoco deja de llamarnos la atención una recensión bibliográfica del año 1969 que firma GONZALEZ NAVARRO, comentando una obra de Derecho Administrativo de Aurelio GUAITA, a través de la cual, destacando el trabajo paciente y constante del autor, el primero se pregunta si no sería posible recurrir al empleo de una máquina para facilitar la tarea del investigador de la penosa búsqueda de la bibliografía, y dice: “Desde luego, la idea parece factible ... Sin embargo —se añade también—, el problema de programar este supercomputador no habrá desaparecido. Las limitaciones del hombre que haya de programarlo pondrán siempre un límite a la inteligencia que se pueda simular por la máquina. La “inteligencia artificial” de un computador obedece a los dictados, del hombre, y hace falta mayor inteligencia para disponer que para ejecutar. El hombre, como creador, estará siempre en la cúspide... Lo que queremos subrayar al traer a colación las anteriores palabras, es que el trabajo del hombre no puede ser nunca eliminado. La máquina nos hará ganar en rapidez, en precisión, pero el hombre será siempre insustituible” (“Recensiones y notificaciones de libros”, *Revista de la Administración Pública*, N° 60, septiembre-octubre, 1969, Madrid, pág. 525, en parte. pág. 546).

20. MARTÍN DELGADO, Isaac, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, en “*Revista de la Administración Pública*”, N° 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009, pág. 365.

través también del diseño del motor informático²¹.

Y entonces, efectivamente, un acto administrativo adoptado —aun en su integridad— por medios electrónicos puede consistir en una declaración de voluntad (adjudicación de un contrato por subasta electrónica); en una declaración de juicio (valoración de los méritos de un candidato en el marco de un proceso de evaluación de su actividad); en una declaración de conocimiento (certificado electrónico de empadronamiento); o en una declaración de deseo (propuesta de sanción por infracción en materia de tráfico); obligación de pago (informa una operación y se me liquida el monto automáticamente) entre muchos otros supuestos.

4. PRINCIPALES ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULATORIOS INTERNACIONALES

Para llegar al análisis de la reciente normativa europea de regulación de la IA, antes debemos transitar un camino que nos conducirá por un largo trayecto de antecedentes normativos y regulatorios en la materia; estos antecedentes serán sobre distinta temática, de diferente naturaleza jurídica, y disímil alcance. Por ello, la problemática por nosotros abordada encuentra un sinnúmero de antecedentes normativos y otros documentales de referencia (*soft law*) que —desde nuestra opinión— pueden ser comprendidos en cinco ejes fundamentales: las contribuciones del CLAD, que tanto han inspirado la normativa argentina, principalmente en materia administrativa; la regulación de los principios que informan la IA a través de reglas éticas; los denominados derechos digitales incorporados en diversas “cartas”; las especiales ordenaciones a partir de clásicas instituciones del Derecho Administrativo, incorporadas principalmente en normas regulatorias de la función administrativa; y, finalmente, la actualizada normativa en materia de protección de datos y aquella dictada específicamente para regular el uso responsable de la IA.

1. En primer lugar, en esto temas, y por estos lados del Planeta, debe destacarse el aporte del Centro Latinoamericano para la Administración del Desarrollo (CLAD),

21. Para Vincenzo AQUARO (Director de Gobierno Digital de la ONU): “los sistemas de Inteligencia Artificial no pueden reemplazar completamente las competencias de los seres humanos. Pueden colocar a los humanos en una posición ventajosa y ayudar a organizar mejor nuestra sociedad, pero al final, los humanos son, o al menos deberían ser, los que siempre toman las decisiones finales. Esta es la razón por la que prefiero deletrear la IA como “Inteligencia (humana) Aumentada” en lugar de Inteligencia Artificial” (AQUARO, “Prologo”, en CORVALÁN, Juan Gustavo, *Prometea. Inteligencia Artificial para transformar organizaciones públicas*, Editorial Astrea SRL, Editorial Universidad del Rosario, Derecho Para Innovar, IMODEV, Bs As, 2019, pág. 7).

que desde hace muchos años viene aportando a la problemática a través de la elaboración de normativa que, si bien no es imperativa para los Estados parte, sí fue inspiracional para los cambios legislativos internos que se han ido produciendo en la región sobre temas de gobierno electrónico, modernización, innovación, entre muchos otros. Entre los textos más importantes puede mencionarse el “Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006), la “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico” (2007), la “Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública” (2009), el documento “Gestión Pública en Iberoamérica para el Siglo XXI” (aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana, 2010), la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” (2013), pero principalmente la “Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública” aprobada en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado de fecha 8 de octubre de 2020, y la reciente “Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública” (2023) de indudable importancia en la materia.

2. En segundo lugar, debe destacarse, como una de las dimensiones regulatorias más importantes, aquella dada mundialmente a través de diversas organizaciones de escala global mediante el dictado de reglas éticas, verdaderas directrices de alcance mundial²². En este escenario, y en un “ecosistema digital” que plantea nuevos mecanismos de gobernanza, principalmente para la gestión pública, se viene demandando —por medio de reglas éticas pero también normativas que *infra* se mencionan— que el desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial garantice los principios de no discriminación y transparencia (“algorítmica”, agregamos), la auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, accesibilidad, usabilidad y fiabilidad, la supervisión humana y la impugnabilidad de las decisiones automatizadas, así como la evaluación y reducción de riesgos, entre otros²³.

22. En especial, puede considerarse en la Unión Europea, “Normas de Derecho Civil sobre robótica” (2017), “Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno” (2018), “Directrices Éticas para una IA Fiable” (2019), “Libro Blanco sobre Inteligencia Oficial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” (2020), “Propuesta de Reglamento de Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA”, entre otros importantes documentos. La UNESCO presentó en 2019 un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial, y en el año 2020, a través del Grupo Especial de Expertos (GEE), ofreció un texto por el cual se proyecta una recomendación sobre ética de la IA. Por su lado, en el año 2019, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y los países socios, adoptaron el primer conjunto de directrices de políticas intergubernamentales sobre IA.

23. Uno de los mayores exponentes de la materia, Lorenzo COTINO HUESO, nos habla de la transparencia como “principio rector”, y el de explicabilidad y la interpretabilidad, como características sociotécnicas de aquel, dete-

En definitiva, a los efectos de sistematizar y sintetizar la descripción de los principios ofrecidos por cada uno de los documentos de alcance global y regional, podría estarse a los cinco principios éticos para la IA que pregona el filósofo italiano Luciano FLORIDI, quien toma los cuatro principios enunciados por la bioética, esto es, beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia²⁴, a lo que le suma un principio extra: el de explicabilidad, “tanto en el sentido epistemológico de “inteligibilidad” (como respuesta a la pregunta “¿cómo funciona?”), como en el sentido ético de “rendición de cuentas” (como respuesta a la pregunta: “¿quién es responsable de la forma en que funciona?”).²⁵.

3. En tercer lugar, otro nivel de abordaje respecto las fuentes jurídicas campea sobre el reconocimiento de los denominados “derechos digitales”, hasta ahora incorporados —no siempre— en el ordenamiento jurídico del Derecho Comparado a través de “cartas” como normativa de referencia no imperativa (*soft law*)²⁶, cuya naturaleza precisamente no normativa fue motivo de críticas²⁷; aunque tampoco se dio así en todos los casos, como lo demuestran, por ejemplo, la ley de protección de datos de

niéndose “en la “transparencia” algorítmica como concepto general inclusivo y la miríada de nociones que orbitan a su alrededor, a saber: trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad, comprensibilidad, inteligibilidad, legibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad, descomponibilidad, verificabilidad, replicabilidad, comunicación, código abierto” (COTINO HUESO, Lorenzo, “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, en COTINO HUESO, Lorenzo y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (editores), *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, España, 2022, pág. 25 y ss., en parte. pág. 69).

24. Autores argentinos, bajo la premisa de respeto a los principios de supervisión humana, de solidez técnica, de transparencia, de rendición de cuentas y de contribución al bienestar social, han propugnado la necesidad de “transformar una herramienta, la IA, en IARS, una Inteligencia Artificial Responsable Social, un bien común de la nueva sociedad digital” (AGUIAR, Henoch, “Inteligencia bifronte ¿libertad o esclavitud?”, CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, Thomson Reuters, La Ley, 2021. pago 193 y ss., en parte. pág. 202).

25. FLORIDI, Luciano, y otros, “AI4People: un marco ético para una buena sociedad de IA: oportunidades, riesgos, principios y recomendaciones”, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11023-018-9482-5#citeas>

26. Por su carácter pionero, se destaca la “Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital” que se aprobó mediante la Ley n.º 27/2021 de 17 de mayo; así como también la “Carta de Derechos Digitales” española, presentada el 14 de julio de 2021, aunque esta última no tiene valor normativo. También, en el ámbito europeo, entre otros documentos, puede verse la “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” proclamada el 23 de enero de 2023 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión; la “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales”, aprobada en la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, el 25 de marzo de 2023.

27. Anotándose que “Aunque su aprobación se ha considerado positiva, se critica que, en lugar de proclamarse nuevos derechos en una Carta no vinculante, lo que debería hacerse es garantizar la efectividad de los derechos que ya tienen reconocidos los ciudadanos en la legislación sobre procedimiento administrativo común” (GAMERO CASADO, Eduardo, “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 397 y ss., en parte. pág. 426).

España²⁸, o incluso, la ley 15/2022 antidiscriminación de ese país²⁹.

Nos detenemos aquí, alertando que, aun reconociendo la indudable importancia de los derechos allí registrados³⁰, la literatura jurídica discute respecto a la necesidad —o no— del reconocimiento de nuevos derechos. Debemos preguntarnos si los derechos digitales transitan sobre ¿viejos derechos con nuevos contenidos propios de los entornos virtuales? o requieren en realidad ¿el reconocimiento de nuevos derechos que surgen a partir de las tecnologías emergentes?

Mientras mucha literatura se inclina por la necesidad de crear nuevos derechos frente a la IA, por ejemplo, “el derecho a la protección contra los sesgos algorítmicos”³¹, el derecho a la limitación de tratamiento, a la portabilidad de datos, el derecho a la no inferencia y revisión humana, o el propio derecho al olvido —solo nombrando algunos—, para “*poder ofrecer condiciones de seguridad jurídica y de protección frente a los agentes globales que, en la actualidad, los lesionan de manera masiva*”³².

Otros pensadores advierten que ello trae aparejado el clásico problema de la inflación de derechos: “*cuantos más derechos se reconocen, menos protección especial*

28. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de “Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, de España.

29. Ley 15/2022, de 12 de junio, “integral para la igualdad de trato y la no discriminación de España”, en su art. 23. Esa ley, considerada la primera regulación de la IA en el España, ha sido cuestionada ya que no aborda la regulación necesaria respecto la materia, limitándose a hacer una genérica llamada a la “rendición de cuentas”, y -agregamos nosotros- lo establece condicionado a que “siempre que sea factible técnicamente”. Pensando en esa norma, entiende PONCE SOLÉ que “de cara a futuras regulaciones, deberá hacerse un esfuerzo para aunar lo mejor de lo humano con lo mejor de la IA, para evitar así lo contrario: conjugar lo peor de ambos mundos” (PONCE SOLÉ, Juli, “Seres humanos e inteligencia artificial: discrecionalidad artificial, reserva de humanidad y supervisión humana”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 195 y ss., en parte. pág. 223).

30. Específicamente, y en relación a la IA aplicable en el marco de la actuación administrativa, los textos reconocen el derecho de que las decisiones respeten los principios de buen gobierno y buena administración, el procedimiento administrativo con las debidas garantías, obtener una motivación comprensible en lenguaje natural, que la adopción de decisiones discrecionales quede reservada a las personas, el derecho a la evaluación de un impacto en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos, con aprobación previa de los sistemas inteligentes, la minimización de riesgos, transparencia y rendición de cuentas, el derecho a la participación y el acceso a la información pública digital, entre muchos otros.

31. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género). ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?”, en LLANO ALONSO, Fernando H. (Director), GARRIDO MARTÍN, Joaquín y VALDIVIA JIMÉNEZ, Ramón (Coordinadores), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Gobierno de España, Ministerio de Ciencia e Innovación, Laborum Ediciones, Murcia, 2022, pág. 45 y ss., en parte. pág. 69.

32. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y COTINO HUESO, Lorenzo (coords.), *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, Colección obras colectivas, 2p, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, disponible en: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/publicaciones/derecho-publico-de-la-inteligencia-artificial>, pág. y ss., en parte. pág. 32.

obtienen”³³. Se ha explicado que, con la profusión de los mismos, se generan problemas de indeterminación e incoherencia en su fundamentación, además de un posible debilitamiento de su eficacia al solaparse con derechos humanos de generaciones anteriores³⁴. Y, aun cuando no existan derechos digitales constitucionalmente reconocidos en forma expresa, y, amén de que los mismos puedan derivar de otros derechos de expresa incorporación constitucional o convencional, lo cierto es que la mayoría de aquellos demandan un desarrollo legislativo o reglamentación posterior³⁵, que en muchos países no se ha producido.

Tengo para mí, sin perjuicio de la necesidad de incorporar constitucional y legalmente solo aquellos derechos digitales auténticos, genuinos e independientes³⁶, que el derecho a la protección de datos personales tiene un carácter transversal e instrumental a todos los derechos, especialmente en el entorno digital, donde lo que se mueve esencialmente es información personal, y entonces, garantizándose el derecho a la protección de datos personales, se garantiza el ejercicio del resto de derechos fundamentales digitales y, por lo tanto, el libre desarrollo digital personal. Además, ora que nos aproximemos a los derechos digitales a través de normas sectoriales, ora que lo hagamos a través de textos codificados³⁷, lo trascendente para su efectividad es la imposición de especiales garantías de resguardo (mayores controles, auditorías, intervención humana, etc.) y, especialmente, un nivel de exigencia desde la “eficacia horizontal” de los derechos, es decir, entre la ciudadanía y las tecnologías, considerándolos también como derechos colectivos³⁸.

33. DE ASÍS ROIG, Rafael, “Ética, tecnología y derechos”, de la misma obra, pág. 25 y ss., en parte. pág. 36.

34. LLANO ALONSO, Fernando H., “Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens”, de la misma obra, pág. 189 y ss., en parte. pág. 203.

35. ARENAS RAMIRO, Mónica y DÍAZ LIMA, David, “Privacidad y derechos digitales”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y COTINO HUESO, Lorenzo (coords.), *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pág. 287 y ss., en parte. pág. 297.

36. Anota acertadamente GIL DOMÍNGUEZ que “un posible puente entre derecho y tecnología podría ser reconfigurar el reconocido apotegma “nuevos contenidos en viejos derechos” en “nuevos contenidos basados en el desarrollo científico y tecnológico en viejos derechos siempre que sea posible, nuevos derechos basados en el desarrollo científico y tecnológico siempre que sea necesario” (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitucionalismo digital*, Ediar, Bs. pág. 197).

37. De una u otra forma, lo que no está en discusión es que los entornos digitales generan nuevos escenarios, contextos y conflictos que imponen la adaptación de los derechos y la reinterpretación del Derecho, perfilando aquellos más relevantes en estos entornos, o en su caso, describiendo nuevos derechos instrumentales o auxiliares de los primeros (COTINO HUESO, Lorenzo (coordinación), *La Carta de los Derechos Digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 19).

38. CATOIRA, Ana Aba, “La garantía de los derechos como respuesta frente a los retos tecnológicos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y COTINO HUESO, Lorenzo (coords.), *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*, ob. cit., pág. 57 y ss., en parte. pág. 80.

4. En cuarto orden también puede estarse a la regulación sectorial propia del Derecho Administrativo. Y así en el Derecho Comparado se destacan los antecedentes de España a través de Ley 40/2015 (“Régimen jurídico del sector público”)³⁹, de Italia mediante el “Código de Contratos Públicos” (aprobado por el Decreto Legislativo N.º 36, del 31 de marzo de 2023)⁴⁰, de Francia, mediante el denominado “Código de relaciones entre el público y la administración” (según una modificación del año 2017)⁴¹, de la incorporación del 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) de Alemania⁴², entre muchos otros.

5. Llegamos, entonces, a la normativa europea de naturaleza imperativa y directamente obligatoria para los Estados miembros⁴³ en la materia, después del dictado de

39. Art. 41: “En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”. Finalmente, en el art. 42 se establece que “En el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica: a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente”.

40. En su art. 30, la norma habilita la utilización de “procedimientos automatizados en el ciclo de vida de los contratos”, estableciendo que “para mejorar la eficiencia, los poderes adjudicadores y las entidades concedentes, en la medida de lo posible, automatizarán sus actividades recurriendo a soluciones tecnológicas, incluidas la inteligencia artificial y las tecnologías de contabilidad distribuida”, y a tales fines, deberán “a) asegurar la disponibilidad del código fuente, la documentación relacionada, así como cualquier otro elemento útil para comprender su lógica de funcionamiento; b) introducir en los pliegos de condiciones cláusulas destinadas a garantizar los servicios de asistencia y mantenimiento necesarios para la corrección de errores y efectos indeseables derivados de la automatización”. Además “Las decisiones tomadas mediante automatización respetan los principios de: a) cognoscibilidad y comprensibilidad, por lo que todo operador económico tiene derecho a conocer la existencia de procesos automatizados de toma de decisiones que le conciernen y, en su caso, a recibir información significativa sobre la lógica utilizada; b) no exclusividad de la decisión algorítmica, por lo que en todo caso existe una contribución humana en el proceso de toma de decisiones capaz de controlar, validar o denegar la decisión automatizada; c) la no discriminación algorítmica, mediante la cual el titular aplica medidas técnicas y organizativas adecuadas para evitar efectos discriminatorios contra los operadores económicos”. Finalmente se exige que “Los poderes adjudicadores y las entidades concedentes adoptarán todas las medidas técnicas y organizativas capaces de garantizar que se subsanen los factores que dan lugar a inexactitudes en los datos y se minimiza el riesgo de error, así como para evitar efectos discriminatorios contra las personas físicas en la por motivos de nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, religión, creencias personales, afiliación sindical, características somáticas, estado genético, estado de salud, género u orientación sexual”.

41. Según la norma, “La administración comunica a la persona objeto de una decisión individual adoptada sobre la base de un tratamiento algorítmico, a petición de ésta, de forma inteligible y sin vulnerar secretos protegidos por la ley, la siguiente información: “1º El grado y modo de contribución del procesamiento algorítmico a la toma de decisiones; “2º Los datos procesados y sus fuentes; “3º Los parámetros del tratamiento y, en su caso, su ponderación, aplicados a la situación del interesado; “4º Las operaciones realizadas por el procesamiento”.

42. Dicha norma establece que un acto administrativo podrá dictarse de forma totalmente automática, siempre que lo autorice la ley y no exista discrecionalidad, ni facultad de apreciación en obvia referencia a la decisión humana (Cfr. ALBRECH - HOEREN - SIEBER - HOLZNAGEL, “Automatisiert erlassener Verwaltungsakt”, Multimedia-Recht Werkstatt: 54. EL Oktober 2020 (<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-HoerenSieberHdbMMR-GL-Teil28-E-II>) [08/04/2021, citado por ALAIS, Horacio F., “La inteligencia artificial y la toma de decisiones apoyadas en algoritmos y su uso en materia aduanera”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 139, año 2022, Cita: TR LALEY AR/DOC/3489/2021).

43. Coincido en que el modelo europeo que pretende presentar un aporte significativo de la UE en el desarrollo de

los conocidos Reglamento de Protección de Datos Personales⁴⁴ (RPDP) y del Mercado de Servicios Digitales⁴⁵, en este año 2024, se aprueba y entra en vigor el Reglamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen “normas armonizadas en materia de inteligencia artificial” (en adelante, RIA)⁴⁶.

La extensísima norma, propia de un intenso modelo regulatorio⁴⁷, según su letra, tiene como objeto el funcionamiento del mercado interior de la IA, centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo los derechos fundamentales frente a los efectos perjudiciales de tales sistemas⁴⁸. Y, para ello, establece normas armonizadas para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de la IA en la Unión. A tales fines, presenta una suerte de “semaforización” de la IA⁴⁹ según

las tecnologías en un marco institucional de regulación, es contrastado por el modelo de regulación mínima o ausencia de regulación en las tecnologías de IA conforme las propuestas de *Silicon Valley*, y esto es así, se ha explicado, porque en las tecnologías de la IA no existe un verdadero mercado competitivo, sino la concentración en grandes corporaciones (SOBRE CASAS, Roberto Pablo, “La revolución 4.0: interrogantes en materia de regulación”, en AN-DRUET (h), Armando S. (director), *Impactos y alcances de la inteligencia artificial en el derecho y en el derecho judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2022, La Ley, pág. 189 y ss., en parte. pág. 193).

44. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

45. Con el fin de regular la actuación de los gigantes tecnológicos en el proceso de digitalización social y de los derechos, y a los efectos de hacer responder a los gigantes tecnológicos por sus responsabilidades cívicas, éticas o democráticas, pero sobre todo en relación con el control de los contenidos de los que son responsables, se aprobó en julio de 2022 y se publicó en octubre de 2022, un Reglamento conocido como la Ley de Servicios Digitales -Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE- que será aplicable, con carácter general, a partir del 17 de febrero de 2024. Se les hace así responsables de los contenidos ilícitos que alojen o arrojen con sus servicios, ya que, hasta ahora, no lo eran si demostraban no tener conocimiento efectivo de la situación ilícita, como recogía la original Directiva 2000/31 sobre Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico.

46. Antes del reglamento, si bien no existían normas que regulasen específica e imperativamente la IA, lo que generaba una gran incertidumbre, eso nunca derivó en que se interpretara que aquella se encontraba al margen del derecho, sino que -de una manera u otra- siempre se indujo un ordenamiento jurídico aplicable, como acontece en cualquier actividad de nueva aparición en el escenario socio-económico, y más concretamente, en las tecnologías emergentes.

47. Entiende GIL DOMÍNGUEZ que el RIA participa de un modelo “hiperregulado”: extremo nivel de regulación, que impone controles muy precisos y detallados (incluso desde una posición “antropocéntrica”), mediante regulaciones exhaustivas para minimizar riesgos potenciales antes que puedan materializarse, pero con el peligro de limitar la innovación (“Inteligencia artificial: posibles modelos de regulación y gestión”, *Diario La Ley*, 3/07/2024). Para HEREDIA QUERRO, la UE intenta posicionarse como un *Hub* que atraiga inversiones y facilite el desarrollo, pero con una mirada de respeto por los derechos humanos (“Apuntes sobre el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, 29/12/2023).

48. El RIA tiene un objeto ciertamente limitado, ya que -en nuestro parecer- no persigue una regulación agotadora y sistemática de esta tecnología, evitando regular cuestiones de relevancia como la responsabilidad, la propiedad intelectual o mecanismos específicos de tutela de derechos de los afectados, todo lo cual cobra especial relieve cuando es la Administración la que se sirve de la IA para ejercer sus cometidos.

49. De igual modo, la “Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública” (CLAD, 2023), propone que los marcos regulatorios que cada país adopte incorporen mecanismos de asignación de riesgos de IA, a partir de aspectos como la reversibilidad de las decisiones, complejidades técnicas, etc., pudiéndose considerar tres niveles de riesgo: a) bajo (aceptable), con exigencias básicas de accesibilidad, transparencia y explicación; b) alto (aceptable/no aceptable) -ej. Servicios esenciales-, con evaluaciones directas antes y a lo largo de su ciclo; c)

el nivel de riesgo que la práctica represente⁵⁰, diferenciando entre aquellas prácticas de la IA prohibidas, los sistemas de alto riesgo, y los modelos de la IA de uso general.

En relación a los primeros se prohíbe (art. 5), por ejemplo, los sistemas que se sirvan de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona, que exploren alguna vulnerabilidad, o que busquen clasificar a las personas atendiendo a su comportamiento social, entre otros.

Respecto a los segundos —nominados en el Anexo III— se establece una detallada regulación de “sistema de gestión de riesgos” (art. 9), datos y gobernanza de datos (art. 10), documentación técnica (art. 11), conservación de registros (art. 12), transparencia y comunicación de la información a los responsables del despliegue (art. 13) y el principio de “supervisión humana” (art. 14), imponiendo a los proveedores y responsables importantes obligaciones de gestión de calidad (art. 17), ciberseguridad (art. 18), conservación de la documentación (art. 18), de archivos, la “evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales para los sistemas de IA de alto riesgo” (art. 27), lo vinculado a las autoridades (art. 28 y ss.), las obligaciones de transparencia de los proveedores y responsables de determinados sistemas de IA (art. 50), entre otros. Y, finalmente, en relación a los modelos de la IA de uso general, también se establecen obligaciones en materia de documentación, evaluación de riesgos, etc. (art. 53, 54, 55), se fomenta la elaboración de “Códigos de buenas prácticas” (art. 56), conforme lo más significativo de la normativa.

Por otro lado, también se establecen precisos contenidos de “medidas de apoyo a la innovación” (Cap. VI), regulándose todo lo vinculado a los denominados “espacios controlados de prueba para la IA” (*sanboxes*); la “Gobernanza” (Cap. VII) a escala de la Unión y de las autoridades nacionales, todo lo referido a la “base de datos de la UE para sistemas de IA de alto riesgo” (Cap. VIII), “vigilancia poscomercialización, in-

extremo (no aceptable) -ej. Información biométrica-, con mecanismos que garanticen los derechos que no pueden ser vulnerados. También el proyecto de ley de Brasil del año 2023 ofrece una categorización del riesgo, clasificando la IA en de riesgo excesivo (prohibiciones) y de alto riesgo.

50. TESONE MENDIZÁBAL, Rodolfo, “El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: “Un Reglamento para una Nueva Era”. Principales aspectos y obligaciones”, *ElDerecho.com* <https://elderecho.com/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-de-union-europea-principales-aspectos-y-obligaciones>; JARA, Miguel L., “Regulación de la Inteligencia Artificial. El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: Principales aspectos”, *Diario La Ley*, 14 de agosto de 2024. Para un abordaje comparativo sobre otras propuestas de regulación de IA, puede consultarse en CORVALÁN, Juan Gustavo (director), y SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana y RABAN, Melisa (coordinación), *Propuestas de regulación y recomendaciones de inteligencia artificial en el mundo. Síntesis de principales aspectos*, UBA- Facultad de Derecho, IALAB, Bs. As., 2023.

tercambio de información y vigilancia del mercado” (Cap. IX), “Código de Conductas y Directrices” (Cap. X), “Delegación de poderes y procedimientos de Comité” (Cap. XI), y Sanciones (Cap. XII).

En concreto, en materia de administración de justicia, lo que también igualmente se extiende a las decisiones administrativas, afín al enfoque basado en el riesgo, se han distinguido tareas meramente instrumentales y auxiliares al proceso, sin incidencia (al menos directa) en la decisión judicial; tareas procesales, en cuanto encaminadas a la realización de diferentes trámites procesales en el transcurso del litigio y/o a la determinación de elementos necesarios para la toma de decisión; y tareas propiamente decisorias de la disputa. Conforme el RIA, mientras las primeras son excluidas de la categoría de “alto riesgo”, las segundas son expresamente incluidas con lo cual nacen una serie de obligaciones para los desarrollistas, a la par que las terceras exigen la necesaria intervención humana y su supervisión⁵¹.

5. ¿CUÁL HA SIDO LA RESPUESTA EN NUESTRO PAÍS?

En el Derecho argentino, como normativa que en general tiene impacto sobre el uso de la IA y, en especial, en materia de actuaciones administrativas automatizadas, puede mencionarse a la Ley 25.326 de *Protección de Datos Personales*; los decretos 891/2017 de *Buenas prácticas en materia de simplificación* y 894/2017 (modificaciones al Decreto 1759/1972); las leyes de procedimientos administrativos de Mendoza (Ley n.º 9.903) —sumado también al proyecto de ley de la Provincia de Catamarca—; el Decreto 733/2018 —que faculta la “*utilización de motores de reglas e IA para automatizar la mayor cantidad posible de decisiones*”; la Resolución 111/2019 de la Secretaría de Modernización (por la que se crea el Observatorio de Tramitación Digital) y que señala la existencia de “*un nuevo paradigma basada en la segmentación de tareas, gobernanza de datos y automatización*”; la Disposición n.º 2 (2/06/2023) de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (JGM), —que aprueba las *Recomendaciones para una IA fiable*—; la Comunicación “A” 7724 del Banco Central de la República Argentina (BCRA) sobre gestión y control de riesgos de información; la Disposición n.º 750/2023 de la Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM), que crea la mesa interministerial de uso de la IA; la Resolución n.º 161/2023

51. SOLAR CAYÓN, José Ignacio, “Inteligencia artificial y justicia digital”, en LLANO ALONSO, Fernando H. (Director), GARRIDO MARTÍN, Joaquín y VALDIVIA JIMÉNEZ, Ramón (Coordinadores), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 381 y ss.

de la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), sobre transparencia y protección de datos personales en el uso de la IA (sin perjuicio de la Res. 4/2019 de la citada autoridad, que establece criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas de la 25.236)⁵²; la Resolución n.º 111/2024 del Ministerio de Justicia, referida al uso de la IA en la justicia; la Resolución n.º 710/2024 expedida por el Ministerio de Seguridad creando la “Unidad de Inteligencia Artificial Aplicada a la Seguridad” (conocida como resolución del “ciberpatrullaje”).

A todo lo mencionado anteriormente, debe agregarse las importantes modificaciones introducidas a la Ley 19.549 de *Procedimientos Administrativos* por la Ley 27.742 (conocida como “Ley Bases”) y su decreto Reglamentario n.º 695/2024⁵³; todo lo cual desemboca en la propia Constitución Nacional, cuando en la denominada cláusula de desarrollo humano (art. 75 inc. 19), se refiere al *desarrollo científico y tecnológico, su aprovechamiento y difusión*, lo cual, en palabras de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, implica una “norma de cierre” o de “clausura” del sistema jurídico” por la que se ofrece respuesta a toda interferencia del derecho (libertad) como así también a los contenidos no contemplados (igualdad)⁵⁴, sumado a que en el derecho público provincial se

52. En el tema, también pueden rescatarse las denominadas “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”, texto aprobado por las entidades integrantes de la Red Iberoamericana de Protección de Datos en la sesión del 21 de junio de 2019, en México; y las denominadas “Orientaciones Específicas par el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial”, aprobadas por citada entidad el mismo día y lugar.

53. Bajo la denominación de “eficiencia burocrática”, la ley 27.742 incorpora como art. 1 bis, inc. d), lo que se conoce como el principio “once only” -que en rigor de verdad ya estaba en el art. 107 y 108 del Decreto 1759/1972 con su modificación dada por el Decreto 894/2017-, estableciéndose legalmente ahora que “los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por la Administración centralizada o descentralizada, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. La Administración podrá recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes o bases estatales o mediante consulta a las plataformas de intermediación u otros sistemas habilitados al efecto”. También ahora se admite legalmente que el acto se podrá manifestar bajo la forma electrónica o digital, estableciendo que “reglamentación establecerá las distintas modalidades y condiciones a las que se sujetará la utilización de medios electrónicos o digitales para la emisión de actos administrativos” (art. 8, “forma”). Pero, desde nuestra óptica, el cambio más trascendental en la materia estuvo en la incorporación como una nueva “vía de hecho administrativa”, aquella por la cual la Administración disponga “establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas” (inc. c), art. 9); una suerte de acto administrativo automático inexistente, o que por su ilegalidad, implique una verdadera conducta material digital irregular.

54. Comenta el constitucionalista argentino que, al derecho al desarrollo científico y tecnológico, que abarca no solo los beneficios de las aplicaciones del progreso científico, sino también el derecho a participar en el progreso científico y sus aplicaciones, como así también gozar los beneficios emergentes, “presenta los siguientes elementos: a) en el plano de la disponibilidad los Estados deben dirigir sus recursos y coordinar medidas para asegurarse que se produzca el progreso científico y que sus aplicaciones y beneficios se distribuyan y estén disponibles especialmente por los grupos vulnerables y marginados; b) en el ámbito de accesibilidad todas las personas sin ninguna clase de discriminación deben acceder al progreso científico y sus aplicaciones; c) respecto de la calidad, se refiere a la ciencia más avanzada, actualizada y disponible en el momento, conforme a las normas aceptadas por la comunidad científica; d) en torna a la aceptabilidad, esta implica que deben hacerse los esfuerzos necesarios para garantizar que la ciencia se explique y sus aplicaciones se difundan de forma tal que sea aceptada en diferentes contextos culturales y sociales, siempre que ello no afecte su integridad y calidad”. Y en cuanto a las obligaciones generales que titularizan los Estados parte “se destaca aquella que impone la adopción de toda clase de medidas, hasta el máximo

han incorporado los derechos digitales, tal el caso de la Constitución de Jujuy (2023) y de La Rioja (2024).

De toda la normativa antes expuesta puede extraerse, como conclusión, que la corriente internacional arroja que se viene pergeñando un marco que se instrumentaliza mediante un “trinomio normativo” (normas éticas, técnicas y de *hard law*), que estructura la intervención en diferentes momentos y con distinto alcance; diríamos: una intervención proporcionada que otorga seguridad jurídica bajo un enfoque “humano-céntrico”, pero que deriva de un intenso proceso de “fertilización cruzada” y de fuerte dirección pública⁵⁵.

6. ALGUNA JURISPRUDENCIA

1. En España, algunas sentencias del Tribunal Supremo no referidas específicamente a la inteligencia artificial, pero sí a la automatización administrativa, ofrecen puntos de interés. Así, en relación con la iniciación del procedimiento, la Sala Tercera se ha negado a anular una sanción por el hecho de que se haya iniciado el procedimiento sin ajustarse a los planes de inspección previamente aprobados, en los que no figuraba el sector de actividad al que se dedicaba el sancionado⁵⁶. En cambio, la misma Sala se ha mostrado reacia a admitir que las decisiones administrativas que van más allá de la iniciación del procedimiento —como ocurre con las de autorización de entrada en domicilio para la búsqueda de pruebas de una infracción—, se basen en consideraciones de tipo estadístico, referencia que se aproxima a las predicciones

de los recursos disponibles, para la plena realización de este derecho que deben adoptarse de inmediato o en plazos razonablemente breves, presumiéndose inválidas en términos convencionales las medidas agresivas que puedan adoptarse, siendo este derecho “justiciable y, por ende, los Estados deben establecer mecanismos de tutela efectiva a través de recursos judiciales, administrativos y de otra índole ante acciones u omisiones lesivas” (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitucionalismo digital*, Ediar, Bs. pág., pág. 210 y 211).

55. HERNÁNDEZ PEÑA, Juan Carlos, “Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 599, en parte. pág. 600.

56. Sentencia de 19 de febrero de 2020 (recurso de casación 240/2018): “La introducción de los planes de actuación, de Control, parciales, pueden tener la finalidad de facilitar a la Administración Tributaria su funcionamiento, especialmente mediante la aplicación de programas informáticos que permitan un tratamiento más ágil de la fiscalización de un determinado sector de contribuyentes, pero su previsión, quizá no muy acertada, en normas legales y reglamentarias, no puede traducirse sin más en un derecho subjetivo del contribuyente a no ser investigado si no se encuentra incluido en dichos planes y programas, pues ello supondría el incumplimiento por parte de la Administración del deber de fiscalización de que todos los ciudadanos cumplan con el deber de contribuir, previsto en el artículo 31.1 de nuestra norma constitucional”; citada por HUERGO LORA, Alejandro, “Hacia una regulación europea de la inteligencia artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 743 y ss., en parte. pág. 754.

algorítmicas⁵⁷.

Tiempo antes, el propio Tribunal Constitucional español (STC 76/2019), había declarado inconstitucional la habilitación legal que permitía a los partidos la elaboración de perfiles políticos⁵⁸ de los ciudadanos para personalizar los mensajes de propaganda. Fue el Defensor del Pueblo quien interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General introducido -precisamente- por la disposición final tercera, apartado 2, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*. El Tribunal Constitucional consideró, en efecto, que ese artículo que posibilitaba el *profiling* político era lesivo del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución española.

2. En Holanda, el Tribunal de Distrito de La Haya, en el conocido caso “SyRI”, y en relación al uso de un algoritmo en el control de los subsidios públicos a favor de las personas que transitan un estado de necesidad, pronunció una sentencia el 5 de febrero de 2020, mediante la cual anuló una elaboración de perfiles⁵⁹ para la lucha contra el fraude implantada por el Gobierno holandés que únicamente se utilizó en los calificados como “vecindarios problemáticos”, de lo que el Tribunal concluyó que ese criterio podía provocar exclusión, discriminación y estigmatización injustificadas⁶⁰.

57. Sentencia de 1 de octubre de 2020 (recurso de casación 2966/2019): “[n]o pueden servir de base, para autorizar la entrada, los datos o informaciones generales o indefinidos procedentes de estadísticas, cálculos o, en general, de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros indeterminados contribuyentes o grupos de estos, o con la media de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin especificación o segmentación detallada alguna que avale la seriedad de tales fuentes”; citada por HUERGO LORA, Alejandro, “Hacia una regulación europea de la inteligencia artificial”, en la misma obra, pág. 754.

58. En este sentido, se ha explicado que la elaboración de perfiles en las plataformas sociales a través de complejos algoritmos permite aplicar técnicas de “microsegmentación” para elaborar información política personalizada. La elaboración de perfiles “relacionadas con la “focalización” podrían implicar una inferencia de intereses u otras características, que la persona no había revelado activamente, que socava la capacidad de dicha persona para ejercer el control sobre sus datos personales” (Comité Europeo de Protección de Datos, 2021, 7). El posible impacto de la focalización puede darse en dos niveles. Por un lado, existen riesgos relacionados con los llamados “filtros burbuja”, en los que la gente está expuesta a “más de la misma” información y encuentra menos opiniones. Y, por el otro, el del “exceso de información”, que tendría como consecuencia que las personas al no poder conocer el grado de fiabilidad de la misma, no serían capaces de tomar una decisión con conocimiento de causa” (GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “Inteligencia artificial y el fenómeno de la desinformación: el papel del RGPD y las garantías recogidas en la propuesta de la Ley de Servicios Digitales”, en LLANO ALONSO, Fernando H. (Director), GARRIDO MARTÍN, Joaquín y VALDIVIA JIMÉNEZ, Ramón (Coordinadores), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, pág. 451 y ss.).

59. Ampliamente examinado por COTINO HUESO, Lorenzo, “SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, en *La Ley Privacidad*, n.º 4 (mayo 2020), Ed. Wolters Kluwer.

60. Comenta GAMERO CASADO que desde 2013, 26.000 familias fueron injustamente acusadas de fraude y obligadas a devolver las subvenciones que recibieron, y el impacto de este asunto ha sido tan alto, que acabó forzando la convocatoria de elecciones en Holanda (GAMERO CASADO, Eduardo, “Las garantías de régimen jurídico del sector

3. El Consejo de Estado italiano ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la exigencia de motivación de actuaciones administrativas basadas en algoritmos en dos sentencias que anulan decisiones administrativas que incumplen este requisito. Se trata de las sentencias n.º 2270, del 8 de abril de 2019; y la n.º 8472 de 13 de diciembre de 2019, entre otras⁶¹. En aquel país ya se habían dictado supuestos de cierta relevancia jurídica en los que se han usado algoritmos para la adjudicación de plazas docentes, como en la sentencia italiana TAR – Lazio – Roma de 22 de marzo de 2017, donde se solicitaba la revelación del código fuente del sistema de inteligencia artificial o algoritmo que finalmente fue admitida por el Tribunal⁶².

4. Un tribunal contencioso-administrativo austríaco, en un caso en el que la Administración justificaba la imposibilidad de ofrecer una motivación adecuada respecto de la decisión adoptada por un sistema informático (VwSlg 11.728/1985) afirmó que “la legalidad de una decisión no puede medirse en función de las capacidades del sistema informático existente. Más bien, el sistema informático debe adaptarse a los requisitos legales”⁶³.

5. En la Unión Europea, en la importante sentencia “*Ligue des droits humains*” de 21 de junio de 2022, el Tribunal de Justicia, a instancias de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal constitucional belga, se ha mostrado contraria al uso de sistemas de aprendizaje automático en la evaluación automatizada de los riesgos para la seguridad pública (terrorismo y delincuencia grave) que pueden suponer los

público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 397 y ss., en parte. pág. 417).

61. En esta última se exige, como requisito para la aplicación de algoritmos, el “pleno conocimiento del módulo utilizado y de los criterios aplicados”, así como que “este conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores hasta el procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones y los datos seleccionados como relevantes...a fin de poder verificar que los criterios, condiciones y resultados del procedimiento robótico cumplen con las prescripciones y las finalidades establecidas por la ley o por la propia administración sobre dicho procedimiento y para que queden claras —y, por lo tanto, sean cuestionables— las modalidades y reglas a partir de las que se haya programado”.

62. Sobre la jurisprudencia italiana, puede profundizarse en LACAVA, Federico J., *El acto administrativo automático*, Astrea, ob. cit., pág. 106 y ss.; CANEVARO, Carlos R. y LAU ALBERDI, Jerónimo, “La actuación administrativa automatizada en el Estado constitucional de derecho”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 133, enero-febrero, 2021, pág. 43.

63. GAMERO CASADO, Eduardo, “Las garantías de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común frente a la actividad automatizada y la inteligencia artificial”, en GAMERO CASADO, Eduardo (Director) y PÉREZ GUERREIRO, Francisco L. (Coordinador), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, ob. cit., pág. 397 y ss., en parte. pág. 418), citando a F. MERLI, en el informe “Automated Decision Making Systems in national Administrative Law: An Austrian Perspective”, presentado en el seminario internacional celebrado en la Universidad de Friburgo los días 29 y 30 de septiembre de 2022.

pasajeros aéreos, al considerar que son incompatibles con la exigencia de que dicha evaluación se base en criterios predeterminados (en la medida en que estos sistemas pueden modificar tales criterios o su ponderación sin intervención o revisión humana), con la necesaria revisión humana de los resultados positivos que pueda dar el sistema y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (debido a la opacidad que caracteriza a dichos sistemas, y que impide conocer la razón por la que han dado un resultado positivo)⁶⁴.

6. El 7 de diciembre de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la primera sentencia sobre decisiones administrativas automatizadas⁶⁵, interpretando el conocido art. 22 del RGPD y que, si bien el fallo no se refiere al sector público, lo determinado podrá tener efectos concretos sobre la Administración pública. Para el tribunal, la norma citada se opone a la práctica de tratamiento de datos por parte de agencias de información comercial que ofrezcan una clasificación o *scoring* crediticio, basándose en procedimientos matemáticos y estadísticos, con efectos jurídicos sobre la persona, y sin que se garantice el derecho de acceso⁶⁶.

7. Recientemente, el Tribunal Constitucional de la República de Colombia⁶⁷ reviso

64. STJUE de 21 de junio de 2022, *Ligue des droits humains*, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491, apartados 194 y 195.

65. Sentencia del 7 de diciembre de 2023, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictada en el asunto C-634/21 ("Schufa Holding -Scoring") y en los asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22 ("Schufa Holding").

66. Entiende COTINO que el tema tiene particular relevancia para el sector público, en el que las decisiones automatizadas más conflictivas son -por lo general- las que sí cuentan con alguna intervención humana. Y en este ámbito, además del artículo 22, las escasas garantías del artículo 41. 1º LRJSP se reservan a "cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos" y que "no haya intervenido de forma directa un empleado público". Hoy por hoy estos requisitos sirven para una huida del Derecho, esto es, para eludir la aplicación de garantías en tanto en cuanto se considera que hay intervención humana en la decisión administrativa que se adopte. Tal como ha indicado el Grupo del Artículo 29, para que se prescinda de la aplicación de los derechos y garantías previstos en el artículo 22, la intervención humana ha de ser "significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico" y llevada a cabo por "persona autorizada y competente". Asimismo, el estudio de impacto que debe hacerse ha de registrar el grado de intervención humana (COTINO HUESO, Lorenzo, "La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial", *Diario La Ley*, España, N.º 80, Sección Ciberderecho, 17 de enero de 2024).

67. República de Colombia, Tribunal Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-323 de 2024 "Acción de tutela promovida por Blanca, en nombre y representación de su hijo menor de edad, en contra de la EPS", Referencia: expediente T-9.301.656. Dicho tribunal, después de conformar parcialmente la sentencia de grado, exhortó "a los jueces de la República para que evalúen el adecuado uso de la herramienta tecnológica ChatGPT y otras análogas o que se desarrollen en el ámbito de la inteligencia artificial IA, valoren y consideren las mejores prácticas, y apliquen criterios éticos y de respeto a los mandatos superiores, en orden a garantizar los derechos fundamentales, en especial el debido proceso, cuando encuentren necesario y pertinente hacer uso de aquellas, y asegurar la independencia y autonomía judiciales, como garantías insustituibles para la vigencia del Estado Social de Derecho y la democracia. En consecuencia, los funcionarios y empleados de la Rama Judicial aplicarán los principios de (i) transparencia, (ii) responsabilidad, (iii) privacidad, (iv) no sustitución de la racionalidad humana, (v) seriedad y verificación, (vi) prevención de riesgos, (vii) igualdad y equidad, (viii) control humano, (ix) regulación ética, (x) adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos, (xi) seguimiento continuo y adaptación y (xii) idoneidad".

una sentencia dictada utilizándose el ChatGPT⁶⁸, que resolvió exonerar a un menor de edad en situación de discapacidad del cobro de copagos y cuotas moderadoras, con ocasión de los servicios y medicamentos que requiera. En cuanto a la posible violación al debido proceso por la sentencia de segunda instancia, al utilizar el juez ChatGPT en la motivación de la misma, la Sala estimó que no existió un remplazo del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de ChatGPT, esencialmente porque el sistema de IA se utilizó luego de haberse fundamentado y tomado la decisión. No obstante, se evidenció que no se cumplieron a cabalidad los principios de transparencia y responsabilidad exigidos⁶⁹. En cambio, el principio de privacidad sí se satisfizo, pues el juez no introdujo datos personales del menor ni de su historia clínica, ni de las partes involucradas en la disputa concreta.

8. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido caso “Natalia Denegri”⁷⁰, y a modo de “obiter”, admite su preocupación por los algoritmos, básicamente por *“los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados –tales como el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores”*, concluyendo –después de invocar su inquietud por la compatibilidad entre la “Inteligencia Artificial” y los derechos fundamentales– la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática del funcionamiento de los algoritmos *“para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos”* (consid. 23)⁷¹.

68. Sobre los aspectos jurídicos del uso de la IA generativa en la justicia, en nuestro país puede consultarse a CORVALÁN, Juan Gustavo y SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana (dirección general), *Guía de directrices para el uso del ChatGPT e IA generativa de texto en la Justicia*, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As., 2023; y CORVALÁN, Juan Gustavo y SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana (dirección general), *Inteligencia Artificial generativa y Administración Pública. Una aproximación inicial basada en el uso del ChatGPT*, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As., 2023.

69. Es conocido el caso “Mata vs. Avianca” (<https://www.courtlistener.com/docket/63107798/mata-v-avianca-inc/>) en donde en un pleito iniciado por un usuario que contrató un abogado por lesiones causadas por la compañía, este uso el ChatGPT para elaborar su demanda que citó jurisprudencia inventada para fundar sus argumentos, lo que derivó en una multa de 5.000 dólares por presentar investigaciones legales ficticias respaldadas por ChatGPT (<https://abogados.com.ar/estados-unidos-nuevo-caso-de-suspension-por-utilizar-falsa-jurisprudencia-del-chatgpt/34175>). Uno de los vicios de la inteligencia artificial generativa, tal el caso del ChatGPT, es que suelen “inventar con gran facilidad todo lo que no saben. Las llamadas “alucinaciones” son una consecuencia del propósito mismo con que fueron construidas: engañar a una contraparte muy bien preparada para detectar errores. Es decir que se han entrenado en el arte del camuflaje. Las respuestas que da el chat, aun cuando parecen verosímiles, no son necesariamente verdaderas” (SIGMAN, Mariano y BILINKIS, Santiago, *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*, Debate, 2023, Bs. As., pág. 76).

70. CSJN, “Denegri, Natalia c/ Google Inc. s/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, 28 de junio de 2022.

71. Así entonces, la Corte expone un notorio fallido, que cambia todo lo que dijo antes, ya que en realidad no es que los intermediarios “no crean información disponible” en Internet –como se expresó en el consid. 10–, sino que en rigor de verdad cumplen un rol de herramientas técnicas verdaderamente activas estableciendo, a través de sus

No obstante lo señalado, y a diferencia de lo acontecido en otras partes del mundo, sin perjuicio de lo antes señalado en el caso “Natalia Denegri” de la Corte Suprema argentina antes expuesto, y teniendo a la vista el caso internacional ventilado en la Corte Interamericana de Derecho Humanos⁷² con efectos en el sistema doméstico, la jurisprudencia argentina carece de reflexiones expresas sobre la calificación jurídica del acto elaborado a través de sistemas inteligentes.

Excepcionalmente pueden verse los pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación en relación con las liquidaciones emanadas del Sistema Informático María en el ámbito aduanero⁷³. Luego de afirmar que las liquidaciones del tributo producidas automáticamente por el sistema informático deben considerarse efectuadas por el Estado y atribuible a este último la responsabilidad por las deficiencias de los algoritmos, reconoce de manera implícita que resulten *per se* productoras de efectos jurídicos directos en relación con sus destinatarios.

7. PARA FINALIZAR: LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN DE IA GENERATIVA

Finalmente, cabe mencionar que en la Justicia argentina también se ha regulado el uso seguro de la IA, lo cual responde a la preocupación central de evitar su automatización sin control humano, y esto es así, ya que la “delegación” de decisiones a un sistema algorítmico podría comprometer principios esenciales como la imparcialidad, la equidad y la motivación de las resoluciones judiciales⁷⁴. Ante este nuevo

algoritmos, prelación en la presentación de la información, a través de un orden temporal de apareamiento en los resultados de búsqueda que no responde a cronología, sino a otros criterios que se desconocen.

72. Caso “Miembros de la Corporación Colectivos de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia, de fecha 18 de octubre de 2023.

73. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E, 24/10/2011, “Biocardales SA c/DGA”, LLOnline, AR/JUR/68688/2011.

74. ROSSI, Marco y ORELLANA, Franco J., “No se puede tapar el sol con las manos: el uso seguro de IA llega a la justicia”, en *Revista del Código Civil y Comercial*, 2025 (abril), pág. 72.

escenario, los poderes judiciales de San Luis⁷⁵, San Juan⁷⁶, Rio Negro⁷⁷, Jujuy⁷⁸ y el de CABA⁷⁹ han dictado marcos normativos que, con matices, permiten inferir el avance de la regulación de la IA generativa en la esfera judicial.

Entonces, ¿Por qué no pensar en protocolos de actuaciones para un uso responsable de la IA generativa en sede administrativa? Para este autor, debería la Administración pública aprobar regímenes normativos destinados a las áreas de los servicios legales permanentes de asesoramiento que determinen buenas prácticas para un aprovechamiento correcto y no riesgoso de los beneficios de la IA, es especial, de la predictiva.

Como se sabe, el principio de *reserva de humanidad* (también derivado de la “supervisión humana”) implica una operación de segmentación de tareas (enfoque basado en tareas), que deja a los sistemas aquellas labores repetitivas, mecánicas y automáticas, reservando a las personas aquellas acciones cognitivas, porque las máquinas no tienen empatía, creatividad ni pensamiento crítico. Allí surge el principio de “re-

75. En San Luis, el Acuerdo N° 202 de fecha 21 de agosto de 2024, por el cual se aprueba la implementación del Programa de Inteligencia Artificial en el Poder Judicial de esa provincia, establece que “la toma de decisiones judiciales y la responsabilidad final sobre las mismas recaen exclusivamente sobre magistrados y funcionarios competentes, quienes deben ejercer su juicio crítico y aplicar su conocimiento jurídico en la evaluación y uso de los resultados proporcionados por los sistemas de Inteligencia Artificial”.

76. La Corte de Justicia de San Juan aprobó el Acuerdo General de fecha 15 de octubre de 2024 por el cual se dio el denominado “Protocolo de Uso Aceptable de la IA Generativa (IAGen)”, estableciendo que “los resultados obtenidos de la interacción con la IAGen son de carácter referencial y complementario; es obligación del usuario verificar y validar su calidad y exactitud de manera previa a su uso. Es esencial el control humano de manera previa y posterior, en base al conocimiento previo y/o profesional. Está estrictamente prohibido el delegar la toma de decisiones a la IAGen”.

77. Por su lado, el “Protocolo de Buenas Prácticas para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (IAGen)” dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Rio Negro del 1 de octubre de 2024, afirma que esas “herramientas tecnológicas están diseñadas para mejorar, complementar y fortalecer las habilidades y el juicio de los operadores judiciales, sin pretender sustituirlos o reemplazarlos. La responsabilidad de tomar decisiones judiciales recae exclusivamente en los/as magistrados/as y funcionarios/as competentes, quienes deben utilizar su criterio crítico y aplicar su conocimiento jurídico al analizar y emplear los resultados obtenidos a través de las aplicaciones de IAGen”.

78. La Acordada 154/2024 del Tribunal Supremo de Jujuy, de fecha 2 de diciembre de 2024, crea el “Laboratorio de Innovación Judicial-INLAB-Protocolo de-Uso de Inteligencia Artificial”, y tiene como uno de los objetivos “Garantizar la conformidad de las innovaciones con los principios de justicia, transparencia, uso ético de datos protección de derechos fundamentales; implementando las nuevas tecnologías como herramientas, siendo necesario el control humano previo y posterior a la toma de decisiones”.

79. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Guía de Recomendaciones y Directrices para el Uso de Sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, res. presidencia 206/2025, Anexo I, 2025. Allí se establecen, entre otros principios, el de “Prohibición de delegación: los usuarios no deben delegar la toma de decisiones exclusivamente en la IA y sus respuestas no deben basarse exclusivamente en los resultados generados por la IA, sino que debe prevalecer en todo momento el juicio humano”, el de “control humano en cada etapa: Cuando la IA se integre en procesos o en otros sistemas, esa integración debe estar diseñada para permitir la intervención y supervisión humana en todas las fases del proceso”, y el de “Responsabilidad humana: el personal judicial siempre es responsable del contenido generado con apoyo en IA. La responsabilidad y la obligación de rendir cuentas de las decisiones y las acciones basadas de alguna manera en un sistema de IA siempre deberían ser atribuibles, en última instancia, a los actores de la IA conforme a la función que tengan en el ciclo de vida del sistema de IA”.

serva de humanidad⁸⁰ para que la última palabra la tenga la persona humana, toda vez que las modernas tecnologías podrán ser de apoyo, pero no de ponderación final. De igual manera, toma vigencia el principio de *control humano suficiente posterior*⁸¹, especialmente en los mecanismos algoritmos autónomos donde se requiere la intervención humana previa, concomitante y posterior a la acción de tales sistemas inteligentes.

Para nosotros es transcendental subrayar la importancia de la constatación de la supervisión humana, pues ayuda a garantizar que un sistema inteligente no socave la autonomía humana o provoque otros efectos adversos⁸². Se trata, en definitiva, de “compensar”, de algún modo, algunas características propias de las tecnologías de IA, como la opacidad, la complejidad, la imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo, características que pueden complicar la aplicación efectiva de la normativa sobre derechos fundamentales.

80. PONCE SOLÉ, Juli, Inteligencia artificial, “Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 52, enero, 2019, España, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>.

81. CORVALÁN, Juan, SÁ ZEICHEN, Gustavo y ALBERTSEN, Lihué María, “Actividad administrativa automatizada Inteligencia artificial, potestad reglamentaria algorítmica, delegación algorítmica, acto administrativo automatizado y reserva de humanidad”, en CORVALÁN, Juan Gustavo (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Tomo II, ob. cit., pág. 239.

82. Los principios de transparencia y supervisión humana según los riesgos específicos, por un lado, y la adopción de medidas para garantizar la disponibilidad de vías recursivas accesibles y efectivas ante violaciones a derechos humanos en el ciclo de vida de sistemas de IA, por el otro, han sido elevados como principios fundamentales en el “Convenio sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho”, del Consejo de Europa 2024 (en proceso de aprobación). Para la doctrina, “el Convenio de IA tiene el potencial de complementar el RIA de la UE. Más allá de esta perspectiva, el valor del Convenio va más allá. Si se me permite, el Convenio aporta una dimensión lírica a la prosa técnica que representa el RIA. Mientras que el RIA establece las bases y estructuras para un ecosistema de IA seguro y confiable, el Convenio se centra en su impacto en las personas y en la sociedad democrática. El RIA es meticuloso, detallado y preciso, trazando un camino claro a través de la complejidad técnica y jurídica, estableciendo estándares firmes y obligaciones concretas para los proveedores y usuarios del sistema de IA. En contraste, el Convenio introduce una perspectiva elevada, integrando normativamente los valores fundamentales, los principios éticos y los derechos humanos que deben guiar la evolución de la IA. El Convenio no solo tiene un valor simbólico y metajurídico, sino que es un instrumento normativo con capacidad de integración casi constitucional en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, y posee un gran potencial interpretativo. Por ello, el Convenio de IA supera a muchos de los instrumentos declarativos y de *soft law* que ya resultaban redundantes, ineficaces e incluso tediosos” (COTINO HUESO, Lorenzo, “Aproximación y claves del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea”, en *El Derecho. Derecho Innovación y Desarrollo Sustentable*, N° 22, diciembre 2024, Cita Digital: ED-V-CMXL-998).



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 1: Gestión y control interno

El Ministerio Público y su proyección hacia la gobernanza digital. Propuestas desde una mirada interdisciplinaria

Jorge Vilas Díaz Colodrero
Juan Segundo Hevia
Laura Victoria Bonhôte

El Ministerio Público y su proyección hacia la gobernanza digital. Propuestas desde una mirada interdisciplinaria

Por Jorge Vilas Díaz Colodrero¹, Juan Segundo Hevia², Laura Victoria Bonhôte³

1. INTRODUCCIÓN

En el diseño de un Estado democrático, el Ministerio Público ocupa un lugar central como órgano constitucional, cuya misión principal es la defensa del interés general de la sociedad. La reforma constitucional de 1994 otorgó a este órgano una autonomía funcional y estableció, por primera vez en el texto constitucional, un marco normativo claro para sus funciones, misiones y principios rectores. Desde entonces, tanto la Nación como las provincias -en el ejercicio de su autonomía- han desarrollado arquitecturas normativas propias que, sin desnaturalizar su esencia, evidencian la flexibilidad del modelo constitucional pensando por nuestros convencionales constituyentes.

Este trabajo se propone reflexionar sobre las misiones asignadas al Ministerio Público, para luego analizar las tensiones y desafíos que enfrenta el Ministerio en la

1. Abogado por la UBA, Doctorando en Ciencias Políticas, Magister en Derecho Administrativo y Master en Políticas Públicas por la Universidad Austral. Diplomado en Negocios en Wharton Business School, Penn University, USA; Experto en Impacto de IA y Nuevas Tecnologías en la sociedad. CEO & Co-Founder de DiPhot S.A. y Director de la Diplomatura en IA y Gobierno 5.0, Docente de la Maestría en Políticas Públicas y Director del Observatorio de IA, Innovación y Gobierno de la Universidad Austral.

2. Ingeniero especializado en la aplicación de la Inteligencia Artificial para el desarrollo socioeconómico, Magister en Ciencia de Datos por la Universidad de Rice (Becario Fulbright 2022). Actualmente, ejerce como secretario ejecutivo del Observatorio de Inteligencia Artificial, Innovación y Gobierno de la Universidad Austral. Ha colaborado con la NASA, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y equipos gubernamentales a nivel nacional y subnacional.

3. LL.M. (Universidad Austral). Abogada (UBA). Especializada en Derecho constitucional e infancia. Mención de honor en la Diplomatura de Derecho Constitucional Latinoamericano (Univ. Austral). Diplomada del Programa de Inteligencia Artificial y Derecho (UBA). Docente de la Diplomatura en IA y Gobierno 5.0 de la Universidad Austral. Actualmente se desempeña como Asesora Tutelar en el Ministerio Público del Poder Judicial CABA.

era digital, y se argumentará sobre la necesidad de avanzar hacia una gobernanza digital que le permita adaptarse a los nuevos paradigmas de justicia algorítmica e inteligencia artificial.

2. NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL: AUTONOMÍA Y MISIÓN INSTITUCIONAL

La incorporación del artículo 120 en la reforma constitucional de 1994 dotó al Ministerio Público de un reconocimiento constitucional expreso. Allí se establece 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 de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República”.

Al respecto, este artículo consagró un órgano constitucional extrapoder, que no integra ni el Poder Judicial ni el Poder Ejecutivo, y cuya misión se vincula intrínsecamente con el principio republicano de control y con la garantía de acceso a la justicia, especialmente para sectores vulnerables.

Recordemos que, en su 34ª Reunión la Convención Nacional Constituyente, del 19 de agosto de 1994, y de conformidad con la ley declarativa de necesidad de reforma, se incorporó al Ministerio Público con carácter de órgano extrapoder, dando cauce a la constitucionalización de un órgano con carácter independiente de los poderes Ejecutivo y Judicial.

En esa reunión, los convencionales hicieron hincapié en los antecedentes históricos del instituto, memorando que el mismo nació con caracteres definidos por los Estados absolutistas y como protector de la hacienda real. Dentro del sistema de la monarquía, luego siguió defendiendo el interés general pues “...el rey no sólo tenía que custodiar su hacienda, su patrimonio, sino que debía defender a los pobres, a los ausentes y a los incapaces”⁴. Así se fueron diseñando las características de la institución y cuando finalmente llega la República, y con ello el carácter democrático del Estado, se lo ubicó dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

4. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 19 de agosto de 1994. Disponible en sitio web del Honorable Congreso de la Nación.

En el desarrollo ulterior de la institución, el derecho procesal enfatizó fundamentalmente la defensa de los intereses públicos por sobre lo que se podría llamar el fisco. De esa manera se erigió como acusador independiente para asegurar la defensa del justiciable. Entonces, se produce un corrimiento hacia la órbita del Poder Judicial (ubicación que actualmente prevalece en la constitución de varias provincias y la CABA).

Como surge del debate convencional, la necesidad de proteger la legalidad y la operatividad de las funciones que corresponde al Ministerio Público llevó a la doctrina a establecer cuatro maneras de comprender la posición institucional que corresponde a ese órgano. Como ya se señaló, la primera la ubica en el Judicial; la segunda, que es la tradicional, en la órbita del Poder Ejecutivo; la tercera, emplea el criterio de pertenencia institucional al Poder Legislativo; y la última es la que postula la necesidad de articularlo como un órgano extrapoder.

En esa línea, en la reforma constitucional se resolvió su posicionamiento extrapoder y se advirtió que “ la incorporación que se plantea, además de resolver y zanjar de manera terminante la controvertida cuestión de la ubicación institucional del Ministerio, se instrumenta una institución que es muy importante para la consolidación de nuestras libertades públicas, a fin de que tengamos más y mejor Justicia...”.

Sobre este punto, Gelli -quien identifica al Ministerio como cuarto poder del estado- ha destacado que la importancia del órgano *!se hace evidente en cuanto se repara en el control que el Ministerio Público puede ejercer sobre los detentadores del poder político () y sobre sus eventuales asociados del poder económico, haciendo lo propio con los delitos de esa índole*⁵.

Por eso, más allá del debate acerca de su ubicación (extrapoder o como integrante del Poder Judicial como es el caso de las provincias), lo relevante es su misión constitucional y el grado de independencia con el que cuenta para tomar sus propias decisiones⁶.

5. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, 2da edición, Buenos Aires, La Ley, año 2004, página 841/842.

6. ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, 2da edición ampliada y actualizada, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2017, página 509/514.

3. DISEÑOS INSTITUCIONALES LOCALES: EL CASO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

A. El modelo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 1.903

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de su autonomía reconocida por el artículo 129 de la Constitución Nacional y desarrollada a través de su Constitución local, adoptó un diseño innovador para el Ministerio Público, que fue reflejado en los artículos 124 y 125 de dicha Constitución.

Al respecto, el artículo 124 prevé *“El Ministerio Público 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).

Por su parte, el artículo 125 consagra las funciones del Ministerio Público local *“Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social. Dirigir la Policía Judicial”*.

Dichos artículos han sido reglamentados por la Ley local n° 1.903, norma que consagra una estructura tripartita:

1 Ministerio Público Fiscal, encargado de la promoción de la acción penal.

2 Ministerio Público de la Defensa, que garantiza la asistencia letrada a quienes no pueden procurársela por sus propios medios.

3 Ministerio Público Tutelar, una innovación institucional de la CABA, con competencia específica en representación legal de la niñez, adolescencia y salud mental, como reflejo del sistema de protección integral.

Este modelo responde a una lógica constitucional local que fortalece el acceso a la justicia desde una perspectiva de derechos humanos y reconoce la necesidad de

contar con órganos especializados para garantizar la protección de los grupos más vulnerables.

B. El modelo de la Provincia de Buenos Aires

En la Provincia de Buenos Aires, y de acuerdo con el artículo 189 de la Constitución provincial, 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*”.

Sus funciones están reguladas por la Ley local n° 14.442, y cuenta con una Procuración General que ejerce la superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público, y está compuesto por un Ministerio Público Fiscal y un Ministerio Público de la Defensa, sin una separación institucional tan marcada como en la CABA. No obstante, dichos Ministerios funcionan como áreas funcionalmente autónomas.

Ahora bien, como se puede observar en ambos casos el diseño constitucional del Ministerio Público responde a un modelo que integra la órbita del Poder Judicial local y no se posiciona como extrapoder, como sucede con el diseño previsto en la órbita federal con la cláusula constitucional del art. 120.

4. LA RELEVANCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO GARANTE DEL INTERÉS GENERAL EN LA ERA DIGITAL

La evolución tecnológica y el uso creciente de sistemas algorítmicos en la toma de decisiones públicas -incluido el ámbito judicial- presentan nuevos desafíos para el Ministerio Público. El uso de inteligencia artificial (IA), big data y sistemas automatizados plantea interrogantes sobre el control de legalidad, la transparencia de las decisiones y el respeto de los derechos fundamentales.

En el ámbito del sistema de justicia penal, esta revolución plantea desafíos inusitados: nuevas formas de criminalidad, nuevos canales de prueba, y una tensión constante entre la eficacia operativa y las garantías procesales. En la República Ar-

gentina, el Ministerio Público Fiscal (MPF) se encuentra en una posición central para liderar la transición hacia una justicia penal más moderna, eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales. Este protagonismo no es solo normativo -derivado de su rol constitucional de promover la actuación de la justicia- sino también funcional, ya que el MPF es la institución llamada a investigar, representar y proteger el interés público en la persecución del delito.

Lo mismo ocurre, en torno al rol de las Defensorías y, en particular, con las Asesorías en su función de representación legal, de acuerdo a los artículos 101 y 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, y un juego de interpretación que puede dar lugar a supuestos de legitimación, en los términos del artículo 43 CN, frente a nuevos desafíos en torno a las relaciones de consumo, diseño e implementación de políticas públicas, y nuevas formas de discriminación estructural que requieren reflexionar la proyección de dicho rol⁷.

Sobre este aspecto, es interesante pensar que el rol de representación -ya sea principal o complementario- acerca al Ministerio Público a nuevas complejidades en la era digital, ligado como veremos más adelante a nuevas vulnerabilidades dentro del aula (supuestos de Deep fakes), relaciones de consumo influenciadas con el uso algoritmo, entre otros aspectos, que según la lógica de diseño institucional de cada Ministerio Público y ámbito jurisdiccional de intervención, invita a repensar nuevas estrategias de intervención.

Al respecto, recordamos la reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en cuanto al reconocimiento del alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio y su necesaria intervención para la invalidez de los pronunciamientos judiciales⁸.

Frente a este escenario, es imprescindible repensar el rol del Ministerio Público no solo como actor procesal sino como garante del principio de legalidad, en contexto algorítmico. Esto implicaría:

- Supervisar el uso de tecnologías en los procesos judiciales (por ejem-

7. BONHOTE, Laura Victoria, "Hacia un paradigma de infancia 4.0.", Revista La Ley, 21/12/23, Editorial La Ley Thomson Reuters.

8. Fallos, 323:1250; 325:1347; 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419, 1081; 341:424; 345:251; 345:722; 346:802.

plo, asignación de causas, predicción de reincidencia, análisis probatorio automatizado).

- Exigir trazabilidad y explicabilidad de los sistemas de IA utilizados por el Estado.
- Promover estándares normativos que regulen el uso de algoritmos con impacto en derechos fundamentales.
- Garantizar la no discriminación algorítmica y la protección de datos personales, especialmente de grupos vulnerables como niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, la migración del Ministerio Público hacia un modelo de gobernanza digital no es una opción futura, sino una exigencia y necesidad actual. Se trata de garantizar que la tecnología sea utilizada bajo principios constitucionales y no como herramienta de opacidad o exclusión.

Como se ha mencionado, el Ministerio Público, concebido constitucionalmente como un órgano autónomo e independiente, representa una pieza clave en el andamiaje institucional argentino. Su función como garante del interés general, promotor de la justicia y defensa de la legalidad debe proyectarse también en los nuevos escenarios tecnológicos con impacto en los derechos.

La revisión de sus modelos institucionales, a un modelo de gobernanza digital, en sus distintos niveles, permitiría identificar buenas prácticas, pero también zonas de mejora con impacto directo en sus funciones.

En tiempos de aceleración digital, el desafío no es solo jurídico sino político: construir un Ministerio Público que abrace los principios de la gobernanza digital sin renunciar a su misión constitucional.

En los últimos años, el surgimiento de tecnologías de inteligencia artificial (IA), en particular aquellas capaces de generar contenido sintético indistinguible de la realidad -como los *deep fakes*- ha inaugurado una nueva etapa donde los contenidos ya no se distinguen fácilmente entre lo verdadero y lo fabricado, los criterios de veracidad, trazabilidad y validez probatoria se ven directamente cuestionados.

En este contexto, el rol del Ministerio Público debe ampliarse: ya no basta con investigar delitos cometidos con medios tradicionales, sino que debe también incorporar una perspectiva anticipatoria, interdisciplinaria y tecnológica capaz de comprender cómo los algoritmos, las redes neuronales profundas y la circulación masiva de datos impactan en la producción de daño social y en la necesidad de nuevas estrategias institucionales⁹.

Una señal clara de esta nueva etapa que estamos transitando se da con la reciente sanción de la ley conocida como “Take It Down Act” en los Estados Unidos (19 de mayo de 2025), que establece penas y obligaciones de remoción para las plataformas que alberguen imágenes íntimas no consentidas, sean reales o generadas por IA. Esta norma, marca un antes y un después en la protección de los derechos en entornos digitales, y constituye un antecedente que debe ser considerado, en especial en materia de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

5. GOBERNANZA ÉTICA, GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y CONTROL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En el contexto desarrollado, el desafío central para el Ministerio Público no es simplemente adoptar tecnología, sino construir un modelo de gobernanza ética de la inteligencia artificial que combine innovación con responsabilidad institucional. La gobernanza, entendida como el conjunto de normas, prácticas, marcos de rendición de cuentas y dispositivos de supervisión que rigen el diseño, desarrollo y uso de tecnologías automatizadas, debe estar fundada en cinco pilares fundamentales: legalidad, transparencia, explicabilidad, control humano significativo y participación ciudadana.

- **Legalidad** implica que todo uso de inteligencia artificial dentro del MPF debe estar previamente autorizado por normas internas o externas, ser coherente con la Constitución Nacional, respetar los tratados internacionales en materia de derechos humanos y evitar interpretaciones expansivas o discrecionales que desnaturalicen la función fiscal. En ningún caso una herramienta algorítmica puede tomar decisiones que afecten derechos sin el debido respaldo jurídico.

9. VILAS DIAZ COLODRERO J. y BONHOTE, Laura V, “Libertad vs Seguridad, viejo dilema que la Inteligencia Artificial tensa al extremo”, Inteligencia artificial en el derecho: entre la Innovación y la protección de derechos / Horacio R. Granero... [et al.]; Director Horacio R. Granero. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Albremática, 2025, página 101/103.

- **Transparencia** significa que los ciudadanos –y especialmente las personas imputadas, víctimas o testigos– deben conocer cuándo una decisión del MPF ha sido influenciada por sistemas automatizados, qué datos fueron utilizados, cómo fueron procesados, y bajo qué parámetros. Esto incluye la obligación institucional de publicar los criterios de funcionamiento general de estos sistemas, sin perjuicio de la confidencialidad de aspectos estratégicos o de seguridad.
- **Explicabilidad** remite a la necesidad de que las recomendaciones o inferencias producidas por los sistemas de IA puedan ser entendidas, replicadas y eventualmente cuestionadas por humanos. Esto es especialmente importante en el ámbito penal, donde la opacidad técnica no puede ser excusa para la falta de motivación de los actos. El MPF debe garantizar que toda decisión que utilice IA sea “humanamente interpretable”, es decir, que permita conocer por qué y cómo se llegó a determinado resultado.
- **Control humano significativo** implica que ningún sistema de IA debe sustituir la deliberación racional, ética y jurídica de los fiscales, secretarios o funcionarios. Las tecnologías deben estar al servicio de la función pública, no al revés. El operador humano debe poder aceptar, rechazar, modificar o contextualizar la información brindada por el sistema, y ser siempre el último responsable de la decisión adoptada.
- **Participación ciudadana** supone habilitar mecanismos de evaluación externa, consulta pública y auditoría institucional sobre el uso de IA. La creación de comités éticos mixtos, la convocatoria a organizaciones de derechos humanos, universidades y especialistas independientes, y la publicación periódica de informes de impacto, son herramientas claves para asegurar que el uso de estas tecnologías responda al interés general y no derive en prácticas tecnocráticas o autoritarias.

La gobernanza ética de la IA para el Ministerio Público debería enmarcarse en una cultura institucional de derechos humanos. La eficiencia tecnológica no puede ser objetivo exclusivo ni aislado. Toda innovación debe medirse en función de su capacidad para reforzar los principios republicanos, ampliar el acceso a la justicia, fortalecer la confianza pública y reducir desigualdades estructurales. En este sentido, el uso de IA debe ser visto como una oportunidad para reconfigurar el rol de nuestros órganos de poder.

6. EVALUACIÓN MODELOS DE IA EN LA JUSTICIA

Implementación y entrenamiento

La implementación de modelos de lenguaje de gran tamaño (LLMs, por sus siglas en inglés) en entornos judiciales exige mecanismos rigurosos de evaluación y calibración continua. A diferencia de los programas tradicionales, las respuestas de un LLM pueden variar con el tiempo y dependen de datos estadísticos, por lo que es crucial monitorear su calidad, exactitud y coherencia jurídica de forma permanente. Esto implica establecer métricas cuantitativas objetivas que permitan a los tomadores de decisión (fiscales, jueces, defensores, asesores, funcionarios) medir si el modelo está cumpliendo con los estándares esperados.

Un ejemplo de buenas prácticas es el uso de métricas especializadas como las que ofrece el marco **RAGAS**¹⁰. El mismo combina cuatro indicadores *-relevancia de la respuesta, fidelidad a los hechos, precisión y exhaustividad contextuales-* para otorgar una calificación holística del desempeño de un modelo de IA jurídico.

Estas métricas van más allá de medidas tradicionales (como BLEU o ROUGE) al capturar *nuances* esenciales en el dominio legal: si la respuesta generada es pertinente a la pregunta jurídica, si se apega fielmente a la información de base (p. ej., expedientes o leyes) y si utiliza de manera adecuada el contexto provisto. Por ejemplo, un modelo que resume jurisprudencia podría evaluarse con RAGAS para verificar que el resumen no omita detalles cruciales y refleje con veracidad el fallo original. Al obtener un puntaje numérico (entre 0 y 1) en cada dimensión y un promedio general, los responsables públicos pueden monitorear la calidad del modelo de forma sencilla e intuitiva.

Además de RAGAS, existen herramientas de evaluación continua como DeepEval¹¹, un marco de código abierto para “testear” sistemáticamente los LLM. Esta herramienta, permite crear casos de prueba (ej. preguntas jurídicas con sus respuestas esperadas) y ejecutar evaluaciones automáticas con diferentes métricas. Este tipo de plataformas facilita una calibración constante: por ejemplo, si el desempeño del

10. Disponible en <https://docs.ragas.io/en/stable/getstarted/> . Consultado el 23/06/2025.

11. Disponible en <https://deepeval.com/> . Consultado el 23/06/2025.

modelo empieza a degradarse en cierto tipo de consultas (quizá por cambios en la ley, intersección o nuevos precedentes), la herramienta lo detectará al bajar el puntaje, activando revisiones o reentrenamientos.

Todas estas prácticas recomendadas sugieren complementar estas evaluaciones automáticas con retroalimentación humana. En entornos judiciales, esto podría implicar que asistentes jurídicos revisen aleatoriamente respuestas del LLM para verificar su corrección y, en caso de errores, alimentar esos casos al sistema de entrenamiento (lo que se conoce como *fine-tuning* o ajuste fino). De hecho, marcos regulatorios emergentes enfatizan la *mejora continua*: por ejemplo, la directriz de gestión de riesgos de IA del NIST (EE. UU.) indica que debe haber un programa de evaluación continua que aproveche métricas de desempeño y comentarios de usuarios para iterar sobre el sistema.

En resumen, evaluar y calibrar constantemente un modelo de IA jurídica permite garantizar que siga siendo confiable y justo. Al cuantificar su precisión y relevancia con métricas entendibles, los responsables del Ministerio Público pueden tomar decisiones informadas sobre mantener, ajustar o restringir el uso del modelo. Esto asegura que la adopción de IA no sea un “salto de fe”, sino un proceso controlado y transparente donde se puede *demostrar objetivamente* el nivel de calidad alcanzado en beneficio de la justicia.

B. Herramientas y arquitecturas para garantizar la privacidad de los datos

Una de las mayores preocupaciones al usar IA en el sector público es la privacidad de los datos. Los Ministerios Públicos trabajan con información sumamente sensible -desde datos personales de víctimas y acusados, de niños, antecedentes de salud, y hasta pruebas confidenciales- cuya divulgación o uso indebido sería inaceptable. Por ello, cualquier adopción de modelos de lenguaje debe venir acompañada de arquitecturas y estándares robustos de protección de datos.

Un primer principio es evitar exponer datos sensibles en servicios de IA públicos sin las debidas garantías.

Casos recientes han demostrado los riesgos: por ejemplo, empleados de Samsung que usaron ChatGPT filtraron sin querer un código confidencial, llevando a la empresa a prohibir su uso. Estos incidentes evidencian que las agencias públicas deben

ser cautelosas al consumir servicios de IA en la nube: muchos proveedores comerciales advierten explícitamente que no se ingrese información confidencial, ya que podría ser vista por revisores humanos o utilizada para seguir entrenando al modelo.

Aquí surge un interrogante clave ¿Cómo conciliar entonces el uso de LLM con la obligación de proteger los datos de la ciudadanía?

Una estrategia clave podría ser optar por modelos privados o de código abierto, desplegados en entornos controlados. Un “Private LLM¹²” se refiere a un modelo de lenguaje alojado dentro de la infraestructura propia del organismo (por ejemplo, en servidores gubernamentales o en una nube privada virtual). Esto puede lograrse de dos maneras: **(1)** Utilizar modelos de código abierto¹³ (como los de la familia LLaMA) e instalarlos localmente, o **(2)** Contratar instancias dedicadas de proveedores en la nube que garanticen que los datos no salen del entorno aislado (muchos proveedores ofrecen nubes gubernamentales con cumplimiento normativo).

Ambas vías buscan que cualquier procesamiento de textos legales suceda *detrás del cortafuegos institucional*, sin enviar expedientes o bases de datos sensibles a servidores externos desconocidos.

Ahora bien, incluso con el modelo “encapsulado” internamente, persisten retos técnicos. Los LLM, por diseño, retienen internamente patrones de los datos con que se entrenan, y no existe un botón simple de “olvidar” información específica. Esto implica que, si no se toman precauciones en el entrenamiento, podrían quedar incrustados en el modelo datos personales (PII) de casos pasados. Para mitigar esto, las mejores prácticas incluyen *anonimizar o pseudonimizar* los datos antes de usarlos en el entrenamiento (por ejemplo, reemplazar nombres reales por códigos).

También se está investigando el uso de técnicas de privacidad diferencial o encriptado homomórfico para entrenar modelos de forma que no revelen datos individuales, aunque son métodos complejos aún emergentes. Adicionalmente, se recomienda implementar controles de acceso y registro exhaustivo de las interacciones con el

12. <https://www.skyflow.com/post/private-llms-data-protection-potential-and-limitations>. Consultado el 23/06/2025.

13. <https://www.boozallen.com/insights/ai-research/the-case-for-open-source-generative-ai-in-government.html>. Consultado el 23/06/2025.

modelo: solo personal autorizado debería poder consultar el sistema, y cada consulta debe quedar auditada. De hecho, un modelo privado sin adecuados registros y gobierno de datos *podría dar falsa sensación de seguridad*. Por eso, el aislamiento del modelo es necesario, pero no suficiente: se debe complementar con políticas internas (acuerdos de confidencialidad, protocolos de uso) y con tecnología (logs, monitoreo en busca de fugas de información).

En cuanto a estándares, por supuesto sería necesario que los organismos públicos puedan apoyarse en marcos legales existentes. Si bien en nuestro país la legislación nacional aún no prevé normativa referente al impacto de esta nueva tecnología, ello no quita que contamos con numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que sirven como brújula frente a un escenario necesariamente dinámico y, por ende, complejo de regular.

C. Casos de éxito en materia de implementación de IA en el Poder judicial

La inteligencia artificial comienza a apoyar decisiones judiciales: por ejemplo, Estonia¹⁴ ha piloteado un “juez-robot” para reclamos menores, cuya decisión siempre puede ser apelada ante un humano. Este tipo de innovaciones plantea la colaboración entre expertos tecnológicos y autoridades, bajo la premisa de que la última palabra corresponde al sistema de justicia.

A pesar de los desafíos, ya existen experiencias exitosas de implementación de IA con modelos de lenguaje en fiscalías y órganos judiciales en distintos países. Muchas de ellas se han logrado mediante colaboraciones público-privadas o con el apoyo de universidades, pero manteniendo el control desde lo público.

A continuación, se destacan algunos ejemplos relevantes en América Latina, Europa y Norteamérica, junto con las prácticas que los han hecho posibles:

América Latina (Argentina y Brasil):

14. <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so>. Consultado el 23/06/2025

En 2017, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires desarrolló Prometea¹⁵, un sistema pionero de IA para asistencia legal. Prometea es capaz de redactar borradores de dictámenes judiciales en segundos, analizando documentos y jurisprudencia para proponer resoluciones. Los resultados fueron notables: tareas que antes tomaban 90 minutos se realizaron en 1 minuto (como la preparación de pliegos contractuales), y trámites complejos que insumían 167 días se redujeron a 38 días. En ciertos expedientes masivos (por ejemplo, amparos habitacionales), el tiempo bajó de 190 a 42 días. Esta drástica mejora del 70-80% en los tiempos permitió a los fiscales dedicar más tiempo a los casos complejos, mejorando la calidad del análisis en esos asuntos de mayor importancia.

Su éxito ha servido de modelo para otras jurisdicciones. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal emprendió un proyecto similar denominado VICTOR¹⁶ (y más recientemente MarIA¹⁷), en alianza con la Universidad de Brasilia. Esta IA se enfocó en gestionar el enorme caudal de recursos y expedientes: por ejemplo, clasificando automáticamente qué casos de apelación tenían “repercusión general” (un criterio legal para priorizar ciertos asuntos). La incorporación de estas herramientas ha sido clave para *agilizar la tramitación* en la corte más alta de Brasil, que históricamente sufre con cientos de miles de casos al año. De hecho, la implementación de MarIA en 2023 busca apoyar la redacción de votos y la gestión de casos, aliviando la acumulación procesal y promoviendo la eficiencia sin mermar la garantía de debido proceso.

En ambos países, un factor de éxito fue el modelo de colaboración: los desarrollos se hicieron *desde lo público* (con conocimiento jurídico interno) y con apoyo técnico externo controlado, asegurando que la propiedad intelectual y los datos queden bajo dominio estatal.

Europa (Estonia y otros):

Europa ha emergido como un laboratorio de IA cívica, combinando ambición tecnológica con cautela regulatoria. El caso más emblemático es Estonia, nación conocida

15. publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial . Consultado el 23/06/2025

16. <https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/25/2024/03/Victor-Beauty-or-the-Beast.pdf> . Consultado el 23/06/2025

17. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5146151 . Consultado el 23/06/2025

por su gobierno digital. El Ministerio de Justicia estonio encargó a su equipo digital diseñar un “**juez virtual**” para resolver *reclamos monetarios menores* (hasta €7.000). En un proyecto piloto lanzado alrededor de 2019–2020, se probó que las dos partes de un litigio puedan subir sus documentos y pruebas a una plataforma donde una IA emitía una decisión en cuestión de horas, la cual *podía ser apelada ante un juez humano*. Si bien inicialmente era un experimento, en 2023 Estonia habría comenzado a desplegar esta IA en ciertos casos de menor cuantía, logrando reducir los tiempos de resolución de 90 días a tan solo 48 horas, con una tasa de aceptación del 98% (es decir, la gran mayoría de las decisiones no fueron apeladas). Esta impresionante eficiencia muestra el potencial de la IA para *desatascar los tribunales* en asuntos sencillos. Sin embargo, incluso Estonia avanza con prudencia: el sistema se ajusta constantemente según el feedback de jueces y abogados, y se limita a materias donde la decisión es más objetiva (p.ej. deudas, contratos simples). Junto a Estonia, otros países europeos exploran la IA en la justicia de formas más acotadas. Por ejemplo, *Países Bajos* y *Francia* han utilizado algoritmos para clasificar expedientes o detectar anomalías (como identificar patrones de fraude en casos), y *España* ha estudiado IA para asistir en la gestión de escritos judiciales. La Unión Europea, a través de iniciativas como la Carta Ética Europea sobre IA en la Justicia (CEPEJ, 2018), promueve estas innovaciones, pero subraya principios como la no discriminación, la calidad y la transparencia. Un caso de uso extendido en Europa es el de los sistemas ODR (resolución en línea de disputas): plataformas digitales que ayudan a mediar y resolver conflictos civiles. Por ejemplo, en *Reino Unido* y *Canadá* se han implementado mediadores virtuales que, mediante algoritmos, ayudan a las partes a acercar posiciones en disputas de bajo monto. Estas herramientas, si bien no son LLM generativos, aplican IA para agilizar acuerdos y han logrado resolver casos en *cuestión de horas* que antes tomaban meses, ahorrando costos a los ciudadanos. Europa, en síntesis, avanza con casos piloto exitosos donde la IA se integra al proceso judicial como asistencia (nunca reemplazando completamente al juez), demostrando mejoras en eficiencia, pero manteniendo salvaguardas legales.

Norteamérica (Estados Unidos y Canadá):

En Estados Unidos, el uso de IA en el ámbito de la justicia se da principalmente en tareas administrativas y de análisis de datos masivos. Un ejemplo concreto es la

Administración del Seguro Social¹⁸ (SSA), que aplica algoritmos de aprendizaje automático para *acelerar la clasificación y revisión de solicitudes* de beneficios. Con millones de solicitudes al año, la SSA emplea IA para priorizar casos y detectar rápidamente cuáles cumplen criterios médicos, reduciendo atrasos en la atención al público. Otra agencia, la EPA¹⁹ (Agencia de Protección Ambiental), utiliza IA para decidir *qué fábricas inspeccionar* por contaminación -analizando grandes conjuntos de datos industriales- lo que optimiza recursos de supervisión. En el terreno estrictamente judicial, varios *prosecutors* (fiscalías) locales han empezado a explorar LLMs para resumir informes policiales, transcribir audiencias o traducir testimonios. De hecho, herramientas tipo ChatGPT pueden transcribir audio/vídeo y traducir idiomas en tiempo real, lo cual es útil por ejemplo para traducir declaraciones de testigos o víctimas que hablen otro idioma. También se han utilizado sistemas de procesamiento de lenguaje para extraer de miles de correos electrónicos aquellos relevantes en una investigación, tarea titánica que la IA puede hacer en minutos. Si bien estos usos reportan mejoras en velocidad y consistencia, las fiscalías de EE. UU. proceden con cautela. Existe conciencia de los riesgos de sesgo algorítmico y por ello se insiste en mantener al humano en el circuito de decisión.

Un estudio reciente sobre la adopción de IA en fiscalías subraya la necesidad de *programas piloto controlados, capacitación especializada del personal jurídico, y supervisión ética permanente* como pasos previos a cualquier despliegue amplio. La idea es que la IA sirva para aliviar la carga de trabajo (por ejemplo, redactando borradores de mociones más rápido, revisando evidencia con mayor consistencia) pero sin minar derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad ante la ley.

En Canadá²⁰, por su parte, destaca la experiencia de la British Columbia Civil Resolution Tribunal, un tribunal en línea que desde 2016 resuelve disputas civiles menores mediante una plataforma digital asistida por IA básica para guiar a las partes. Asimismo, el gobierno federal canadiense ha sido pionero al establecer requisitos formales (vía la *Directiva de 2019 mencionada*) antes de usar IA en decisiones administrativas, lo que se tradujo en proyectos muy medidos. Un ejemplo fue el intento (finalmente

18. <https://www.americandisabilityactiongroup.com/how-ai-and-technology-are-changing-social-security-disability-claims> . Consultado el 23/06/2025

19. <https://www.epa.gov/data/epa-artificial-intelligence-inventory> . Consultado el 23/06/2025

20. <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2019-06/from-estonian-ai-judges-to-robot-mediators-in-canada-uk-page> . Consultado el 23/06/2025 .

pausado) de usar IA para evaluar solicitudes de inmigración, el cual fue acompañado de una exhaustiva evaluación de impactos y participación de expertos externos para auditar el algoritmo. Esta filosofía de “colaboración controlada” se repite en Norteamérica: las agencias públicas trabajan con proveedores tecnológicos y universidades, pero bajo acuerdos estrictos, fomentando la innovación a la vez que se preserva el control público y la accountability (responsabilidad explicativa) del sistema de justicia.

En conclusión, la incorporación de modelos de lenguaje e IA en órganos judiciales *ya es una realidad* en distintas partes del mundo. Los casos de éxito muestran que es posible mejorar drásticamente la eficiencia -resolviendo en minutos lo que antes tomaba horas o días- y hacerlo de forma responsable. Las lecciones aprendidas enfatizan que el camino correcto es combinar la innovación tecnológica con salvaguardas sólidas: evaluación y calibración continua de la calidad del modelo, protección estricta de los datos sensibles, y esquemas de colaboración donde lo público marca las pautas y lo privado aporta conocimiento técnico bajo supervisión.

De esta manera, la IA puede ser una aliada para potenciar la capacidad de la justicia (reduciendo atrasos, asistiendo en investigaciones, homogeneizando criterios) sin comprometer los principios jurídicos. Para un lector jurídico no técnico, el mensaje central es que estos sistemas no son magia ni cajas negras incontrolables: son herramientas creadas por humanos que, con la debida guía y control, pueden reforzar la labor del Ministerio Público, permitiendo enfocarse en lo que realmente importa -la búsqueda de la verdad y la protección de los derechos- mientras la máquina se ocupa de las tareas repetitivas y el análisis preliminar de datos.

7. REFLEXIONES FINALES

La vigencia de un Estado constitucional no se mide solo por la proclamación de derechos en su Constitución, sino por su capacidad de garantizarlos, más aún en contextos históricos cambiantes.

El Ministerio Público es una pieza clave en ese diseño: una institución capaz de promover la legalidad, proteger el interés general y velar por el acceso a la justicia, especialmente de los sectores más vulnerables.

Hoy, a treinta años de la reforma de 1994, los derechos que debe custodiar el Ministerio Público enfrentan amenazas nuevas, no siempre visibles ni tradicionales. El avance de tecnologías disruptivas como la inteligencia artificial, la producción automatizada de contenidos, el tratamiento masivo de datos personales y la expansión de algoritmos, exige releer el mandato constitucional del Ministerio desde una lógica de derechos humanos en transformación.

Los derechos no son estáticos. Son principios normativos vivos, en constante tensión con los cambios sociales, económicos y tecnológicos. Y esa vitalidad demanda instituciones igualmente dinámicas, capaces de renovar sus herramientas, sus lenguajes y sus criterios de actuación para no convertirse en garantes nominales de libertades erosionadas en la práctica.

Desde esta mirada, el Ministerio Público debe reafirmarse como un actor comprometido con una justicia que no quede rezagada frente a los nuevos poderes digitales. Gobernanza algorítmica, ética institucional, participación democrática y control humano significativo no son conceptos accesorios: son las condiciones mínimas para que el ejercicio de los derechos en entornos digitales no sea una ficción.

Frente a esta nueva agenda, la gobernanza digital del Ministerio Público no es solo una cuestión de eficiencia, sino de dignidad humana, igualdad sustantiva y legitimidad democrática. La Constitución nos obliga no solo a conservar derechos, sino a hacerlos posibles en los escenarios reales donde hoy se juegan.

Si los algoritmos intervienen en decisiones públicas, el control constitucional debe acompañarlos. Si los derechos se ejercen en plataformas digitales, la justicia debe estar ahí. Si los riesgos se multiplican con la velocidad de la tecnología, las respuestas institucionales deben ser igual de veloces.

Ese es el desafío que nos propone este nuevo paradigma, no solo proteger los derechos humanos consagrados, sino reconfigurar nuestras instituciones para que puedan seguir defendiéndolos y, en este sentido, el Ministerio Público está llamado a liderar esa transformación.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 1: Gestión y control interno

Inteligencia artificial, derecho y justicia: algunos de los principales desafíos éticos y jurídicos

Alejandro Batista

Inteligencia artificial, derecho y justicia: algunos de los principales desafíos éticos y jurídicos

por Alejandro Batista¹

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la Inteligencia Artificial Generativa (IA Gen) en los últimos años se ha consolidado como uno de los fenómenos tecnológicos más disruptivos y transformadores de nuestra era, permeando y abarcando prácticamente todos los aspectos de la sociedad y, de esta manera nos invita a reflexionar de manera particular su potencial transformador en el ámbito profesional.

En el sector jurídico, este impacto tecnológico no es una mera adición instrumental, sino una fuerza que está redefiniendo los cimientos de la práctica legal como ha señalado Juan G. Corvalán (2021), la Inteligencia Artificial se ha infiltrado tan profundamente en nuestra vida diaria que sus sistemas inteligentes, a los que compara con “ácaros artificiales”, nos acompañan de manera casi imperceptible en nuestros espacios más íntimos a través de dispositivos como ordenadores y teléfonos móviles, configurando una nueva realidad digital que, por su ubicuidad, trasciende incluso la imaginación de la ciencia ficción y, consecuentemente, la formación de los operadores jurídicos en sus diferentes facetas de acción.

Abordar este cambio exige una visión integral y actualizada sobre el impacto de la IA Gen en la formación del jurista esto es, una perspectiva que no sólo reconozca las herramientas emergentes, sino que comprenda la profunda reestructuración que estas conllevan para la formación legal y el ejercicio de la profesión.

1. Alejandro Batista. Abogado (UNLP) Especialista en Derecho de Alta Tecnología (UCA-SMBA), Magíster en Finanzas Públicas (UNLP), Doctorando en Sociología (UCA-SMBA) y Doctorando en Ciencias jurídicas (UNLP). Diplomado en Inteligencia Artificial y Derecho (CALP). Docente de Grado y Posgrado en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad del Museo Social Argentino. Director de la Especialización en Blockchain en Aden Business School. Director de la Diplomatura en Legaltech e IA de la FCJyS-UNLP. Prosecretario de Políticas Digitales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

Tradicionalmente, la formación del abogado se ha centrado en el dominio del conocimiento legal, la interpretación normativa, la argumentación lógica y las habilidades de litigio. Sin embargo, la llegada de la IA Gen presenta una nueva capa de complejidad y eficiencia que obliga a repensar estas bases. La capacidad de los sistemas de IA Gen para procesar enormes volúmenes de información jurídica, identificar patrones, predecir resultados, y automatizar tareas repetitivas, está alterando la manera en la que los profesionales del derecho se comportan generando nuevos desafíos y exigencias.

En este sentido ya no es suficiente con saber (menos aún, memorizar) leyes o precedentes; el jurista del futuro debe ser capaz de interactuar eficazmente con estas tecnologías, comprender sus limitaciones, y aplicar su criterio humano en la supervisión y validación de sus resultados. Esto implica no solo un cambio en las herramientas utilizadas, sino una transformación en la forma en que se concibe y se ejerce la abogacía, una nueva lógica de trabajo donde la sinergia entre la inteligencia humana y la artificial se convierte en un imperativo.

Daniel R. Pastor (2021), en su análisis sobre la IA y el poder judicial, subraya que la inteligencia artificial va más allá de una mera herramienta; nos impulsa a una profunda revisión de nuestra concepción de la justicia, hacia una idea de mayor calidad y eficiencia, al permitir el procesamiento de información y la automatización de labores repetitivas, que redefinen la práctica legal misma (Pastor, 2021, pp. 63-66).

Así, la propia Administración de Justicia y sus operadores, incluidos los jueces, están llamados a asumir un papel activo en esta transformación, pues ya no resulta aceptable la negativa a integrar las nuevas tecnologías, haciendo indispensable la formación continua en la materia (Peralta Gutiérrez y Pedrosa del Pino, 2024).

En este contexto, resulta fundamental comprender que la Inteligencia Artificial no busca reemplazar al abogado, sino potenciar sus capacidades; de hecho, el verdadero riesgo es que el jurista que no la integre sea superado por aquel que sí lo haga (Guía IA para Abogados, 2024).

Las instituciones de educación superior, particularmente las Facultades de Derecho, no pueden permanecer al margen de esta metamorfosis. El desafío hoy en día va más allá de la mera inclusión de cursos sobre derecho informático, derecho digital

o legaltech²; implica una seria reevaluación curricular de la formación troncal que prepare a los estudiantes no sólo para las herramientas tradicionales, sino para las innovaciones del futuro. Esto exige un enfoque proactivo en el desarrollo de nuevas competencias, tales como el pensamiento computacional aplicado al derecho, la alfabetización en datos, la comprensión de los principios éticos de la IA, y la capacidad de discernir cuándo y cómo una herramienta tecnológica puede ser empleada de manera responsable y efectiva.

Este proceso de adaptación de los planes y los programas de estudio debe incluir una comprensión adecuada del rol de la IA Gen. Por un lado, la IA puede liberar al jurista de tareas rutinarias, repetitivas y de bajo valor añadido, permitiéndole concentrarse en la estrategia, el asesoramiento personalizado, la negociación compleja y la resolución de problemas éticos intrínsecamente humanos. Esto realza la importancia de habilidades blandas, como la comunicación, la empatía, la creatividad y el juicio crítico, que no pueden ser replicadas por los algoritmos. Por otro lado, exige que el profesional entrene y desarrolle una “inteligencia artificial-asistida,” es decir, la habilidad de trabajar codo a codo con sistemas inteligentes, interpretando sus salidas, corrigiendo sus errores y, en última instancia, responsabilizándose por las decisiones finales que se tomen con su ayuda. Un currículo moderno debe, por tanto, equilibrar el rigor y la exigencia tradicional del estudio del derecho con la flexibilidad y la agilidad necesarias para incorporar conocimientos tecnológicos emergentes.

No obstante, la evolución no es solo curricular, sino también y fundamentalmente pedagógica. La enseñanza del derecho debe incorporar metodologías que fomenten el aprendizaje activo y el uso de herramientas de IA Gen en el aula. Esto puede incluir el uso de simuladores de casos con IA, la práctica en la formulación de *prompts* efectivos para herramientas de generación de texto jurídico, o el análisis crítico de resultados proporcionados por sistemas de revisión de contratos, entre otros. De esta manera, los futuros abogados no solamente aprenden sobre la IA gen, sino que

2. Concepto que se ha instalado en los últimos años. El concepto de Legaltech (contracción de legal technology) se refiere al uso de tecnologías (particularmente herramientas digitales, inteligencia artificial, análisis de datos, automatización y plataformas en línea) para mejorar, optimizar o transformar la prestación de servicios legales y el funcionamiento del sistema jurídico.

Su objetivo no es solo digitalizar tareas ya existentes, sino también repensar y rediseñar procesos legales para que sean más eficientes, accesibles y escalables. Esto puede incluir desde software para la gestión de despachos y contratos, hasta aplicaciones que faciliten el acceso a la justicia o plataformas que automatizan procesos legales repetitivos.

se entrenan en la manera de cómo utilizarla de forma práctica y reflexiva, desarrollando una familiaridad y una competencia que serán indispensables en su futuro profesional. En este sentido la capacidad del profesorado para integrar estas nuevas tecnologías en su didáctica es, sin lugar a dudas, un pilar fundamental de esta transformación educativa³.

Esta visión integral debe ir de la mano con una reflexión profunda sobre las implicaciones éticas y sociales de la IA en el ámbito jurídico. Dado que las tecnologías de Inteligencia Artificial y los sistemas algorítmicos continúan influyendo en múltiples facetas de la vida, resulta crucial evaluar y comprender sus desafíos y oportunidades desde una perspectiva holística. En este sentido, el derecho y la ética se configuran como herramientas interconectadas e indispensables para la gobernanza de la IA, lo que hace imperativo explorar los instrumentos jurídicos y las políticas que la rigen para aprehender su impacto en la sociedad y establecer cómo debe ser regulada (Smuha, 2025).

En este contexto, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, 2021) ha señalado que, a pesar de la considerable atención dedicada al potencial de crecimiento económico de la IA, ha existido un menor interés en cómo estas tecnologías pueden impactar el amplio espectro de derechos fundamentales. La FRA enfatiza la persistente ausencia de pruebas empíricas exhaustivas sobre las implicaciones de la IA en los derechos, así como la insuficiencia de salvaguardias adecuadas para asegurar su respeto efectivo en la práctica, un problema que se agrava porque las evaluaciones de impacto previas suelen enfocarse primordialmente en aspectos técnicos, en detrimento de sus efectos en los derechos fundamentales.

Los sistemas de IA no son neutrales; pueden perpetuar sesgos existentes o bien hacer emerger nuevos en los datos con los que son entrenados, ya que su diseño a menudo refleja las visiones del mundo, los prejuicios y los sesgos adquiridos por sus creadores, lo que puede derivar en discriminaciones y la creación de nuevas brechas sociales, digitales, políticas y económicas (Ramírez Autrán, 2023). La opacidad de estos sistemas, a menudo descritos como una ‘caja negra’, dificulta a los

3. Los datos del Barómetro de uso de IA en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en base a un relevamiento entre estudiantes de todos los años de la carrera durante el primero y segundo cuatrimestre 2023, primer y segundo cuatrimestre 2024 y primer cuatrimestre 2025 arroja que el 82% de los estudiantes utiliza herramientas de IA para la carrera, el 86% de ellos considera “correcto” su uso, pero apenas el 18% de los casos ha sido hablado en clase con el docente.

usuarios comprender su funcionamiento interno, lo que convierte la gobernanza de la IA y su impacto social en un desafío primordial, más allá de la innovación tecnológica per se (Ramírez Autrán, 2023).

La formación de un buen jurista, por tanto, debe inculcar no solo el conocimiento técnico legal, sino también un fuerte sentido de la ética profesional y la responsabilidad social. Los futuros abogados deben ser guardianes de la justicia en un entorno digital, capaces de identificar y mitigar los riesgos asociados con el uso de la IA, asegurando que la tecnología sirva a los fines de la equidad, el verdadero acceso a la justicia y el debido proceso.

Hay que comprender que la Inteligencia Artificial no es una moda pasajera en la sociedad y por ende tampoco en el derecho; es por el contrario una realidad que está redefiniendo el perfil del jurista y los desafíos que enfrentan los sistemas educativos. La adopción de una visión integral que abarque tanto las ventajas como los retos de la IA Gen, y el compromiso con una evolución constante de la enseñanza del derecho, son esenciales para formar profesionales capaces de navegar y liderar en este nuevo paradigma digital, asegurando que la justicia siga siendo administrada con la máxima responsabilidad, eficacia y equidad. El abordaje de estos desafíos y esta transformación no es solo una cuestión de mera modernización, sino una necesidad imperante para la relevancia y la excelencia de la profesión legal en el siglo XXI.

2. IMPACTO Y BENEFICIOS DE LA IA GEN EN EL ÁMBITO JURÍDICO

La Inteligencia Artificial está lejos de ser una quimera futurista en el derecho; es una realidad evidente que ya está provocando una transformación digital palpable, reconfigurando profundamente el contexto de la práctica legal y la manera en que los profesionales del derecho están llamados a desempeñar sus funciones. Esta evolución tecnológica no busca reemplazar al jurista, sino más bien catalizar una redefinición del rol del abogado, impulsándolo hacia tareas de mayor valor estratégico y ético. Los sistemas de IA Gen pueden utilizarse para asumir gran parte de las labores repetitivas y de procesamiento intensivo de datos, liberando a los profesionales para enfocarse en el estudio de casos que requieren un discernimiento humano preponderante. Esta sinergia puede optimizar los recursos y elevar la calidad del servicio legal.

En esta línea, Corvalán (2021) subraya que las máquinas inteligentes, cuando se utilizan adecuadamente, son un complemento fundamental para las estadísticas, potenciando la eficiencia y mitigando los desafíos en el procesamiento de información, lo que las convierte en un recurso valioso para mejorar la administración de justicia (Corvalán, 2021).

Automatización de documentos y contratos

Uno de los beneficios más tangibles y directamente aplicables de la IA en el ámbito legal es la automatización de documentos y contratos. Las plataformas de IA Gen son capaces de generar borradores de una amplia gama de instrumentos legales —desde contratos, acuerdos de confidencialidad, poderes, notificaciones, oficios, hasta demandas iniciales y su contestación— con una velocidad y precisión inigualables. Esta capacidad reduce de manera drástica el tiempo de elaboración y minimiza los errores humanos.

Para poder interactuar con estas herramientas, los juristas deben emplear *prompts* o instrucciones claras, específicas, estructuradas⁴ y profesionales. Estos *prompts* funcionan como directrices que guían a la IA Gen en la creación del resultado deseado, asegurando que se incluyan los elementos pertinentes, la terminología legal correcta y el formato adecuado⁵. Aplicando la regla 80/20 de Pareto podríamos pensar que probablemente el 80% de las consultas jurídicas habituales en lo sucesivo los clientes las efectuarán a plataformas de IA, pero aun quedará ese 20% en el que será necesario un nivel de personalización y estrategia que debe aportar un abogado humano. Para ello además de conocer y aprovechar estas herramientas de un modo experto, se deberá contar con una sólida formación profesional de base.

4. Resulta claro que los operadores jurídicos deben poder interactuar con las herramientas de IA Gen, a un nivel profesional. Si el *prompt* que utilice es el mismo que podría redactar el cliente, entonces no aportarán valor en el resultado y por ende serán desintermediados. A corto plazo posiblemente el cliente busque en el profesional la confirmación de aquello que obtuvo con herramientas de IA, por ello el abogado no puede desconocerlas.

5. Por ejemplo, un abogado podría utilizar un *prompt* como: “Genera un borrador de contrato de compraventa de bien inmueble entre la parte vendedora [Nombre Vendedor], DNI [Número DNI Vendedor], y la parte compradora [Nombre Comprador], DNI [Número DNI Comprador], para la propiedad ubicada en [Dirección Completa], valor de [Monto en moneda], con cláusulas estándar de saneamiento, gastos e impuestos según la legislación civil argentina.” Otro *prompt* podría ser: “Elabora un modelo de carta documento por incumplimiento contractual por falta de pago, dirigida a [Nombre Deudor], CUIT [Número CUIT Deudor], referente al contrato de préstamo de fecha [Fecha Contrato], exigiendo el pago de [Monto Adeudado] en un plazo de [Número] días, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.” Estos ejemplos demuestran cómo la formulación precisa del *prompt* es clave para obtener resultados óptimos y personalizados

Revisión de jurisprudencia y doctrina

Otro de los aspectos en los que la IA ha impactado es en la forma en que los abogados abordan la investigación legal, particularmente en la revisión de jurisprudencia y doctrina. Las herramientas impulsadas por IA Gen pueden procesar y analizar volúmenes masivos de decisiones judiciales y textos académicos a una velocidad que supera con creces la capacidad humana. Estos sistemas no solo encuentran documentos relevantes, sino que también son capaces de identificar patrones subyacentes en la jurisprudencia, tendencias en la aplicación de la ley, y la evolución de los argumentos doctrinales. Además, pueden resumir fallos clave, extrayendo las premisas fácticas, los argumentos legales centrales y las decisiones de cada juez, lo que permite a los profesionales del derecho asimilar rápidamente la esencia de casos complejos y relevantes para su labor. Esta capacidad de síntesis y análisis predictivo dota al abogado que sea capaz de aprovechar esta tecnología, de una ventaja significativa al preparar argumentos, prever resultados y asesorar a clientes⁶.

Redacción asistida de textos jurídicos

Más allá de la mera automatización de documentos estándar, la IA Gen puede potenciar la redacción asistida de textos jurídicos de mayor complejidad, agilizando la elaboración de demandas, recursos e informes. Estas herramientas inteligentes pueden sugerir formulaciones lingüísticas apropiadas, estructurar argumentos lógicos de manera coherente, y asegurar la uniformidad terminológica a lo largo de un documento extenso. Si bien la responsabilidad final de la calidad y precisión recae siempre y sin excepción en el jurista, la IA Gen actúa como un asistente invaluable que puede pulir el estilo, minimizar errores gramaticales o sintácticos, y optimizar la claridad del texto legal. Esto no solo mejora la calidad del resultado final, sino que también puede reducir significativamente el tiempo invertido en esta fase de redacción.

3. IA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Como hemos señalado, la influencia de la IA Gen trasciende la práctica profesional para incursionar de manera significativa en la enseñanza del Derecho, redefiniendo

6. De hecho, una de las principales funciones que se pueden aprovechar es usar a la IA como contraparte para verificar y mejorar los argumentos, o bien hacer que adopte el rol de un perito o de un testigo para de ese modo lograr una simulación que permita anticiparse al proceso y mejorar la estrategia.

do la didáctica y el proceso de aprendizaje. Facilita el análisis de información de una manera sin precedentes, permitiendo a los estudiantes interactuar con bases de datos jurídicas masivas y simular escenarios legales. Además, puede optimizar la comprensión de conceptos complejos a través de explicaciones personalizadas, ejemplos prácticos y referencias interactivas que se adaptan al ritmo y estilo de aprendizaje de cada estudiante. La evaluación asistida por IA, por ejemplo, permite a los profesores proporcionar retroalimentación instantánea sobre tareas y exámenes, y a los participantes de los cursos identificar sus áreas de mejora de forma más eficiente. Esta integración de la IA en la formación legal prepara a los futuros juristas para un entorno profesional tecnológicamente avanzado, al mismo tiempo que también promueve un aprendizaje más dinámico, personalizado y efectivo, fomentando habilidades de pensamiento crítico y resolución de problemas mediante el uso responsable y adecuado de estas nuevas herramientas, que son esenciales en la era digital.

Ventajas generales para el ejercicio profesional

La adopción temprana de la Inteligencia Artificial en el ámbito jurídico confiere una serie de ventajas generales para el ejercicio profesional que haríamos mal en ignorar. La más evidente es el significativo ahorro de tiempo al automatizar tareas repetitivas y de gran volumen.

Pero, asimismo, la precisión algorítmica de los sistemas de IA Gen contribuye a una notable reducción de errores en la redacción, el análisis de datos y la gestión de expedientes, minimizando riesgos y potenciales litigios o reclamos por fallas humanas. Consecuentemente, su implementación estratégica puede conducir a una sustancial mejora de la calidad de los servicios legales prestados. Los estudios y los abogados que aprendan y aprehendan estas tecnologías estarán evidentemente en una posición ventajosa, no solamente en términos de eficiencia interna, sino también en la capacidad de ofrecer soluciones más rápidas, precisas y estratégicas a sus clientes, consolidando su competitividad en un mercado legal cada vez más exigente⁷.

7. Al igual que los posiciona un paso adelante de sus clientes que sin dudas llegarán ya con una primera opinión de una IA.

4. DESAFÍOS ÉTICOS, LEGALES Y DE RESPONSABILIDAD DE LA IA GEN

Si bien la Inteligencia Artificial ofrece todas estas innegables ventajas, su rápida integración en el ámbito jurídico no está exenta de complejidades. Esto nos invita a discernir si el entusiasmo en torno a la IA se fundamenta en una verdadera ética que defienda y empodere a los seres humanos, o si, por el contrario, responde a una ideología que busca principalmente atraer inversiones lucrativas y afianzar la competencia por el poder global. Algunos autores advierten que el predominio de la razón estratégica sobre la razón comunicativa en el espacio público, exacerbado por la tecnología, representa un grave peligro para el fortalecimiento de la democracia, enfatizando que el primer deber ético de las tecnociencias es no engañar.

En este sentido, magistrados de toda América han convocado a establecer pautas claras para el empleo de la IA en la administración de justicia, con la ética y la dignidad humana como ejes centrales, desmintiendo la falacia de la supuesta neutralidad de estos sistemas y alertando sobre el riesgo de que profundicen la desigualdad y la brecha en los servicios judiciales (iJudicial, 2025).

La adopción de estas tecnologías plantea profundos interrogantes sobre la responsabilidad, la legalidad y la ética profesional que demandan una cuidadosa consideración por parte de los juristas y los reguladores. A medida que la IA se vuelve más autónoma en sus operaciones, determinar quién asume la culpa o la responsabilidad legal ante un error, un perjuicio o una decisión incorrecta generada por un algoritmo se convierte en un dilema central⁸.

¿Es el desarrollador del software, el proveedor de datos, su implementador, el usuario final, o una combinación de todos ellos? Estas preguntas desafían los marcos legales existentes y exigen la elaboración de nuevas normativas y principios éticos claros.

8. Aspecto que cobra mayor importancia con el surgimiento y difusión de los agentes artificiales. Un agente artificial de IA es un sistema de software capaz de percibir su entorno, procesar información y actuar de forma autónoma para cumplir objetivos específicos, combinando capacidades de percepción, razonamiento, planificación y, en muchos casos, aprendizaje. A diferencia de un programa tradicional, no solo responde a órdenes directas, sino que toma decisiones y ejecuta acciones por iniciativa propia, interactuando con personas, otros sistemas o agentes para resolver tareas de manera eficiente.

5. NECESIDAD DE FORMACIÓN CONTINUA EN TECNOLOGÍA LEGAL

Frente a esta permanente evolución de los instrumentos de IA Gen, resulta ineludible la necesidad de formación continua en tecnología legal para abogados (Arellano, 2023). No basta como se ha dicho, con el conocimiento jurídico tradicional; los profesionales del derecho deben adquirir una alfabetización tecnológica que les permita comprender cómo funcionan estas herramientas, cuáles son sus capacidades y, fundamentalmente, cuáles son sus limitaciones. Esta formación debe abarcar el manejo práctico de plataformas para ser capaces de supervisar eficazmente la IA, interpretar sus resultados con discernimiento y la capacidad para asumir la responsabilidad final que siempre, insistimos, recaerá en el profesional humano.

RIESGOS DE SESGOS ALGORÍTMICOS Y AMPLIFICACIÓN DE INJUSTICIAS SISTÉMICAS.

La interrelación entre la Inteligencia Artificial y los derechos humanos es un eje central de la ética tecnológica, dado que el uso inadecuado o la ausencia de regulación de la IA pueden propiciar discriminación, exclusión y vulneración de derechos fundamentales. El impacto de la IA en los derechos humanos ya es palpable, lo que exige imperativamente marcos regulatorios para asegurar su empleo ético y responsable, e incluso considerar la articulación de nuevos derechos para salvaguardar a los individuos en estos entornos tecnológicos emergentes.

Uno de los desafíos éticos más críticos reside en los riesgos de sesgos algorítmicos y la amplificación de injusticias sistémicas. Los sistemas de IA Gen aprenden de los datos con los que son entrenados. Según Mariana Sánchez Caparrós (2021), estos sistemas, al procesar grandes volúmenes de información que pueden contener sesgos inherentes a la sociedad, tienen la capacidad de reproducir y amplificar la discriminación existente. Esta situación se agrava por la naturaleza de ‘caja negra’ de muchos de estos sistemas, lo que dificulta explicar su lógica interna e identificar dónde y cómo se incrustan dichos sesgos, obstaculizando su corrección y la rendición de cuentas.

Corvalán (2021) profundiza en esta problemática al señalar que, más allá de la opacidad inherente a los sistemas de ‘caja negra’, el punto crítico reside en la selección de los conjuntos de datos (datasets) utilizados para el entrenamiento, cuya representatividad y los valores subyacentes en su elección son esenciales para la legitimidad

de las predicciones, dado que la IA es propensa a amplificar los sesgos negativos o discriminatorios ya presentes en esos datos (Corvalán, 2021).

Un claro ejemplo de estos riesgos en el ámbito judicial es el caso COMPAS⁹ en Estados Unidos, un programa de IA diseñado para evaluar el riesgo de reincidencia que fue declarado discriminatorio por asignar un mayor riesgo a ciertos individuos basándose en el color de su piel y su entorno social, vulnerando así los derechos humanos (Artigot Golobardes et al., 2024).

En esta línea, Pamela Tolosa (2021) enfatiza que los algoritmos reflejan y exacerban las consecuencias de sesgos humanos preexistentes en los datos de entrenamiento o inherentes al diseño, lo que no es un problema de la IA per se, sino de las decisiones humanas que la configuran. Casos emblemáticos como la denuncia sobre la tarjeta Apple Card, por discriminación de género en la asignación de límites de crédito, y la herramienta de selección de personal de Amazon, que perpetuaba sesgos contra las mujeres, ilustran vívidamente cómo la IA puede amplificar las injusticias sistémicas al replicar disparidades sociales y demográficas preexistentes

Por tanto, si estos datos reflejan sesgos históricos, sociales o demográficos inherentes a la sociedad –por ejemplo, en registros de condenas judiciales o expedientes administrativos–, la IA Gen podría replicar y, en algunos casos, incluso exacerbar dichas desigualdades. Esto podría manifestarse en decisiones judiciales predictivas que discriminan a ciertos grupos, herramientas de evaluación de riesgo que perpetúan perfiles problemáticos o sistemas de selección que reproducen disparidades existentes. La falta de transparencia en cómo se recopilan y utilizan estos datos, así como en la lógica interna de los algoritmos dificulta la identificación y corrección de estos sesgos, lo que representa una amenaza directa a los principios de equidad y justicia.

9. El caso *State v. Loomis* (Wisconsin, 2016) fue un proceso judicial en el que Eric Loomis impugnó su condena alegando que el tribunal había utilizado, como parte de la evaluación para fijar su sentencia, los resultados del sistema COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), un software que calcula el riesgo de reincidencia de un acusado. Loomis sostuvo que el uso de COMPAS violaba su derecho al debido proceso, ya que el algoritmo era propietario (de uso cerrado) y no podía ser auditado ni cuestionado, impidiéndole conocer cómo se había llegado a su puntaje. La Corte Suprema de Wisconsin avaló la sentencia, indicando que COMPAS podía usarse como herramienta complementaria y no decisoria, pero el caso abrió un intenso debate en EE. UU. sobre transparencia, sesgo algorítmico y derechos procesales en la justicia penal.

Principios éticos claves para una IA Gen fiable

Para mitigar estos riesgos, resulta fundamental poder establecer principios éticos claves para una IA Gen fiable: la legalidad, la robustez y la gobernanza. El principio de legalidad exige que el desarrollo y uso de la IA se enmarquen siempre dentro de la normativa vigente, respetando los derechos fundamentales y las libertades individuales. La robustez se refiere a la fiabilidad técnica y la seguridad de los sistemas de IA, que deben ser resilientes a errores, ataques y manipulaciones, además de ser explicables en sus procesos. La gobernanza implica la implementación de mecanismos de supervisión y control humano, asegurando la transparencia, la rendición de cuentas y la capacidad de auditoría de los algoritmos. Estos principios buscan garantizar que la IA se desarrolle y utilice de forma que beneficie a la sociedad, sea justa y respete la dignidad humana.

Casos de uso inadecuado y la importancia del criterio humano.

La creciente integración de la IA Gen en el ámbito jurídico ha puesto de manifiesto la existencia de casos de uso inadecuado y la importancia insustituible del criterio humano. Ha habido ejemplos en los que la dependencia excesiva de la IA, o su aplicación en contextos no apropiados, ha llevado a errores significativos o a resultados injustos.

La Inteligencia Artificial se entrena utilizando conjuntos de datos que a menudo reflejan sesgos inherentes a la sociedad, como prejuicios de género, raza o clase, lo que puede llevar a que la IA reproduzca y amplifique estos sesgos de forma perjudicial, amenazando derechos fundamentales como la justicia, la transparencia y la privacidad (Arellano, 2023). Ejemplos claros de ello incluyen el sesgo racial evidenciado en el algoritmo COMPAS en el caso *Wisconsin vs. Loomis*, y la discriminación de género observada en el algoritmo de selección de personal de Amazon (Arellano, 2023), que mencionamos más arriba.

Así, la aplicación ciega de sistemas de predicción de riesgo de reincidencia sin el matiz del contexto social o individual, o la generación de documentos legales sin una revisión exhaustiva por parte de un abogado, puede tener consecuencias graves. Estos escenarios refuerzan la idea de que la IA Gen es una herramienta de apoyo, no un sustituto del juicio profesional.

Como enfatiza el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal (2025) en su guía sobre el uso de la IA, esta tecnología es únicamente un instrumento que no exime de responsabilidad al profesional; el abogado es el responsable último de todo el contenido que presenta o firma, generado o no por IA. La IA sugiere y asiste, pero la decisión final siempre recae en el criterio humano, que es el único capaz de interpretar normas y discernir lo justo (Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal, 2025).

El abogado o en su caso el juez, debe mantener siempre la capacidad de analizar críticamente la información proporcionada por la IA Gen, de identificar sus limitaciones y posibles fallos, y de tomar la decisión final basada en su experiencia, conocimiento ético y comprensión profunda del contexto humano y legal del caso. El criterio humano sigue siendo el último baluarte contra los potenciales abusos o errores de la tecnología, garantizando que la justicia sea administrada no solo de manera eficiente, sino también equitativa y humana¹⁰.

6. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y PRIVACIDAD

En el vertiginoso avance de la Inteligencia Artificial, un pilar fundamental para su desarrollo y uso responsable es la protección de datos personales y la privacidad. La IA se nutre de cantidades gigantescas de datos, muchos de los cuales son de carácter personal, lo que incrementa exponencialmente los riesgos de vulneraciones a la privacidad si no se establecen salvaguardias robustas. La confianza pública en la IA y su adopción generalizada dependen directamente de la garantía de que la información personal será tratada de manera ética, segura y conforme a la ley.

10. La idea de *human on the loop* se refiere a un modelo de supervisión en el que la inteligencia artificial actúa de manera autónoma, pero una persona monitorea y puede intervenir en cualquier momento para corregir, ajustar o detener su funcionamiento. A diferencia del enfoque *human in the loop*, donde la intervención humana es obligatoria en cada decisión, aquí el control es más indirecto: el humano no aprueba paso a paso, pero permanece vigilante y con capacidad de supervisión.

El sesgo de autoridad es un riesgo importante en este esquema: se produce cuando las personas tienden a aceptar sin cuestionar las conclusiones o recomendaciones de la IA solo porque provienen de un sistema tecnológico que perciben como objetivo o infalible. En el contexto de *human on the loop*, esto puede llevar a que la supervisión sea pasiva o superficial, reduciendo el valor del control humano y permitiendo que errores o sesgos del sistema pasen inadvertidos. Por eso, es clave formar a quienes supervisan para que ejerzan un control crítico, mantengan independencia de criterio y no deleguen ciegamente la responsabilidad en la máquina.

Marco Normativo: Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la UE

En este aspecto podemos mencionar a nivel internacional, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la UE¹¹ que se erige como el marco normativo de referencia en materia de privacidad y tratamiento de datos personales, influyendo significativamente en legislaciones de todo el mundo. Esta regulación establece principios estrictos sobre la licitud, lealtad y transparencia del tratamiento de datos, la minimización de los mismos, la limitación de la finalidad, la exactitud, la limitación del plazo de conservación, la integridad y confidencialidad, y la rendición de cuentas. Su alcance extraterritorial implica que cualquier entidad que trate datos de ciudadanos de la UE, independientemente de su ubicación geográfica, debe cumplir con sus disposiciones, lo que lo convierte en un estándar global para el tratamiento de datos en la era de la IA.

Requisitos sobre consentimiento expreso y lógica en decisiones automatizadas.

Un aspecto crítico en la protección de datos es el requisito sobre el consentimiento expreso, debidamente informado y la comprensión de la lógica en decisiones automatizadas. Cuando los datos personales se utilizan para la toma de decisiones automatizadas que pueden tener efectos jurídicos o significativos en el individuo, de allí que se exige además de un consentimiento informado claro e inequívoco, también la posibilidad de que la persona conozca la lógica subyacente al proceso automatizado. Esto permite al individuo entender cómo se llegó a una determinada conclusión y, en su caso, impugnarla, garantizando el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado.

No obstante, la experiencia europea ha revelado que, a pesar de la importancia del consentimiento informado, la mera autorización para el tratamiento de datos personales no siempre es suficiente para prevenir vulneraciones a la privacidad en el contexto de la Inteligencia Artificial, donde las finalidades de uso o los algoritmos subyacentes son a menudo opacos o desconocidos para el usuario (Peña y Martabit, 2024).

11. Ampliar información en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html>

Protección de la privacidad mental y neuroderechos.

Mirando hacia el futuro, la evolución de la IA, particularmente en conjunción con la neurotecnología, plantea desafíos aún más complejos, llevando a la discusión sobre la protección de la privacidad mental y los neuroderechos (Peña y Martabit, 2024). A medida que las interfaces cerebro-computadora y las tecnologías de lectura de actividad cerebral avanzan, surge la preocupación por la capacidad de acceder, decodificar o incluso manipular los pensamientos y emociones de las personas. La discusión sobre los neuroderechos busca establecer un marco legal que proteja la autonomía de la voluntad, la identidad personal y la privacidad mental frente a posibles injerencias tecnológicas, asegurando que el cerebro y sus procesos sigan siendo el último bastión de la privacidad humana.

En nuestra región Chile ha sido pionera en este camino al establecer la protección de los neuroderechos en su Constitución a partir de la reforma sancionada el 25 de octubre de 2021, que se convirtió en la Ley 21.383. Esto mereció asimismo reconocimiento jurisprudencial al más alto nivel. En agosto de 2023, la Corte Suprema de Chile, en la causa Rol N° 105065/2023 (Girardi vs. Emotiv Inc.), reconoció por primera vez el valor constitucional de los neuroderechos, al fallar en favor de Guido Girardi contra la empresa que comercializaba el dispositivo “Insight”, el cual registraba actividad cerebral sin la debida protección de la privacidad mental del usuario. El tribunal consideró que dicha práctica vulneraba los numerales 1 (integridad física y psíquica) y 4 (privacidad) del artículo 19 de la Constitución —modificado en 2021 para incluir la protección de la actividad cerebral— y ordenó que las autoridades sanitarias y aduaneras revisaran su comercialización, además de exigir la eliminación de los datos almacenados. Este fallo marcó un hito jurisprudencial al traducir en hechos concretos la reforma constitucional sobre protección de datos cerebrales.

Necesidad de definir plazos de conservación y eliminación segura de datos, y medidas de seguridad.

Paralelamente, para una gestión responsable de los datos en sistemas de IA, es imperativo la necesidad de definir plazos de conservación y eliminación segura de datos, así como la implementación de medidas de seguridad robustas (AAIP, 2023). Los datos personales no deben ser conservados indefinidamente; una vez cumplida la finalidad para la que fueron recabados, deben ser eliminados de forma segura e irrecuperable. Además, las organizaciones que utilizan IA deben implementar medidas

técnicas y organizativas apropiadas para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, protegiéndolos contra tratamientos no autorizados o ilícitos, y contra su pérdida, destrucción o daño accidental. Este enfoque integral de la seguridad de la información es vital para construir y mantener la confianza en los sistemas de Inteligencia Artificial.

7. PROPIEDAD INTELECTUAL (PI) Y LA IA GEN

La irrupción de la Inteligencia Artificial también ha generado un fértil, pero complejo, debate en el campo de la Propiedad Intelectual (PI), poniendo en evidencia un notable retraso del derecho de propiedad intelectual en relación con la IA. Las leyes actuales¹² fueron concebidas claramente en una era pre-digital, pensadas para obras creadas por mentes humanas. Esta desincronización plantea desafíos fundamentales en particular sobre la autoría, la titularidad de los derechos y el uso de contenidos protegidos para el entrenamiento de los algoritmos.

Uno de los interrogantes más espinosos es si la IA puede ser considerada autora o co-autora de las obras que genera. Actualmente, la mayoría de las legislaciones de propiedad intelectual, incluyendo la de la Unión Europea y muchos países latinoamericanos, definen expresa o implícitamente al autor como una persona física. Esta concepción antropocéntrica choca directamente con la capacidad de los sistemas de IA para producir textos, imágenes, música, audio, videos o incluso código. Si una IA crea una novela o una melodía, ¿quién es el titular de los derechos? ¿La empresa desarrolladora del algoritmo, el programador, el usuario que introdujo el prompt, o acaso la obra debería caer en el dominio público por carecer de un autor humano? La doctrina y la jurisprudencia global están aún en plena discusión y en fase de consolidación, buscando respuestas que equilibren la protección del creador con la promoción de la innovación tecnológica¹³.

12. Como nuestra vieja Ley 11.723.

13. La diferencia central entre CAW (Computer-Aided Works) y CGW (Computer-Generated Works) radica en el grado de intervención humana en el proceso creativo. En las CAW, la computadora o IA actúa como herramienta de apoyo, pero es la persona quien define la idea, toma decisiones creativas y controla el resultado final. En este caso, la autoría recae en el ser humano, y la obra puede recibir protección por derechos de autor, ya que cumple con el requisito de originalidad vinculado a la expresión creativa personal.

En cambio, las CGW son obras producidas de manera autónoma por un sistema informático o de IA, sin una contribución creativa relevante por parte de una persona. Al no haber intervención humana sustancial, en muchas legislaciones estas creaciones no se consideran protegibles bajo el derecho de autor, pues no representan la expresión de la personalidad de un autor humano. Esta distinción es clave para debates actuales sobre propiedad intelectual en entornos donde la IA puede generar obras completas sin supervisión creativa directa.

Ante la actual imposibilidad de atribuir la autoría a una entidad no humana, se barajan diversas opciones para las obras generadas por IA. Una postura sugiere que estas obras deberían ingresar directamente al dominio público si no existe una intervención creativa humana significativa argumentando que no cumplen con el requisito de originalidad inherente a la autoría. Otra perspectiva propone que los derechos recaigan en la persona física o jurídica que facilitó la creación; es decir, el desarrollador del algoritmo, la empresa que lo comercializa, o el usuario que, mediante su creatividad y dirección (a través de *prompts* elaborados, por ejemplo), guía a la IA para producir un resultado particular. Esta última opción parece ganar terreno, ya que reconoce el esfuerzo intelectual y la inversión detrás de la generación de la obra, incluso si la ejecución final es asistida por una máquina.

Otra propuesta significativa aboga por su protección a través de derechos conexos o afines. A diferencia de los derechos de autor que protegen la obra original del creador, los derechos conexos (también llamados derechos vecinos) otorgan protección a aquellos que contribuyen a poner la obra a disposición del público, como artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas u organismos de radiodifusión. Aplicados a la IA gen, estos derechos protegerían los aspectos patrimoniales de las obras generadas (es decir, el derecho a explotarlas económicamente), pero no los morales (como el derecho de paternidad o integridad de la obra, que son inherentes al autor humano). Esta vía permitiría un equilibrio entre incentivar la inversión en IA creativa y no diluir los principios fundamentales de la autoría.

Implicaciones del entrenamiento de algoritmos con obras protegidas por Derechos de Autor.

Si apreciamos este fenómeno desde otro ángulo, definitivamente otro punto de fricción crucial son las implicaciones del entrenamiento de algoritmos con obras protegidas por derechos de autor. Los modelos de IA de propósito general, especialmente los modelos de lenguaje grande (LLMs), se entrenan ingiriendo vastas cantidades de datos de texto, imagen y audio, que a menudo incluyen material protegido por derechos de autor sin el consentimiento de los titulares. Esto plantea interrogantes sobre si el acto de “entrenamiento” constituye una infracción de los derechos de reproducción o comunicación pública. Los titulares de derechos argumentan que el uso de sus obras para fines comerciales de entrenamiento sin licencia ni compensación es una explotación ilegítima. Los desarrolladores de IA, por otro lado, suelen alegar que el entrenamiento es un uso transformador que no implica

una reproducción directa de las obras, o que se enmarca dentro de las excepciones de “uso justo” o “minería de texto y datos”.

Reconociendo la complejidad de este dilema, la recién implementada Ley de IA de la UE (Reglamento UE 2024/1689¹⁴) ha introducido disposiciones importantes. Específicamente, exige a los proveedores de modelos de IA de propósito general implementar un mecanismo de exclusión voluntaria (opt-out) para los titulares de derechos que no deseen que sus obras sean utilizadas para el entrenamiento de IA. Además, estos proveedores estarán obligados a publicar un resumen detallado del contenido utilizado para el entrenamiento de sus modelos. Esta medida busca aumentar la transparencia y ofrecer a los titulares de derechos un mayor control sobre sus creaciones, sentando un precedente importante en la regulación de la relación entre la PI y la IA a nivel global.

8. REGULACIÓN Y GOBERNANZA DE LA IA GEN

Esta omnipresencia de la Inteligencia Artificial ha hecho indispensable la necesidad de discutir y establecer marcos regulatorios y de gobernanza que aseguren su desarrollo y uso ético, seguro y responsable. En este sentido, la normativa de Inteligencia Artificial de la Unión Europea se ha posicionado como un hito global, estableciendo normas armonizadas que buscan equilibrar la innovación con la protección de los derechos fundamentales. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, 2021) había señalado previamente que, a pesar de la considerable atención enfocada en el potencial de crecimiento económico de la IA, se había observado un menor interés en cómo estas tecnologías podían afectar al amplio abanico de derechos fundamentales, evidenciando una persistente falta de pruebas empíricas exhaustivas sobre las implicaciones de la IA en los derechos y la insuficiencia de salvaguardias adecuadas para asegurar su respeto efectivo en la práctica. Esta situación se agravaba porque las evaluaciones de impacto previas solían centrarse primordialmente en aspectos técnicos, en detrimento de sus efectos en los derechos fundamentales. Esta legislación es la primera de su tipo en el mundo que aborda de manera exhaustiva los riesgos de la IA, sentando un precedente significativo para otras jurisdicciones

14. Ampliar sobre el Reglamento de IA Europeo en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=oj:L_202401689_

Clasificación de sistemas de IA según nivel de riesgo.

Un elemento central de la Ley de IA de la UE es la clasificación de los sistemas de IA según su nivel de riesgo: inaceptable, alto, limitado y mínimo. Esta categorización es determinante porque establece el grado de requisitos regulatorios que se aplicarán a cada sistema:

- **Riesgo inaceptable:** Sistemas de IA que se consideran una amenaza clara para la seguridad, los medios de vida y los derechos de las personas. Estos sistemas están prohibidos.
- **Alto riesgo:** Sistemas de IA que tienen el potencial de causar daños significativos a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales. Ejemplos incluyen IA utilizada en la gestión de infraestructuras críticas, sistemas de contratación, evaluación crediticia, o administración de justicia. Estos sistemas están sujetos a requisitos rigurosos antes de su comercialización, como evaluaciones de conformidad, gestión de riesgos, supervisión humana, transparencia y ciberseguridad.
- **Riesgo limitado:** Sistemas de IA que presentan riesgos de manipulación o falta de transparencia. Por ejemplo, los chatbots deben informar a los usuarios que están interactuando con una IA.
- **Riesgo mínimo o nulo:** La mayoría de los sistemas de IA caen en esta categoría, como los filtros de spam o los videojuegos. Estos no están sujetos a obligaciones legales específicas, aunque se fomenta la adhesión a códigos de conducta voluntarios.

Prohibiciones específicas.

Dentro de la categoría de riesgo inaceptable, la regulación de IA de la UE establece prohibiciones específicas de sistemas de IA que son intrínsecamente perjudiciales. Estas incluyen, por ejemplo, los sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley (con algunas excepciones muy limitadas y justificadas); el perfilado de personas para predecir la comisión de delitos basándose únicamente en características individuales; y la inferencia de emociones en el ámbito laboral y educativo, que podría llevar a

prácticas discriminatorias o invasivas de la privacidad. Estas prohibiciones buscan salvaguardar los derechos fundamentales y evitar el uso de la IA para fines distópicos o perjudiciales.

Creación de nuevos órganos para implementación.

Para asegurar la correcta implementación y supervisión de la Ley de IA, la UE ha previsto la creación de nuevos órganos especializados. Estos incluyen la Oficina Europea de IA, como el centro de experiencia en IA a nivel de la UE; la Junta Europea de IA, compuesta por representantes de los Estados miembros, que garantizará la aplicación coherente de la ley; un Foro Asesor, que agrupará a partes interesadas para proporcionar asesoramiento experto; y un Panel Científico independiente de expertos. Estas estructuras son vitales para una gobernanza efectiva y la adaptación continua de la regulación a los avances tecnológicos.

Exigencia de espacios de Prueba Regulatorios (Sandboxes)

La Ley de IA de la UE también exige la creación de espacios de prueba regulatorios (sandboxes) en cada Estado miembro. Un sandbox regulatorio es un entorno de pruebas supervisado por una autoridad en el que empresas o instituciones pueden experimentar con productos, servicios o modelos de negocio innovadores bajo condiciones controladas. Durante este período, se les otorgan flexibilidades normativas temporales, lo que les permite evaluar su propuesta sin cumplir de forma estricta con todas las exigencias regulatorias que regirían en un despliegue masivo.

Su propósito es doble: por un lado, fomentar la innovación tecnológica —por ejemplo, en áreas como fintech, inteligencia artificial o blockchain—, y por otro, proteger a los usuarios y al mercado mediante un seguimiento cercano que permita detectar riesgos y corregir problemas antes de que la solución se implemente de manera generalizada.

Estos “cajones de arena” regulados permiten a las empresas y desarrolladores probar sistemas de IA Gen innovadores en un entorno controlado y bajo la supervisión de las autoridades, sin incurrir inmediatamente en todas las obligaciones regulatorias. Esto fomenta la innovación responsable al permitir la experimentación y el aprendizaje mutuo entre reguladores y desarrolladores, asegurando que las nuevas tecnologías puedan ser probadas y adaptadas antes de su lanzamiento a gran escala.

Iniciativas de regulación a nivel nacional

Más allá de la UE, varios países están desarrollando sus propias iniciativas de gobernanza. En Argentina, por ejemplo, la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP) ha publicado guías para el uso responsable de la IA en el sector público (AAIP, 2023). Estas guías buscan establecer principios y recomendaciones para el desarrollo e implementación de sistemas de IA por parte de las entidades gubernamentales, promoviendo la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de datos personales.

Asimismo, Argentina ha demostrado su compromiso internacional al adherirse al Pacto Global de Inteligencia Artificial (GPAI)¹⁵ y promover las recomendaciones de la OCDE sobre IA (AAIP, 2023). El GPAI es una iniciativa multiparticipativa que busca reducir la brecha entre la teoría y la práctica de la IA, apoyando la investigación y las actividades relacionadas con los retos clave de la IA. Las recomendaciones de la OCDE, por su parte, establecen principios basados en valores para una IA fiable, como el crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible, el respeto por los derechos humanos y la confianza.

9. LA ÉTICA DE LA IA COMO PILAR FUNDAMENTAL Y SU INTEGRACIÓN EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Por todo ello es que resulta decisivo destacar que la ética de la IA no es sólo un conjunto de normas a cumplir, sino que debe erigirse como un pilar fundamental en el desarrollo de individuos y sociedades, y su integración en la educación superior es indispensable. Una regulación efectiva de la IA debe ir acompañada de una profunda comprensión y aplicación de los principios éticos por parte de los profesionales que la desarrollan y utilizan. Esto implica no sólo conocer las prohibiciones o requisitos, sino desarrollar un juicio moral y una conciencia sobre las implicaciones sociales de la tecnología. La educación superior, y en particular la formación del jurista, tiene un rol esencial en inculcar esta ética, asegurando que las futuras generaciones de profesionales no solo sean competentes en el uso de la IA, sino también responsables y conscientes de su impacto en la construcción de una sociedad justa y equitativa.

15. Ampliar información al respecto en <https://oecd.ai/en/>

10. CONCLUSIONES

El rápido posicionamiento de la Inteligencia Artificial Generativa en el ámbito jurídico ya no es una promesa lejana, sino una realidad concreta y actual que ha llegado para redimensionar la profesión, la formación de sus actores y los marcos regulatorios que la rigen. Hemos analizado cómo la IA Gen está llamada a convertirse en una herramienta transformadora, capaz de automatizar procesos, agilizar la investigación de jurisprudencia y doctrina, y optimizar la redacción de documentos, lo que conduce a un considerable ahorro de tiempo, minimización de errores y una mejora sustancial en la calidad de los servicios legales. La redefinición del rol del operador jurídico es inminente e impostergable: debe dejar de ser un mero ejecutor de tareas rutinarias para transformarse en un estratega, un analista crítico y un asesor con un valor añadido humano insustituible, capaz de integrar la tecnología en su práctica diaria.

Sin embargo, como vimos esta revolución tecnológica no está exenta de importantes desafíos. La IA Gen nos confronta con complejos interrogantes éticos, legales y de responsabilidad, especialmente al considerar los sesgos algorítmicos que pueden amplificar injusticias sistémicas o la necesidad de una formación continua para que los juristas puedan navegar este nuevo panorama con destreza y discernimiento (Pedrosa del Pino, 2024; Arellano, 2023). La confianza en la IA se debe construir sobre principios de legalidad, robustez y gobernanza, así como sobre la comprensión de que el criterio humano sigue siendo el factor preponderante en la toma de decisiones jurídicas cruciales.

La protección de datos personales y la privacidad emergen como preocupaciones centrales, requiriendo marcos normativos sólidos como el RGPD de la UE y directrices claras de entidades como la AAIP, que enfatizan la necesidad de consentimiento expreso, transparencia en las decisiones automatizadas y la seguridad integral de la información. Mirando hacia el horizonte, la creciente discusión sobre la privacidad mental y los neuroderechos anticipa nuevos frentes en la protección de la autonomía y la dignidad humana frente a tecnologías cada vez más invasivas (Peña y Martabit, 2024).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual, el derecho se encuentra en una encrucijada, lidiando con la autoría de obras generadas por IA y las implicaciones del entrenamiento de algoritmos con material protegido. Las propuestas de protección

por derechos conexos y las nuevas disposiciones de la Ley de IA de la UE, que exigen transparencia y mecanismos de exclusión voluntaria, marcan un camino hacia la adaptación legal a esta nueva realidad creativa.

Finalmente, la regulación y gobernanza de la IA son fundamentales para asegurar que su desarrollo sea beneficioso y seguro para todos. La Ley de IA de la UE, con su clasificación de riesgos y prohibiciones específicas, establece un precedente global crucial, complementado por iniciativas nacionales que promueven un uso responsable y ético. La ética de la IA no es un apéndice, sino un pilar esencial que debe integrarse desde la educación superior para forjar profesionales conscientes de su impacto social.

¿Qué nos depara el futuro en esta temática?

A medida que la IA Gen continúa su inexorable avance y desarrollo, la pregunta fundamental no es si debemos integrarla en el derecho, sino cómo podemos hacerlo de la manera más justa, equitativa y responsable. ¿Serán capaces los sistemas jurídicos de adaptarse con la suficiente agilidad para no quedar obsoletos ante la vertiginosa innovación tecnológica? ¿Desarrollaremos como sociedad los mecanismos necesarios para garantizar que la IA no profundice las brechas sociales, sino que, por el contrario, promueva un acceso a la justicia más inclusivo y eficiente para todos? ¿Cómo podemos asegurar que la autonomía humana y el libre albedrío no se vean menoscabados por algoritmos cada vez más sofisticados?

El camino a seguir implica una colaboración multidisciplinar constante entre juristas, tecnólogos, éticos y legisladores. La formación del jurista del mañana deberá ser más dinámica y adaptable, cultivando no solo el conocimiento legal profundo, sino también una aguda alfabetización tecnológica y un férreo compromiso ético. El futuro del derecho en la era de la IA dependerá de nuestra capacidad para abrazar la innovación con cautela, con espíritu crítico, estableciendo límites claros y asegurando que la tecnología sirva siempre como una herramienta para fortalecer los principios de justicia y equidad que son el alma de nuestra profesión.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Lenguaje claro y argumentación

La oralidad en el sistema adversarial. Técnicas de argumentación y comunicación eficaz

Maria Ortiz Takacs

La oralidad en el sistema adversarial. Técnicas de argumentación y comunicación eficaz

Por Maria Ortiz Takacs¹

El paso del sistema inquisitivo o mixto al sistema acusatorio-adversarial conlleva un cambio de paradigma y presupone la aplicación de una metodología diferente. No solo altera la forma en la que se desarrolla el proceso, sino que exige incorporar nuevas herramientas y adaptar algunas de uso corriente que, en el ámbito de la oralidad, se manifiestan de manera distinta. Este es el caso de la argumentación. Pese a que la palabra ha sido siempre uno de los principales recursos del operador jurídico, hasta hace poco tiempo, la argumentación estaba reservada casi exclusivamente al papel. Sin embargo, en el sistema adversarial, tanto el acusador como la defensa deberán argumentar oralmente. En el marco de este nuevo paradigma, el juez desempeñará un rol principalmente arbitral, por lo que su labor no será exactamente igual. Al cambiar la dinámica del proceso, también se modifica la forma en la que el juez lo dirige. Deberá decidir de manera inmediata sobre las objeciones de las partes, encontrar el equilibrio entre sus intervenciones y silencios, y llevar el ritmo del debate. En el caso de los juicios por jurado, tendrá además la tarea de impartir instrucciones a los miembros del jurado de manera clara, atendiendo a que se encuentra ante personas sin conocimientos de derecho.

Si bien los roles de todos los operadores jurídicos se verán afectados en el marco de esta reforma, la fiscalía y la defensa adquirirán un papel protagónico. En el escenario del sistema acusatorio, los actores principales deberán dominar el arte de la oratoria. Dejarán el libreto de lado para convertirse en protagonistas de un diálogo cuasiteatral que reemplazará el monólogo inquisitivo de la hoja de papel por un espectáculo en el que la celeridad y la inmediatez tienen el potencial de llevarlos por caminos impredecibles.

1. Traductora Pública de Inglés (Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina). Diploma de Posgrado en Gestión de Relaciones Públicas (McGill University, Montreal, Quebec, Canadá). Magíster en Traducción Institucional por la Universidad de Alicante, España. Miembro del Colegio de Traductores de Quebec, Canadá. Disertante y autora de varios artículos.

En este «peloteo jurídico» de objeciones, réplicas y dúplicas, el lenguaje adquiere un rol diferente del que desempeña en la redacción. Ya no habrá lugar para oraciones extensas y terminología intrincada. El énfasis recaerá en la claridad, el impacto y la eficacia comunicativa del argumento. ¿Pero cómo lograrlo? ¿Cómo no enredarse en un lenguaje jurídico vetusto que carece de utilidad en el sistema acusatorio-adversarial?

Este artículo propone un sistema de enfoques para aplicar el nuevo paradigma en el fuero penal. Combinados, dichos enfoques optimizan la comunicación en el entorno adversarial, promueven la claridad del mensaje y mejoran la eficacia de la argumentación oral.

1. ENFOQUE MULTIDIMENSIONAL

La palabra escrita es unidimensional, mientras que el habla es multidimensional². La unidimensionalidad se relaciona con el carácter lineal del texto escrito. Entre los factores que aportan claridad al mensaje escrito, la puntuación ocupa un rol fundamental, pero la interpretación del lector, que se ve condicionada por factores subjetivos, también influye en la decodificación. Tomemos como ejemplo un mensaje de texto. Distintos lectores pueden interpretarlo en forma diferente: afable, agresivo, neutro... Si bien este fenómeno también puede darse en el discurso oral, el riesgo de ambigüedad se atenúa porque el habla, al no ser lineal, incorpora diversas dimensiones mediante pausas, silencios, repeticiones y otras herramientas comunicativas. La entonación, la intensidad, el énfasis, entre otros, dejan menos lugar a duda sobre la intención discursiva del orador. En consecuencia, el interlocutor es capaz de interpretar el mensaje oral con mayor precisión que el escrito. La fiscalía y la defensa pueden utilizar la multidimensionalidad de la oralidad en su favor. El ritmo, el tono de la voz, el discurso directo —por ejemplo, acusar sin miramientos ni eufemismos— contribuyen a influenciar las decisiones del tribunal o de los miembros del jurado.

Sin embargo, el componente oral predominante en el nuevo sistema no significa que la fiscalía y la defensa puedan dejar sus argumentos librados al azar. Para argumentar con solidez, ambas partes deberán redactar sus alegatos, interrogatorios y

2. Willems, D. (1989). *Lenguaje escrito y lenguaje oral*. En *Historia y Fuente Oral*. N.º 1, p. 101. Historia, Antropología y Fuentes Orales. <https://www.jstor.org/stable/27753231>

contrainterrogatorios o, como mínimo, armar un esquema escrito de lo que piensan decir. La redacción continuará desempeñando una función vital en la preparación de la argumentación oral, aunque su registro sea menos formal. La sintaxis del discurso tendrá las particularidades de la oralidad y su semántica se verá alterada por elementos extralingüísticos (uso del espacio físico, lenguaje corporal, expresiones faciales, etc.).

Para aprovechar al máximo la multidimensionalidad del lenguaje oral, es conveniente revisar cuáles son algunas de las herramientas paralingüísticas que pueden usarse para crear un discurso convincente.

Entonación y ritmo. Estos dos elementos están estrechamente vinculados. Mientras que la entonación se refiere a la «melodía» del enunciado³, el ritmo se relaciona con la cadencia y la velocidad del discurso.

La entonación expresa las emociones y las intenciones del hablante, y puede usarse tanto para persuadir como para transmitir significados que van más allá de las palabras. Un patrón entonativo ascendente generalmente indica una oración interrogativa. Según la entonación de la pregunta, se puede transmitir cortesía, reproche o ironía, además de buscar una respuesta cerrada de tipo sí o no. También sirve para expresar sorpresa o desconcierto. Un patrón descendente se asocia típicamente con oraciones declarativas, tanto afirmativas como negativas. El *Libro de estilo de la lengua española* explica que todos los fragmentos del discurso oral se dividen en unidades melódicas⁴. Estas unidades melódicas pueden ser de dos tipos: grupos fónicos y grupos de entonación. Cuando la oración está delimitada por pausas, la unidad melódica coincide con el grupo fónico⁵. Es común encontrar este tipo de unidades melódicas en el relato de los hechos. Por ejemplo: «El señor Pérez es un militar condecorado ↓. La señorita Rossi era su empleada ↓ ». En este ejemplo, los grupos fónicos con entonación descendente indican que los enunciados son afirmativos y que el orador no tiene duda de lo que está diciendo. En cambio, cuando las pausas no están delimitadas, sino que están dadas por cambios en el tono, ha-

3. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2018). *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, pp. 239-240. Titivillus ePub.

4. *Ibidem*, p. 240

5. *Ibidem*, p. 240

blamos de grupos de entonación⁶. Es importante destacar que, dentro de un mismo enunciado, pueden usarse distintas unidades melódicas, es decir, diferentes entonaciones. Por ejemplo: «Esta fiscalía probará → que Rossi se vinculó con un hombre mayor y generoso → porque ese vínculo le convenía ↓ ». Según el libro de estilo mencionado anteriormente, aunque no se realicen pausas entre las partes de la oración, las inflexiones de la voz delimitarán los grupos de entonación⁷. Probablemente se enfaticen los términos «probará», «mayor» y «generoso» antes de bajar la entonación al final del enunciado. Si bien no siempre es posible prever cómo se desarrollará el discurso oral, en el caso de los alegatos, cuando el orador tiene total control de lo que dice, se recomienda evitar el discurso monocorde y planificar de antemano en qué partes se alterará la entonación a fin de lograr el mayor impacto posible.

El español se considera un idioma de compás silábico, lo que significa que la duración de las sílabas que componen las palabras es relativamente uniforme. No obstante, esto no implica que el patrón rítmico de los distintos enunciados sea siempre el mismo. Para lograr un ritmo atractivo es importante pronunciar todas las sílabas y modular la entonación. No es conveniente hacer énfasis excesivo en sílabas específicas ni pronunciar otras con demasiada suavidad. Esto desplazará la atención del oyente hacia las peculiaridades expresivas del orador en detrimento de la eficacia de su argumento. Para que el ritmo no resulte repetitivo, el orador deberá echar mano de diversas técnicas, como cambiar levemente la velocidad del habla, realizar pausas, variar las clases de sonidos para no producir enunciados cacofónicos y evitar la acumulación de vocablos con igual distribución de acentos o tildes dentro de un mismo enunciado.

Intensidad. La intensidad o volumen es la fuerza con la que el orador pronuncia las palabras. Además de mencionar los elementos que afectan la intensidad, incluidas ciertas cuestiones culturales, el *Libro de estilo* hace referencia a cómo percibe el oyente las distintas intensidades⁸. Este es un factor de peso, especialmente durante el examen y el contraexamen. No es lo mismo que la defensa interroge a su propio testigo que quien lo contraexamine sea la fiscalía. La situación varía sustancialmente según la persona interrogada (un perito, una víctima, un familiar o un testigo sin

6. *Ibidem*, p. 240

7. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2018). *Libro de estilo de la lengua española según la norma panhispánica*, p. 237. Titivillus ePub.

8. *Ibidem*, pp. 226-228.

otra relación con la causa). Si la intensidad es demasiado alta, el enunciado puede sonar agresivo o descortés, especialmente si se combina con una mayor velocidad al hablar. La intensidad demasiado baja puede aburrir al oyente, dificultar la comprensión del enunciado y teñir de negatividad la imagen del hablante. En consecuencia, la intensidad debe mantenerse dentro de un rango de fluctuación medio —ni muy alto ni muy bajo—, con las variaciones necesarias para no diluir la atención del oyente y lograr un equilibrio adecuado con el ritmo y la entonación.

2. ENFOQUE CLARO

Un discurso claro no es únicamente aquel desprovisto de terminología jurídica y tecnicismos innecesarios. La claridad también se relaciona con la organización del mensaje, la longitud de las oraciones, la pronunciación y la precisión. Como cualquier relato, un discurso jurídico coherente debe tener una estructura ordenada formada por una introducción, un desarrollo y una conclusión. Es importante destacar que, en general, recordamos lo primero y lo último que escuchamos, por lo que el principio y el fin del discurso brindan la oportunidad perfecta para producir el impacto deseado. No obstante, sin un hilo conductor claro, el objetivo del hablante no encontrará eco en el público. La estructura general se llama superestructura y es similar a la del texto escrito, una especie de «esqueleto» propio de cada género discursivo (alegato de apertura, alegato de clausura, interrogatorio, etc.). Dicha superestructura contiene una macroestructura, es decir, un tema principal en torno al cual se construyen las ideas que llevan a la conclusión de la teoría del caso, y una microestructura, que se refiere a la manera en que conectamos las oraciones entre sí para que el resultado sea fluido y lógico. No debemos olvidar que, en la oralidad, los conectores podrían no ser los mismos que los que usamos en el papel. Mantener la sintaxis y la terminología del texto escrito sería en detrimento de la naturalidad. Por lo tanto, debe prestarse especial atención a la selección de conectores para evitar que se distorsione la esencia dinámica de la lengua oral.

Uno de los principales escollos del texto escrito es que el lector se encuentra en total soledad frente a la intención discursiva del autor. Si bien el contexto es fundamental para la comprensión, hay casos en los que, si la puntuación no es correcta o la sintaxis es ambigua, no quedan muchos elementos en los que apoyarse para esclarecer el sentido. Los aspectos paralingüísticos, como el ritmo, la intensidad o la entonación, y los extralingüísticos, como el lenguaje corporal, las expresiones faciales o el contacto visual, son valiosos aliados a la hora de disipar las dudas que puedan surgir del

contenido lingüístico en sí. Pero su función aclaratoria no agota su potencial. Estos elementos transmiten una carga expresiva difícil —si no imposible— de percibir en el papel y, siempre que se usen correctamente, pueden inclinar la balanza de la justicia en favor de uno o del otro. El resultado es un discurso matizado de intenciones, actitudes y emociones, que supera los límites de lo verbal y contribuye a la eficacia comunicativa. La brevedad es otro componente vital del enfoque claro. De la misma manera en que los manuales de estilo y lenguaje claro desaconsejan los párrafos unioracionales y los enunciados muy extensos, el discurso oral debe estructurarse en forma sucinta y precisa. Por ejemplo, un alegato repetitivo le resta eficacia a la argumentación, la información irrelevante confunde y distrae a los oyentes, y las intervenciones extensas debilitan la capacidad de persuasión.

En resumen, para hacer realidad el enfoque claro, el orador deberá estructurar su exposición de manera ordenada, privilegiar las palabras corrientes cada vez que sea posible, adaptar la sintaxis al medio oral, elaborar un discurso breve y directo, y aprovechar la riqueza expresiva que ofrecen los elementos no verbales.

3. ENFOQUE ESPONTÁNEO Y PERSUASIVO

Si bien algunos autores sostienen que la idea de desarrollar la espontaneidad resulta incoherente, otros afirman que, incluso en actos automáticos —como conducir un vehículo—, es necesaria una intención subyacente para guiar e impulsar la acción⁹. Desde esta perspectiva, los procesos cognitivos requieren algún grado de conciencia que permita ajustar los actos en función del contexto y los objetivos buscados. Por lo tanto, ningún discurso jurídico es completamente espontáneo, sino que la naturalidad se logra mediante el ensayo. Esta «espontaneidad premeditada» presenta una paradoja aparente. La acción espontánea se lleva a cabo de manera intencional, canalizando y planificando deliberadamente la conducta a fin de producir el resultado deseado, en gran parte porque parece menos deliberado y planificado¹⁰. La paradoja de la espontaneidad se vincula con la noción de que bajo el acto o el enunciado espontáneo no subyace intención y, en consecuencia, lo espontáneo se considera verdadero, incluso si aceptamos la idea de que todo acto o enunciado espontáneo supone cierto grado de premeditación. Las personas pueden fingir espontanei-

9. Zaunbrecher, N. J. (2018). *Viewing Spontaneity Ethnomethodologically*. En *Human Studies*, vol. 41, n.º 1, p. 6. Springer-Nature. <https://www.jstor.org/stable/44979875>

10. *Ibidem*, p. 10.

dad mediante comportamientos calculados, ya que la percepción de naturalidad es esencial para lograr la interpretación que se busca generar en los demás¹¹. A pesar de que el discurso jurídico escrito se caracteriza por su falta de naturalidad, durante el debate oral, las partes deberán expresar sus intervenciones de manera tal que no deriven en rigidez o artificialidad. Por el contrario, la rigurosa preparación del discurso debe traducirse en una ejecución natural y fluida producto de la práctica previa. Esta presunta espontaneidad a menudo oculta un motivo ulterior que puede provocar un efecto irreversible a pesar del carácter transitorio que se le atribuye al discurso oral. El proverbio latino *quod dixi dixi* (lo dicho, dicho está) se refiere a la idea de no retractarse, aunque también puede interpretarse desde otro punto de vista: no se puede ignorar lo que ya se escuchó. En el sistema acusatorio anglosajón, es habitual que el juez ordene a los miembros del jurado que desestimen algún comentario o pregunta de la fiscalía o la defensa. Asimismo, durante un interrogatorio, el juez puede aceptar o desestimar la objeción de alguna de las partes e indicar al estenotipista que no incluya un enunciado. No obstante, lo dicho ya causó el impacto deseado: puede haber sembrado la duda en el jurado o haber producido una reacción en la persona interrogada. Tanto la fiscalía como la defensa pueden beneficiarse de la espontaneidad premeditada de sus intervenciones —sin abusar de ella—, dado que “los participantes perciben la espontaneidad como real, valiosa y reconocible”¹², pese a la paradoja que supone una acción espontánea ejecutada deliberadamente.

Según afirma Rafael Echeverría en su obra *Ontología del lenguaje*, el lenguaje es generativo, es decir que no solo nos permite describir la realidad, sino que «crea» realidades¹³. El autor sostiene que «si aceptamos que hablar es actuar, reconocemos que el hablar modifica el mundo, el estado de las cosas, y que, por consiguiente, el hablar trae consecuencias»¹⁴. A través de las palabras, somos capaces de expresar nuestras ideas, transferir conocimientos, transmitir emociones y generar cambios significativos en la percepción y la comprensión del mundo que nos rodea. Mediante la elección cuidadosa de vocablos y la construcción de discursos persuasivos, el lenguaje puede influir en las actitudes, las creencias y los comportamientos de las

11. Zaunbrecher, N. J. (2018). *Viewing Spontaneity Ethnomethodologically*. En *Human Studies*, vol. 41, n.º 1, p. 9. Springer Nature. <https://www.jstor.org/stable/44979875>.

12. *Ibidem*, p. 10.

13. Echeverría, R. (2006). *Ontología del lenguaje*, p. 34. Granica.

14. *Ibidem*, p. 165.

personas, y así dar forma a la realidad. Este es el fin de la fiscalía y de la defensa: que sus palabras sean lo suficientemente persuasivas como para inclinar el resultado del proceso a su favor, ya sea porque ganen el juicio o, como mínimo, porque logren el desenlace más favorable para cada caso particular. En este sentido, las observaciones del profesor de Derecho Herbert Kritzer invitan a la reflexión: aunque nos guste creer que una sala de audiencia es un espacio en el que se busca la verdad y la justicia, en realidad, una sala de audiencia es esencialmente un mundo en el que el arte de la persuasión es primordial y en el que la prueba, tanto técnica como no técnica, se ofrece para persuadir¹⁵. Según esta lógica, la práctica de la espontaneidad premeditada deviene en la herramienta por excelencia para lograr un discurso jurídico persuasivo.

No obstante, no solo el discurso en sí requiere práctica. La inmediatez de la comunicación oral y el vínculo directo con quienes escuchan exigen que los participantes echen mano de recursos adicionales. Según el profesor Augusto Ponce, defensor público oficial en lo correccional y criminal de la jurisdicción de Mercedes, en la mayoría de las instancias en la provincia de Buenos Aires, las partes permanecen sentadas para realizar sus alegatos, con ciertas excepciones cuando se trata de juicios por jurado. En lo que se refiere a la litigación oral, el doctor Ponce describe el ordenamiento argentino como un entorno conservador, un sistema al que hay que amoldarse. A su entender, no se hace pleno uso del valor agregado aportado por la dimensión comunicativa, es decir, la construcción de sentido mediante elementos que trascienden lo dicho¹⁶. Coincido con su opinión. Esta práctica menoscaba el potencial estratégico que proporcionan el lenguaje corporal y el manejo del espacio físico, y priva al litigante de los aspectos proxémicos y kinésicos¹⁷ que pueden emplearse para persuadir y reforzar la argumentación. Cuando el orador está sentado, la atención de los oyentes se centra en las expresiones faciales y la gesticulación de las manos que, si bien tienen gran importancia, carecen de la amplitud comunicativa que brinda el uso integral del cuerpo como vehículo expresivo. Cualquiera sea la situación, al ensayar el discurso, también deben practicarse los componentes «teatrales» que lo acompañan. Un artículo publicado en la revista *Litigation* en 1977

15. Kritzer, H. (2009). *The arts of persuasion in science and law: conflicting norms in the courtroom*. En *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, n.º 1, *Conventions in Science and Law*, p. 43. Duke University School of Law.

16. Ponce, A. (2025). Comunicación personal.

17. La proxémica es el uso del espacio físico que las personas hacen en sus interacciones con los demás. La kinésica es el conjunto de gestos, posturas y movimientos corporales que forman parte del lenguaje no verbal. Fuente: *Diccionario de la lengua española (s/f)*, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española.

afirma que «...la esencia de gran parte del teatro, especialmente de la comedia, depende de la falta de congruencia entre la postura, los gestos, las expresiones faciales y las palabras. Pero el abogado, salvo en raras ocasiones, quiere evitar este tipo de incoherencias»¹⁸. El autor, él mismo actor, propone el método actoral como solución al problema y sugiere centrarse en los sentimientos para transmitir el mensaje de manera eficaz. Según su criterio, los jurados, al igual que los miembros del público en el teatro, prestan atención a todo el mensaje, pero además de esperar un argumento lógico, quieren conocer los sentimientos del orador con respecto a los hechos que alega¹⁹. Afirma, asimismo, que «...las personas que pueden comportarse naturalmente en una situación tensa han practicado mucho»²⁰. Adhiero a esta postura. Familiarizarse con el discurso y con la manera de expresarlo conduce a intervenciones mejor estructuradas y a un mensaje más claro y convincente. Ensayar la oralidad no significa que las partes deban convertirse en actores de teatro ni engañar a sus interlocutores; sin embargo, dado que la práctica hace al maestro, la preparación se transforma en un paso clave para que la espontaneidad y la persuasión no dependan del azar.

4. ENFOQUE EN EL IMPACTO

Pese a que todos los enfoques mencionados en las secciones anteriores tienen incidencia en el impacto del discurso, este apartado se concentra en el efecto logrado mediante el uso de la terminología y la sintaxis. Es erróneo asociar el impacto con enunciados altisonantes o con la acumulación de tecnicismos. El discurso oral debe aspirar a la sencillez, siempre y cuando el uso de términos corrientes no comprometa la precisión jurídica del mensaje. Los enunciados deben ser cortos, directos y enfocados en los aspectos esenciales, de modo que permanezcan en la memoria de los oyentes.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, en el que los alegatos comienzan sin ningún preámbulo, en Argentina, es habitual que los alegatos vayan precedidos de una introducción o presentación de las partes. Este procedimiento menoscaba la fuerza del discurso. ¿Cuál es el objetivo de realizar presentaciones

18. Stefano, J. (1977). *Body Language and Persuasion*. En *Litigation*, vol. 3, n.º 4, *The Art of Persuasion*, p. 31.

19. *Ibidem*, pp. 31-32.

20. *Ibidem*, p. 55.

cuando los presentes ya saben quién es quién en la audiencia? ¿O de deshacerse en agradecimientos que solo atentan contra la celeridad del proceso? Para producir impacto, el discurso debe ser directo y sin dilaciones. La formalidad que lo precede, tan arraigada en nuestro sistema, diluye la eficacia retórica de la exposición. Es comprensible que los operadores jurídicos muestren cierta reticencia a prescindir de la solemnidad que caracteriza al sistema continental. Sin embargo, a mi entender, el impacto es mayor cuando se sustituye la introducción por una figura retórica que capte en forma inmediata la atención del tribunal o del jurado. El discurso puede iniciarse, por ejemplo, con un lema, o sea, una oración concisa y contundente que resuma la idea central del mensaje que se desea comunicar. Si una sola oración no permite expresar la intención en forma acabada, puede recurrirse a la combinación de oraciones breves orientadas a lograr distintos efectos. Estos son algunos ejemplos:

1. Expresar certeza en los hechos

- En una sola oración. [Vocativo (señor juez, señoras y señores, miembros del jurado, etc.)], la muerte de Juan Sánchez fue consecuencia de una decisión consciente y premeditada de Pedro González.
- En tres oraciones breves. [Vocativo], la defensa va a hacer todo lo posible para que ustedes crean que la muerte de Juan Sánchez fue consecuencia de una pelea entre amigos. Esto es falso. La muerte de Juan Sánchez fue consecuencia de una decisión consciente y premeditada de Pedro González.

2. Expresar certeza en el resultado

- En una sola oración. [Vocativo], pronto descubrirán que lo que ahora parece verdad es solo un espejismo, porque a menudo las apariencias engañan.
- En dos oraciones breves. [Vocativo], no se dejen engañar por las apariencias. Al terminar este juicio, podrán ver claramente que lo que percibieron al principio como verdadero era solo un espejismo.
-

3. Apelar a la moral

- En una sola oración. [Vocativo], aunque «justicia» sea un concepto teórico, ustedes pueden hacerlo realidad si dejan libre a mi asistido.
- En dos oraciones breves. [Vocativo], «justicia» es un concepto abstracto. Pero si liberan a mi asistido, esa palabra general dejará de ser una simple idea para convertirse en una acción concreta.

4. Apelar a las emociones

- En una sola oración. [Vocativo], si bien cualquier padre puede imaginar el dolor inmenso de perder un hijo, Clara Fernández no lo imagina, porque lo vive a diario.
- En tres oraciones breves. [Vocativo], cualquier padre puede imaginar el dolor inmenso de perder un hijo. Clara Fernández no necesita hacerlo. Lo vive a diario porque el dolor la acompaña las 24 horas.

Otro recurso útil para abrir y cerrar los alegatos son las tríadas. También conocidas en el campo de la retórica como «tricolon», estos grupos de tres elementos paralelos se utilizan para enfatizar, establecer un ritmo particular y, sobre todo, grabar lo que deseamos comunicar en la memoria del oyente. Pueden emplearse como parte del lema para producir impacto. Ejemplos:

1. Sangre, sudor y lágrimas. Eso fue lo que le costó a Hernán Gómez construir la casa que terminó siendo su tumba.
2. Cada vez que respire, cada vez que te muevas, cada paso que des, te estaré observando. Carlos Díaz le repetía esa canción a su pareja. Lamentablemente, sus actos fueron mucho más allá de una simple letra.
3. Bueno, bonito y barato era la promesa de la constructora Formigón S.A. El derrumbe del edificio que se cobró nueve vidas demuestra todo lo contrario.

5. OTRAS RECOMENDACIONES

Las siguientes pautas pueden enriquecer considerablemente la eficacia del discurso durante el debate oral:

1. Seleccionar la información que se va a tratar durante todo el proceso y preparar cada intervención por separado desde el inicio del juicio hasta la sentencia.
2. Tener en cuenta la intervención de la que se trate —interrogatorio, alegato, etc.— y estructurar el discurso en consecuencia.
3. Identificar los hechos y asegurarse de conocer en profundidad las pruebas que los acreditan.
4. Planificar el discurso cerciorándose de cubrir los aspectos fáctico, probatorio y de derecho de la teoría del caso.
5. Restringir el uso de frases hechas, clichés, dichos y refranes. Este tipo de construcciones son útiles para generar impacto, pero su uso desmesurado debilita el discurso.
6. Privilegiar el lenguaje sencillo y claro, pero rico y expresivo. Recurrir a los tecnicismos únicamente cuando no haya otra alternativa.
7. Mantener al destinatario siempre en mente. Adaptar la entonación, la intensidad, el lenguaje corporal, la terminología, etc. a la persona a la que se dirige el discurso (víctima, testigo, juez, jurado, etc.).
8. Adelantarse a las intervenciones de la contraparte. Durante la etapa de preparación del discurso, analizar las potenciales objeciones, dúplicas o réplicas de la contraparte y preparar respuestas alternativas para que no nos tomen por sorpresa.
9. Ensayar las intervenciones orales teniendo en cuenta los enfoques mencionados anteriormente a fin de evitar la improvisación, las muletillas o las vacilaciones que empobrezcan el discurso.

6. CONCLUSIONES

El cambio al sistema acusatorio-adversarial implica una adaptación por parte de los magistrados, la fiscalía y la defensa. La litigación escrita propia del sistema inquisitivo ha oficiado siempre como una suerte de amortiguador entre los escritos y sus respuestas. Además, brinda un espacio de reflexión muy útil para examinar minuciosamente cada elemento presentado por la contraparte y refinar los argumentos de una respuesta que fortalezca nuestra propia postura procesal. En contrapartida, la oralidad entraña un componente de teatralidad que no debe negligirse. Esto no significa que las presentaciones de los litigantes deban ser pomposas o grandilocuentes. Un alegato demasiado dramático podría producir desconfianza, y un discurso completamente desprovisto de pasión podría transmitir falta de interés o generar aburrimiento en los oyentes.

Para lograr intervenciones orales pertinentes, es preciso encontrar un equilibrio entre los enfoques mencionados y una cierta flexibilidad que permita alterar levemente el rumbo cuando haga falta. La preparación —que debe incluir escenarios alternativos y respuestas a una amplia gama de potenciales intervenciones de la contraparte— constituye una de las etapas principales a la hora de formular la teoría del caso. La oratoria, o el arte de hablar con elocuencia, no se basa en un guion, sino en una hoja de ruta planificada meticulosamente, pero con la versatilidad suficiente como para desviarse levemente por un sendero alternativo que permita responder a planteos inesperados. Durante un debate oral, leer debilita y le resta naturalidad a la exposición. La falta de respaldo escrito no significa que deba prescindirse de la coherencia argumentativa. Por el contrario, para evitar contradicciones, es esencial preparar por escrito las ideas que luego conformarán estructuras mentales sólidas. Esas ideas mantendrán firme el hilo conductor del discurso, incluso si surgen objeciones o respuestas inesperadas. En resumen, nuestra lógica argumentativa debe prevalecer aun si la contraparte intenta llevarnos por una ruta no prevista.

Como consecuencia de la resistencia natural y generalizada al cambio, la transición a la oralidad propia del sistema acusatorio-adversarial podría ser ardua para muchos, especialmente en un ámbito tan formal y conservador como el del Derecho. Sin duda alguna, será necesario implementar programas de capacitación específicamente orientados a la litigación oral. Dicha capacitación debería centrarse en diversos aspectos que hacen al discurso oral: el lenguaje claro, el componente teatral, la adaptación inmediata a las situaciones inesperadas, la capacidad de síntesis

y la gestión del tiempo como variable esencial de la estrategia procesal, entre otros. Este nuevo paradigma, lejos de ser negativo, brinda una oportunidad a los operadores jurídicos de humanizar el proceso y reflexionar sobre el rol tradicional del juez, la fiscalía y la defensa. Encontrar el equilibrio entre tradición jurídica y modernización del sistema de justicia implicará un período de ajuste, pero redundará en beneficios sustanciales. No solo agilizará los procesos, aportará mayor celeridad y descongestionará los tribunales, sino que aumentará la transparencia y facilitará el acceso a la justicia.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Lenguaje claro y argumentación

El lenguaje claro en los actos de gobierno: democracia y Derechos Humanos

Rodolfo Vigo

El lenguaje claro en los actos de gobierno: Democracia y Derechos Humanos¹

Por Rodolfo Vigo²

El tema que abordaré en este trabajo tiene que ver con el lenguaje, el cual lleva implícito el concepto de democracia y derechos humanos. No lo haré desde una profundidad filosófica, sino con la idea de aproximarnos a la necesidad de atender el lenguaje, toda vez que es un elemento decisivo, no solamente en relación al cumplimiento del mandato propio de una democracia por parte de las autoridades, sino también de los derechos humanos.

Si nos remontamos al siglo XIX, en el modelo de Estado de Derecho legal heredado de Europa continental y asimilado por Latinoamérica, la visión acerca del lenguaje era lo que se ha podido llamar ingenua, mágica o algo parecido, porque había una confianza en que quien emitía la norma jurídica, la autoridad, podía lograr una comunicación exacta, precisa, sobre aquello que quería comunicar al destinatario. Una prueba de esta visión ingenua o mágica del lenguaje lo da el método interpretativo, que seguramente todos hemos estudiado en la facultad, el método gramatical. Pero esta especie de confianza es que con el diccionario bajo el brazo podemos precisar exactamente el significado normativo de esa norma que nos interesa.

Creo que probablemente hoy estamos todos alertas sobre las complejidades del lenguaje, un instrumento imprescindible para la autoridad que necesita comunicar deberes a ciertos destinatarios. Pero claro, de ahí la necesidad de prevenir a la autoridad sobre la complejidad que está implícita en el lenguaje. Y en ese sentido, en el siglo XX nació una disciplina específica cuyo objeto es estudiar precisamente estos

1. Trabajo editado en base a la exposición realizada en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo «Justicia y Administración: hacia un Gobierno Abierto», organizado por el Ministerio Público de la Prov. de Buenos Aires y la Universidad del Museo Social Argentino, los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2023.

2. Licenciado en Ciencias Políticas y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial (1984-1988) y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Argentina (1988-2007). Presidente de la Junta Federal de Cortes Supremas y Superiores Tribunales de las provincias argentinas (1994-1997). Premio Konex en el rubro jueces (1998). Profesor y conferencista en distintas Universidades en América y Europa. Miembro del Consejo Editorial de distintas revistas jurídicas.

sistemas de comunicación que están implícitos en el lenguaje. Más aún, aparece una ciencia nueva que podemos acordar en llamarla, más allá que hay otras propuestas, semiótica. El siglo XX ilustra no solamente el nacimiento de esta ciencia, sino una especie de alerta. A punto tal de que la filosofía se reconoce como una especie de giro lingüístico, dado que aparecen una serie de voces que alertan sobre la decisiva importancia del lenguaje. La escuela analítica en particular indica que, en definitiva, los problemas filosóficos no existen sino que simplemente son suscitados por el lenguaje, de manera tal de que a los fines de disolver esos problemas, el tratamiento va a consistir en recurrir al lenguaje. Por eso la visibilidad hoy del lenguaje.

Ahora bien, yendo un poco todavía más en concreto, ¿qué lenguajes hablamos los juristas? Me parece que se puede reconocer al menos cuatro lenguajes. Esto vale para la norma administrativa, la norma legal e incluso a la norma jurídica judicial.

Por un lado tenemos el lenguaje que podemos acordar en llamarlo lenguaje científico jurídico. Ese lenguaje del que nos hemos apropiado los juristas y si alguien pretende usarlo fuera del ámbito del derecho, tendrá que usarlo más o menos como lo usamos los juristas. Ejemplo de estos términos del lenguaje propiamente científico jurídico está el de hipoteca, enfiteusis, etcétera.

En segundo lugar, está el lenguaje que podemos acordar en llamarlo lenguaje juridizado. Ocurre que los juristas hemos tomado términos del lenguaje corriente y le hemos dado un significado preciso para los juristas. Por ejemplo, cosa. Entre los juristas, ese término significa un objeto corporal susceptible de apreciación pecuniaria. También nos encontramos con otro término perteneciente a este lenguaje que yo he dado en llamar lenguaje juridizado, por ejemplo, persona. Para nosotros persona es un ente susceptible de adquirir derechos y deberes, pero todos sabemos que hay otras disciplinas que utilizan estos términos con otro alcance, como el concepto de persona en el campo de la teología.

En tercer lugar, está el lenguaje que los juristas tomamos prestado de otras ciencias, tales como ADN, metro cuadrado, terremoto, etcétera. En estos casos, cuando tomamos este lenguaje, estamos obligados a usarlo en el sentido del que lo usa y lo precisa la ciencia no jurídica de la que hemos tomado prestado este término. Y finalmente tenemos el lenguaje corriente u ordinario, que es probablemente donde aparece la mayor cantidad de problemas.

Corresponde prestar atención a estos cuatro tipos de lenguaje y señalar que existe claridad suficiente para afirmar que el que debe prevalecer por parte de la autoridad cuando dicte una norma es el lenguaje corriente, en el sentido que su principal deber es hacerse entender por parte del destinatario de la norma. Ya Kant había señalado que la autoridad de algún modo suscita una cierta paradoja moral, porque la autoridad dice estar interesada en el bienestar, en la felicidad, que restringe, corta, suprime la libertad y, en consecuencia, un modo de suplir esa paradoja moral de la autoridad es no solamente que las normas sean razonables, sino comprensibles por el destinatario.

En este sentido, se encuentra mucho sobre el enfoque tradicional. Se puede encontrar específicamente en Tomás de Aquino cuando repasa los requisitos de la ley. El desarrolla precisamente la necesidad de que la ley sea justamente comprensible, comprendida y se le brinde al destinatario la posibilidad de comprender lo que manda la autoridad.

Ahora bien, en esa disciplina nueva de la semiótica, hoy reconocemos que tiene tres grandes partes: la semántica, la sintáctica y la pragmática. La semántica es la relación entre los términos y aquellas cosas que designamos con esos términos. La sintáctica tiene que ver con las conexiones entre los términos. Y la pragmática tiene que ver con aquellas cosas que hacemos mediante palabras.

En materia de semántica, los dos principales problemas que enfrentamos son la vaguedad y la ambigüedad. La vaguedad se suscita porque los términos de algún modo pueden iluminar la realidad, como ha sido comparada con una metáfora del haz de luz, de una linterna que ilumina algo de esa realidad de una manera muy clara, pero al mismo tiempo, puede suscitar una zona de creciente oscuridad. Un ejemplo sería si un testigo o la autoridad dice acerca de alguien que es alto, que es pobre, etcétera. Indudablemente habrá ejemplos inequívocos de alto y pobre, pero al mismo tiempo debemos tener conciencia que siendo un término vago, aparece esa zona de imprecisión. Pero ¿cómo se resuelven estos problemas de vaguedad? El modo más habitual y aconsejable es a través de definiciones, hay que definir ese término vago. Yo puedo decir, por ejemplo, que alto es aquel que excede de 1.80 metros. Entonces en la definición también hay distintas técnicas definicionales. Esta es una técnica, la definición estipulativa, donde se dice que es alto específicamente. Pero hay muchas otras técnicas, incluso reglas sobre la definición que nos vienen de la época de Aristóteles. Algunas suficientemente conocidas, como aquello que lo definido no puede

entrar en la definición acerca de la extensión de la definición que voy a dar. Eso con relación al problema justamente de vaguedad.

Por otra parte, respecto al segundo problema que es la ambigüedad, refiere a que utilizamos y la autoridad utiliza términos que pueden ser ambiguos en el sentido que podemos estar usándolos para designar cosas que no tienen nada que ver. Por ejemplo, banco es tanto el lugar para sentarme como la entidad financiera. Habitualmente el contexto en el que es usado el término sirve para despejar dudas acerca del alcance que estamos dándole al término supongamos vago. Entonces tenemos por lo menos mencionado y ejemplificado la relevancia de estos problemas semánticos de vaguedad y ambigüedad, y de ahí la necesidad de la definición.

Con respecto a los problemas sintácticos, corresponde señalar que nosotros necesitamos construir oraciones, conectar términos y aquí aparecen las dificultades de justamente las reglas para construirlas. Por ejemplo, sabemos cómo debemos utilizar, a tenor de esa regla, los adjetivos, los artículos y en particular los signos de puntuación. Sobre la sintaxis, quizás uno puede identificar graves y tradicionales problemas, porque en definitiva, pareciera en general que en la extensión de una oración, lo más aconsejable en términos sintácticos es la oración cortita que tiene un sujeto, un predicado y un verbo. Sin embargo, a veces vemos normas, sentencias en donde ya cuando uno observa ve una oración larga, extensa, de varias oraciones. Seguramente ahí va a haber dificultades para identificar el sujeto y el predicado. Lo aconsejable, en definitiva, es esa oración que precisa el sujeto del que habla como el predicado, aquello que dice que quiere decir sobre ese sujeto.

Finalmente está la pragmática como parte de la semiótica, que se ocupa de aquellas cosas que hacemos con palabras. Por ejemplo, si yo le digo a alguien que le regalo mi celular, luego sería incomprensible que yo me quejara, que no me ha pagado el precio del mismo. Al decir que le he regalado el celular, sugiero está implícito que no hay precio del celular. Por supuesto, en el derecho sabemos en un proceso cómo hay que formular la pregunta a un testigo, cómo se hace para absolver posiciones, etcétera. Y hay ejemplos particularmente importantes en este tema de la pragmática, como los juramentos. En el primer juramento que prestó Barack Obama en su primera presidencia, que por supuesto se hizo en un acto público en presencia del Presidente de la Corte, etc., ocurrió que Obama no fue completo en lo que tenía que decir a la hora de juramentarse como presidente. De manera tal de que al otro día, en presencia de una secretaria, completó la definición que había quedado incomple-

ta del día anterior. El problema del lenguaje, en consecuencia, es el instrumento que tiene la autoridad para prescribir los deberes y derechos. De ahí la relevancia que adquiere este instrumento y la necesidad de tener claridad en lo que estamos diciendo, dado que de lo contrario estaremos prescribiendo deberes a quien no puede comprender o comprende mal lo que la autoridad le manda. Hay que advertir que el lenguaje ha padecido en los últimos tiempos, realmente una especie de andanada, que ha complicado particularmente todo este tema.

La atención sobre el lenguaje jurídico se remonta, en general se indica la década del 70, que originariamente apareció en lo vinculado a los contratos, para no engañar a los que firmaban el mismo. De ahí se extendió al campo legislativo y al campo administrativo. Pero hay que alertar que las redes sociales, por ejemplo, han conspirado decisivamente al respecto. Me gustaría subrayar que aquellos que emiten normas administrativas, legales y judiciales deben ser alertados sobre la necesidad de prestar atención.

Por último, voy a referirme al lenguaje inclusivo, respecto del cual comparto la opinión negativa de Manolo Atienza. Alguien con autoridad en el ámbito social, con sus amigos, en el club al que concurre, en su casa, puede hablar como desee. Pero cuando se presta un servicio profesional, en el marco de un gobierno democrático, indudablemente aparece el deber implícito de hablar de forma tal que al destinatario de la norma, el que ha dado el mandato para ejercer el poder, le resulte comprensible lo que se dice. En consecuencia, el deber es hacerse entender por el destinatario de la norma.

En fin, ahí aparece, obstaculizándose, un mandato que está implícito en ese gobierno del pueblo para el pueblo, del pueblo por el pueblo y para el pueblo, el no hacerse entender. En ese punto ha habido decisiones judiciales que ponen de relieve esta cuestión del lenguaje y la visibilidad en el campo judicial, como en el caso «Monges»³ de la Corte Suprema. Ahí no había discusiones sobre normas jurídicas aplicables, ni acerca de los hechos, sino que toda la sentencia gira en torno a un problema semántico como mencioné, acerca de qué significado le iba a dar la Corte al término autonomía universitaria. Porque ahí la discusión era si la titular de la autonomía era la Universidad de Buenos Aires o cada una de las facultades, y aparece un rico

3. CSJN, «Monges Analía, M. c/ UBA» resol. 2314/95n, 26 de diciembre de 1996

repertorio de técnicas definicionales sobre justamente qué íbamos a entender por autonomía universitaria.

Para concluir, es dable destacar una sentencia mexicana en donde una legislatura de Oaxaca, un Estado mexicano, dicta una norma que se dirige a un pueblo indígena. Y justamente este pueblo indígena cuestiona, fuera de los plazos previstos en la norma, esa misma norma que disponía sobre las autoridades de ese pueblo indígena. Es interesante porque ahí la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral dice que esa norma no se va a aplicar al pueblo indígena, que lo tenía por destinatario, justamente porque se dictó en español, en castellano. Claro, esto se advertirá que pone en crisis uno de los principios del Estado de Derecho legal, que nadie puede invocar ignorancia de la ley una vez que ha sido publicada en el órgano oficial.

El consejo final es efectivamente que los juristas nos preocupemos por estudiar sobre el lenguaje y la semiótica y no nos quedemos como habitualmente uno corrobora con la información que se puede traer del secundario.



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

Sección 3: Lenguaje claro y argumentación

Algunas reflexiones sobre los mitos y las realidades en torno al lenguaje claro

Mariano Vitetta

Algunas reflexiones sobre los mitos y las realidades en torno al lenguaje claro

Por Mariano Vitetta¹

1. INTRODUCCIÓN

La difusión del lenguaje claro en el entorno jurídico hispanohablante es cada vez mayor. Es innegable que el interés por el tema es creciente. Este interés se refleja en un cúmulo de artículos, libros y eventos en los que se trata el tema. La atracción por el lenguaje claro también se refleja en la recepción del tema por parte de organismos e instituciones públicas, desde el Congreso de la Nación hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta difusión e interés por un tema relativamente novedoso ha dado lugar, también, a detractores, que exponen una visión contraria al lenguaje claro. En este artículo, me ocupo de identificar las principales cinco críticas al lenguaje claro y de refutarlas con argumentos sólidos. Como contrapartida a las cinco críticas, ofrezco cinco realidades del lenguaje claro que no pueden pasarse por alto para comprender cabalmente su alcance.

La Plain Language Federation se ha encargado de formular una definición útil del lenguaje claro: “Una comunicación está en lenguaje claro si su redacción, estructura y diseño tienen la claridad suficiente para permitir a los destinatarios encontrar con facilidad lo que necesitan, comprender lo que encuentran y usar esa información”. Esta definición debería servir de guía para distinguir los mitos de las realidades del lenguaje claro.

En sus orígenes, el lenguaje claro se remonta al mundo angloamericano: en la segunda mitad del siglo XX florecieron de manera paulatina iniciativas vinculadas con el *plain language* o *plain English*. La mayoría de esas iniciativas apuntaron a la desconexión entre los textos especializados y la ciudadanía en general. En 1963,

1. Profesor y director del Área de Lengua y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Agradezco los valiosos comentarios sobre una versión preliminar de este artículo recibidos de Sebastián Garay, Tamara de la Fuente, María Natalia Rezzonico y Mariana Bozetti.

el profesor de derecho de California David Mellinkoff publicó la obra seminal *The Language of the Law*, que sentó las bases del análisis lingüístico del derecho sobre el que luego se basaría el movimiento del *plain language* en el ámbito jurídico. Si bien la propuesta del lenguaje claro no se limita al ámbito del derecho y cubre también otras áreas como los servicios de salud y los manuales de funcionamiento de equipos, la mayoría de los cañones del lenguaje claro apuntan al discurso del derecho.

A diferencia de otras disciplinas, el derecho afecta la vida de todas las personas. A su vez, la única herramienta con la que cuenta el derecho para llevar a cabo sus fines es la palabra. La conexión entre lengua y derecho es, entonces, ineludible. A este hecho se agrega que la ley, en sentido amplio, se presume conocida por todos. La mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales operan con esa ficción. Para que esa ficción tenga algún grado de eficacia, es necesario que el ciudadano comprenda la lengua de la ley. Al fin y al cabo, la justificación última del lenguaje claro es la dignidad de la persona humana. Toda persona tiene derecho a entender las palabras del ordenamiento que regula su vida en sociedad. En los países a los que se aspire al ideal del Estado de derecho, el derecho a entender se concretiza, entre otras técnicas, mediante el lenguaje claro.

Ahora bien, en la actualidad, el lenguaje claro está en boca de muchos, no siempre de manera positiva. Hay críticas. Muchas de ellas se basan en lo que, en este artículo, denomino “mitos”. Comprender el contorno del lenguaje claro, sus alcances y limitaciones, a la vez que sus amplísimas posibilidades es el punto de partida necesario para fundar críticas y apoyos. A continuación presento cinco mitos en torno al lenguaje claro, con argumentos en contra, y cinco realidades que ayudan a definir mejor los contornos de esta nueva manera de ver el derecho que tantos beneficios trae para la vida en sociedad organizada jurídicamente.

2. LOS MITOS

1. “El lenguaje claro es una moda”

En los últimos cinco años, se multiplicaron de manera marcada las publicaciones, los eventos y otras iniciativas relativas al lenguaje claro en los países hispanohablantes. Esta difusión acelerada se dio particularmente en España, la Argentina, Chile y Colombia, aunque también en el Perú y Uruguay. En general, el lenguaje claro goza de buena prensa, porque sus fundamentos son sólidos y es difícil oponerse a un obje-

tivo tan loable como lograr claridad comunicativa entre el Estado y los ciudadanos. Puede que a este fenómeno le quepa el mote de “moda”, en el sentido de tema que está en boca de todos en una determinada época, lo que en inglés se conoce como *hype*.

Como sucede con todos los temas que toman por asalto la agenda pública (y también la privada), en el esfuerzo por decir algo nuevo o subirse al tren de la claridad en el derecho, hay algo de desorden y confusión. No todo lo que se escribe es bueno y no todo lo que se declama desde el atril es sólido. Es esperable que algo de este desorden suceda en las etapas primigenias de difusión de una nueva disciplina como la del lenguaje claro en el mundo del derecho. Este caos inicial también genera desconfianza en los principales destinatarios de la iniciativa general del lenguaje claro en el derecho. Pienso, por ejemplo, en los jueces, que pueden sentir que su independencia como funcionarios se podría ver comprometida si alguien “les dijera cómo tienen que escribir”. No va por ahí la cosa. Se trata de conocer mejor cómo funciona el lenguaje, que es la herramienta esencial de la que dispone toda persona que trabaje profesionalmente con el derecho.

Quienes nos ocupamos de estudiar y difundir académicamente el lenguaje claro debemos hacer un esfuerzo adicional para lograr materiales serios y profundos que sirvan para contrarrestar el mito de la moda. Ante la acusación de que el lenguaje claro es una moda pasajera, debemos responder con argumentos sólidos y ejemplos válidos. Al fin y al cabo, el ejemplo de países que ya avanzaron sobre el tema hace tiempo nos da la razón. Basta mirar los casos de Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Suecia y Noruega. El lenguaje claro en el derecho, aplicado correctamente, es útil.

2. “El lenguaje claro es una quimera porque el derecho exige lenguaje técnico”

El segundo mito se apoya en un concepto errado sobre el verdadero fin del lenguaje claro. Las propuestas de lenguaje claro no apuntan a eliminar el lenguaje técnico. El derecho, como disciplina independiente que es, necesita su propio aparato conceptual y terminológico. Eso es innegable, y no es malo que así sea. La clave es distinguir qué es realmente lenguaje técnico y qué no lo es. También es fundamental saber en qué situaciones comunicativas usar ese lenguaje técnico y en cuáles no o cuándo usarlo con su debida explicación para el público no especializado.

En suma, los cañones del lenguaje claro apuntan principalmente a la hojarasca, a todo aquello que, con apariencia de especificidad y tecnicidad, no es más que una cáscara pomposa vacía de contenido. ¿Cuán técnicas son expresiones como “sin solución de continuidad”, “óbice” o “fecho”, tan recurrentes en ciertos textos jurídicos? Cuando corresponda, el lenguaje técnico debe usarse, pero con plena conciencia de sus funciones y del entorno comunicativo en el que se expresa. No es lo mismo usar “canon locativo” en una interacción entre abogados de estudios que representan a las dos partes de un contrato de alquiler frustrado que en la comunicación de un abogado dirigida a un inquilino vulnerable (a menos que se quiera amedrentar usando el tecnicismo puro, quizás sea más eficaz recurrir al simple y transparente “alquiler”).

A veces, también es posible aplicar los principios del lenguaje claro para mejorar la terminología específica del derecho, aunque esa tarea más bien quedará a cargo de los especialistas. En el derecho, será tarea de la doctrina. Por ejemplo, ¿es mejor usar *franchising* o “franquicia” para denominar el contrato por medio del cual una sociedad otorga a otra la posibilidad de comercializar ciertos productos o servicios en un área determinada a cambio de un precio de ingreso y un canon periódico? No hay dudas de que la adaptación en español “franquicia” es superior al extranjerismo crudo *franchising*. Al fin y al cabo, ese es el uso mayoritario actual de la doctrina, pero no es ese el único argumento: es más claro el término en español porque es más fácil de reconocer para un hispanohablante que no domine el inglés. También, “franquicia” se escribe en letra redonda y se adapta a las reglas generales del español en cuanto a género y número, además de que tiene entrada propia en los diccionarios. *Leasing*, en cambio, es un ejemplo de lo contrario: si se hubiera adoptado un enfoque de lenguaje claro al incorporar la locación con opción de compra, hoy tendríamos un término en español para el concepto. El término *leasing* tiene la desventaja añadida de que, en el idioma de origen, no significa lo mismo que el significado que se le ha asignado en español. En inglés, *leasing* es simplemente el gerundio del verbo *to lease*, que hace referencia a una simple locación. En lingüística, este fenómeno se conoce con el nombre de falsos extranjerismos. Las propuestas de lenguaje claro suelen incluir el antídoto para evitar caer en ellos.

Hay quienes postulan una falsa oposición entre una supuesta “lengua del pueblo” y una “lengua de los juristas”, algo así como lenguaje general versus lenguaje especializado. Los críticos del lenguaje claro recurren a “lengua del pueblo” como sinónimo de lenguaje coloquial o chabacano. No es por ahí. Las propuestas del lenguaje claro

no apuntan a bajar el nivel de las prácticas discursivas en el derecho y a “hablar como habla el pueblo” en el sentido de reflejar la espontaneidad de la oralidad sin preparación previa. Se trata de usar expresiones y palabras usuales que puedan ser comprendidas por la población en general, sin afectar el lenguaje técnico del derecho. En conclusión, los enemigos del lenguaje claro son la oscuridad, la complejidad lingüística innecesaria, la hojarasca, y no la complejidad técnica, la pulcritud en la escritura, ni la sofisticación argumental.

3. “El lenguaje claro infantiliza a los lectores”

Un ataque habitual contra el lenguaje claro es el de considerar que rebaja y subestima al lector. Muchas veces, esta crítica se refiere a una técnica que algunos han denominado “lenguaje claro”, pero no lo es. El ejemplo típico es el de las sentencias judiciales que, al final, incluyen un apartado que supuestamente resume el contenido clave de la sentencia en palabras que pueda comprender el destinatario. La mayoría de estos casos se dan en el derecho laboral y el de familia, en supuestos en que haya destinatarios particularmente vulnerables, como trabajadores semianalfabetos o menores de edad. Esta técnica, condenable, en realidad parece una mezcla entre el lenguaje claro y otra técnica conocida como “lectura fácil”. La lectura fácil tiene por objetivo generar textos que sean comprensibles para personas con algún obstáculo cognitivo para la lectura y comprensión de textos generales, como menores de edad o personas con alguna discapacidad intelectual.

Los resúmenes en supuesto lenguaje claro que se han vuelto práctica habitual entre muchos jueces no son ni una cosa ni la otra: son, en verdad, un engendro populista. El lenguaje claro plantea que las sentencias deben escribirse con claridad para que quienes sean sus destinatarios puedan encontrar lo que necesitan, comprender lo que leen y usar esa información posteriormente. Los jueces que quieran dirigirse sin intermediación a un menor de edad, por ejemplo, deberían redactar sentencias claras en su totalidad y, luego, si lo consideran necesario, pueden convocar al menor de edad u otra persona vulnerable y comunicarle oralmente lo que necesiten expresar coloquialmente. Redactar una sentencia poco comprensible con un sumario al final con diminutivos, por ejemplo, no es un enfoque apropiado que respete la dignidad de las personas. Quizás sea peor el caso en que después de dictar la típica sentencia el juez anuncia que seguirá un “resumen en lenguaje claro dirigido a la parte” y luego reescribe lo mismo que en la sentencia original, pero más corto, con arcaísmos, fórmulas opacas, sin explicar ciertos vocablos técnicos...

Si nos queremos tomar el lenguaje claro en serio, debemos hacer el esfuerzo de evitar críticas fundadas como la de la infantilización escribiendo sentencias (para el caso, todo tipo de documento jurídico) claras que apunten a ser comprensibles para los verdaderos y principales destinatarios, que son las partes. Debe abandonarse la práctica de resumir la sentencia infantilizando a los lectores.

4. “El lenguaje claro es un no-tema porque los abogados ya sabemos escribir”

A los profesionales del derecho en general no les gusta que se le señalen sus deficiencias a la hora de escribir. Como escribir es tan central a la tarea del abogado, es difícil terminar de asimilar que alguien con formación jurídica no sepa hacerlo bien. Esta crítica se basa en que se aprende a escribir en la primaria y en la secundaria. Se llega a la universidad sabiendo escribir y, obviamente, se ejerce la profesión con todo el conocimiento necesario para escribir profesionalmente. Craso error.

Para empezar, es verdad que la deficiencia del sistema educativo a nivel primario y secundario es notoria. Es decir, muchos alumnos llegan a la universidad con pocas herramientas para escribir académicamente. El problema se potencia cuando, como suele suceder en las facultades de derecho argentinas, la formación de grado no suele incluir formación específica en escritura. Se supone, incorrectamente, que a escribir solo se aprende escribiendo. Si bien la práctica es clave para saber escribir, se necesita instilar en el futuro profesional la sensibilidad por lo que algunos llaman el “genio del idioma”. Esa sensibilidad se logra mediante una práctica reflexiva de la escritura. Debe estudiarse cómo escribir, para saber qué funciona y que no. Una parte importante de esta instrucción es el recurso a las obras canónicas y normativas del español, como el Diccionario, la Gramática y la Ortografía. También deben conocerse los manuales y libros estilo. Pero no todo acaba ahí: deben conocerse buenos ejemplos de escritura que puedan estudiarse e imitarse.

De una manera simplificada, podría decirse que usar el lenguaje claro implica escribir bien. Es decir, escribir claro es escribir bien. Pero tenemos que ser más precisos y especificar qué entendemos por “bien”. Si solo nos quedamos en una concepción normativa de la lengua, el enfoque será limitado e inadecuado. Escribir claro no es solamente respetar las reglas de la gramática y de la ortografía. El apego irrestricto a las normas que surgen de la obra de la Real Academia Española y las correspondientes academias hispanoamericanas que conforman la Asociación de Academias de la Lengua Española no basta para producir textos claros en todo contexto y en todo

lugar. Hace falta más. Ese componente adicional es, en esencia, discursivo: hay que entender que el lenguaje no se usa fuera de contexto y que ciertas prácticas están determinadas por ese contexto. El apego a la normativa es un buen primer paso, pero no el único.

En última instancia, comprender a fondo la propuesta del lenguaje claro implica entender que no se trata de seguir un conjunto de reglas. La mayoría de las formulaciones del lenguaje claro se dan a modo de recomendaciones, que deben entenderse siempre en el contexto de la práctica discursiva concreta. Entonces, escribir claro es escribir bien, pero en un sentido amplio: de nuevo, para que quien lea encuentre lo que necesita, comprenda lo que lea y pueda usar esa información.

5. “El lenguaje claro es un conjunto de reglas aplicables a todos los textos jurídicos”

Como expliqué en el punto anterior, el lenguaje claro no es un conjunto de reglas, para empezar. Sí es, de manera simplificada, un conjunto de recomendaciones. Pero esas recomendaciones no se aplican del mismo modo a cualquier texto en cualquier tiempo o lugar. Es muy frecuente oír o leer entre personas sin formación jurídica que se mencione el “texto jurídico” como el objeto sobre el que recae el lenguaje claro. Esta afirmación peca de ser demasiado inespecífica. No hay un solo tipo de texto jurídico al que se le puedan aplicar por igual las recomendaciones del lenguaje claro. Toda persona con formación en derecho sabe que no es lo mismo una sentencia judicial que un contrato, o un artículo de doctrina que una demanda arbitral.

Para entender las diferencias entre los tipos de texto que pueden darse en el derecho, es necesario recurrir al concepto de “género discursivo”. Es más fácil entender el concepto en relación con la literatura: no es lo mismo un cuento que una novela. Un cuento suele ser una narración relativamente corta en la que hay un inicio, un nudo y un desenlace. La novela, en cambio, se distingue por ser más larga que un cuento, en general dividida en capítulos y con una variedad de personajes mayor que en el cuento. Lo mismo sucede con los textos que se escriben en el derecho. Los géneros discursivos son conjuntos de enunciados relativamente estables que se dan en determinadas áreas del saber. Por ejemplo, una sentencia judicial siempre comenzará con el nombre de las partes en disputa y la identificación del objeto por el que se enfrentan (daños y perjuicios, ajuste de haberes, incumplimiento de con-

trato, etcétera), luego seguirá con las consideraciones de hecho y de derecho, para finalizar con la decisión o fallo que pone fin a la contienda.

Entender que dentro del derecho hay géneros específicos es entender que cada uno de esos géneros tiene sus propias reglas. El memorando jurídico, por ejemplo, es un escrito de un especialista a otro, por lo que ciertas estrategias del lenguaje claro no serán relevantes, como la de la explicitación del lenguaje técnico, pero sí otras, como evitar los párrafos excesivamente largos o la voz pasiva. El dominio del lenguaje claro implica conocer los géneros en particular para entender cómo se deben aplicar sus recomendaciones en casos concretos, porque no todo es lo mismo.

Finalmente, el enfoque discursivo del lenguaje claro implica prestar atención a la relación enunciador-enunciatario que se da en todo texto. Entendiendo todo texto jurídico que pertenece a un determinado género discursivo como un acto de enunciación, es posible distinguir en cada uno de ellos un enunciador y un enunciatario. No son figuras estáticas que necesariamente aparezcan de forma expresa en el texto; más bien, son construcciones que surgen y se deducen del texto. El enunciador es la figura emisora del mensaje en un determinado texto, y el enunciatario es el lector ideal o figurado que tiene en mente ese enunciador a la hora de escribir o enunciar su mensaje. Así, por ejemplo, en una sentencia se puede identificar un enunciador que responda al papel de juez en tanto funcionario investido de autoridad pública para poner fin a un conflicto, mientras que el enunciatario figurado por ese enunciador puede ser la parte o sus abogados. El lenguaje claro apunta a lograr enunciadores cooperativos que tengan en cuenta al enunciatario al momento de redactar. Así, en el ejemplo de la sentencia, si el enunciador se figura a la parte como enunciatario, hará el esfuerzo comunicativo necesario para, por caso, no usar jerga que solo conozcan los abogados.

3. LAS REALIDADES

1. El lenguaje claro respeta la dignidad de la persona humana

El fundamento último del lenguaje claro es la dignidad de la persona humana. Toda persona tiene derecho a entender porque es digna. Este derecho a entender aún no está consagrado expresamente en legislaciones nacionales o internacionales. Sin embargo, puede derivarse de otros derechos más tradicionales, como el derecho de acceso a la información, el derecho a contar con traductor o intérprete y el derecho

del que gozan las personas con discapacidad para que el Estado se comunique con ellas de forma eficaz.

El ordenamiento jurídico que aspire al Estado de derecho debe reconocer que la claridad está en el centro de la relación entre el Estado y los ciudadanos. Ese es el fundamento normativo del derecho a entender: garantiza uno de los *desiderata* o aspiraciones del Estado de derecho. Y una de las maneras de concretizar el derecho a entender es aplicar el lenguaje claro.

2. El lenguaje jurídico claro es parte de la jurilingüística

En el derecho, el lenguaje claro debe estudiarse no como una disciplina aislada y apartada del resto, sino como parte de lo que se ha dado en llamar “lengua y derecho” o “jurilingüística”. Con estas etiquetas se conoce la disciplina que estudia la interacción entre el lenguaje y el derecho; están dentro de su alcance, por ejemplo, la redacción jurídica, la traducción jurídica, la lingüística forense y, por supuesto, el lenguaje jurídico claro. El lenguaje jurídico claro exige un abordaje interdisciplinario.

El riesgo de no abordar el lenguaje claro en el derecho de manera interdisciplinaria es dejar de lado importantes consideraciones de derecho o de lingüística. Es un campo fértil para la colaboración entre juristas y lingüistas. Más aún, esta área exige que los juristas se formen en lingüística y que los lingüistas se formen en derecho. Este abordaje interdisciplinario es clave para evitar caer en alguno de los mitos enunciados en la primera parte de este trabajo. El ejemplo más conspicuo es el posible choque entre claridad y especificidad técnica en el uso del vocabulario especializado del derecho. Quien no tenga un mínimo de formación jurídica puede errar en la aplicación de una de las recomendaciones típicas del lenguaje claro de evitar las nominalizaciones perifrásticas, por ejemplo. Así, podría censurar expresiones como “dar en locación” o “transmitir la posesión” y preferir, en cambio, opciones como “locar” o “poseer” que, por diferentes razones jurídicas, no serían buenas alternativas en muchos casos. Lo mismo sucede cuando una persona con formación jurídica pero no lingüística sugiere evitar la voz pasiva (recomendación loable del lenguaje claro) y, para explicar el punto, aporta un ejemplo como el siguiente: “La víctima sufrió un golpe por parte del imputado”. Aunque despiste la construcción “por parte del imputado”, que parece un complemento agente típico de la voz pasiva (en realidad, es complemento del participio), la oración está en voz activa.

En definitiva, es fundamental que los profesionales del derecho dispongan de formación lingüística para aplicar las recomendaciones del lenguaje claro y, a su vez, que los profesionales de la lingüística tengan conocimientos especializados en derecho para que las recomendaciones lingüísticas no choquen con el límite infranqueable de la especificidad técnica del derecho. En un mundo ideal, lo mejor sería que los profesionales contaran con instrucción formal tanto en derecho como en lingüística.

3. El lenguaje claro exige un abordaje diferenciado por género discursivo

Los abogados saben bien que el mantra del lenguaje claro de que “el destinatario del texto jurídico es siempre el ciudadano” es deficiente. Y lo saben porque son conscientes de la diferencia entre los múltiples géneros discursivos del derecho (aunque probablemente no sean plenamente conscientes de la terminología técnica del análisis del discurso). Por ejemplo, aunque lo disputen algunos jueces, es claro que el enunciatario que debe construirse en una sentencia debe tener en cuenta a la parte y no solo a su abogado. Sin embargo, también es claro que un tratado de doctrina no está dirigido a personas sin formación jurídica. Ambos textos, la sentencia judicial y el tratado de doctrina, son “textos jurídicos”, pero con diferentes enunciatarios o destinatarios.

Las estrategias del lenguaje claro pueden y deben aplicarse a todos los textos jurídicos, pero con las adaptaciones que sean necesarias en función de la construcción específica enunciadador-enunciatario de cada texto.

4. El lenguaje claro exige instrucción

El lenguaje es una habilidad connatural a todo ser humano. Y todo ser humano es más o menos diestro en su uso. Como el derecho es una profesión de palabras, es muy habitual que los abogados se sientan capacitados plenamente para escribir porque escribir es lo que hacen la mayor parte del tiempo. Sin embargo, la adopción del lenguaje claro en la práctica escritora diaria exige instrucción. Para que los principios del lenguaje claro se hagan carne en la escritura hace falta una práctica deliberada y consciente. Esta deliberación y conciencia se logra mediante la instrucción y la formación específicas.

Quizás el camino más rápido y económico en el uso de los recursos crematísticos e intelectuales del profesional del derecho sea formarse mediante capacitaciones estructuradas, pero de ninguna manera son indispensables (aunque sí muy convenientes) para lograr claridad en la escritura. Existen otros medios para lograr el mismo objetivo: pienso, por ejemplo, en el mentoreo con alguien formado que pueda analizar y criticar la escritura de quien quiere adoptar el lenguaje claro; probablemente funcione bien este método si quien escribe recibe de su mentor documentos revisados con la herramienta de control de cambios activada para rastrear las modificaciones y entender sus razones, con comentarios que expliquen los fundamentos de los cambios. Otra opción, por supuesto, es el autodidactismo, método totalmente válido para lograr el objetivo de escribir con claridad en el derecho. De todos modos, si se opta por esta vía, es fundamental recibir alguna orientación sobre qué materiales leer y estudiar. Como vimos en el mito número uno de este trabajo, como el lenguaje claro se volvió una moda, proliferan obras que carecen de la rigurosidad necesaria. Igualmente, abundan las buenas, y ahí deben dirigirse quienes quieran aprender sobre el lenguaje jurídico claro por su cuenta.

5. El lenguaje claro es una propuesta que va de menor a mayor

Como vimos, el lenguaje claro es un conjunto de recomendaciones orientadas a hacer comprensibles los textos. Ese conjunto de recomendaciones debe seguir un orden, que vaya de lo más pequeño, que es la palabra, hasta lo más grande, que es el documento en sí. Las propuestas del lenguaje claro parten de la palabra, se extienden a la oración, luego pasan al párrafo y finalmente se ocupan del documento en su totalidad.

En cuanto a la palabra, el principio rector del lenguaje claro es el de la economía de palabras: menos, es más. El lenguaje claro recomienda utilizar palabras españolas, precisas, simples y actuales. Se desaconsejan los extranjerismos (incluidos los latinismos) y los arcaísmos. Se debe prestar especial atención para no caer en el “sesquipedalismo”, es decir, en la variación innecesaria de palabras más largas de otras que sí existen, como “recepcionar” por “recibir” o “aperturar” por “abrir”. Se recomienda evitar falsos anafóricos como “mismo” (con sus femeninos y plurales). También se recomienda prestar atención para no incurrir en la variación elegante o sinonimia referencial: esto sucede cuando se utilizan varias denominaciones para un mismo término con el objetivo de no repetir. Así, por ejemplo, es muy común que los abogados escriban “Corte Suprema de Justicia de la Nación” en una línea, pero

dos líneas después empiecen a alternar con “Más Alto Tribunal”, “Tribunal Címero” o “Suprema Corte”, por poner solo algunos ejemplos. Aunque la recomendación parezca ir en contra de lo que nos enseñaron nuestras maestras de primaria, es mejor no variar y aferrarse a una terminología uniforme. También deben preferirse los verbos a los sustantivos para describir acciones y evitar las nominalizaciones perifrásticas (“efectuar la transferencia” por “transferir”). Finalmente, al nivel de la palabra, el lenguaje claro también recomienda evitar las redundancias y las frases hechas.

Ya en el plano de la oración aparece el que quizás sea el mayor problema de la redacción jurídica: la sintaxis, es decir, el modo en que se combinan las palabras para expresar significados. La principal recomendación para lograr claridad en la expresión es mantener el orden sujeto-verbo-objeto. El español es una lengua flexible que admite muchas variaciones en el orden de estos elementos; sin embargo, quien escribe debe tener presente que, especialmente si las oraciones son largas, la alteración del orden sujeto-verbo-objeto puede dar lugar a enunciados más difíciles de comprender. En este sentido, la recomendación estrella del lenguaje claro es evitar el uso de la voz pasiva. Muchas veces se malentiende esta recomendación y se piensa que la voz pasiva es un error. No. Simplemente se trata de preferir la voz activa sobre la voz pasiva. Hay motivos fundados para usar la voz pasiva en muchos textos jurídicos (por ejemplo, para ocultar el sujeto cuando algo no salió como se esperaba: *se perdió el caso*), pero, de nuevo, se trata de lograr que quien escribe sea consciente de los usos de este recurso y pueda decidir cuándo usar la voz pasiva y cuándo conviene la voz activa. En la construcción de las oraciones, el lenguaje claro exige prestar especial atención al uso de los gerundios, que muchas veces se utilizan de forma excesivamente elástica para amalgamar elementos de una oración cuya relación no está muy clara en la mente de quien escribe. Finalmente, al nivel de la oración, la recomendación rectora es la de construir oraciones cortas y evitar párrafos unioracionales. Para lograr estas oraciones cortas, es clave dominar el uso de la puntuación.

Por último, un aspecto que toma cada vez mayor importancia en las propuestas de lenguaje claro es el diseño del documento. Para lograr documentos legibles y comprensibles, hay que tener en cuenta cuestiones de tipografía, ortotipografía y diseño gráfico. Por ejemplo, hay tipografías que favorecen la lectura mientras que otras la dificultan. Del mismo modo, hay que prestar atención al uso de recursos gráficos como la negrita, la cursiva o el subrayado (que conviene no usar casi nunca). También es importante tener en cuenta el diseño del documento en sí, lo que incluye

su división en secciones, el uso de márgenes y espaciados, la diferenciación entre títulos y subtítulos, los tamaños de letra, entre muchas otras consideraciones.

En suma, el lenguaje claro es una propuesta integral que va desde lo más pequeño hasta lo más grande. Quien decida hacer el esfuerzo necesario para escribir lo más claro posible cada vez deberá tener en cuenta todos estos aspectos a la hora de planificar su escritura.

4. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo se verá cumplido con creces si aportó al lector elementos para profundizar el uso del lenguaje claro en el derecho. Si ese lector traía consigo ya incorporados algunos de los mitos, espero que esta breve colaboración haya servido al menos para ofrecer argumentos en una dirección contraria que lo lleven a profundizar el conocimiento sobre el tema. En todo caso, queda abierta la invitación a sumergirse en el maravilloso mundo del lenguaje jurídico claro para todos los que quieran expresarse mejor y lograr que sus mensajes lleguen a destino.





TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 3: Lenguaje claro y argumentación

Lenguaje claro y lenguaje inclusivo, dos ideales compatibles

Ivana Basset

Lenguaje claro y lenguaje inclusivo, dos ideales compatibles

por Ivana Basset¹

En el reconocido informe sobre casi una decena de guías de lenguaje no sexista redactado por Ignacio Bosque y suscrito por los miembros de la Real Academia Española -aludido desde entonces simplemente como el *Informe Bosque*, pero titulado *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*²- Bosque criticaba que las expresiones propuestas por estas guías incurrieran en alternativas lingüísticas que imponían al lenguaje un estilo antinatural, artificioso y poco eficaz. Y que lo hicieran justo cuando, también por entonces -el informe fue presentado en 2012- se bregaba por la necesidad de volver más claro el lenguaje jurídico³:

Precisamente ahora que se trabaja para que el lenguaje de los textos jurídicos se acerque en alguna medida al español común, las propuestas para “visibilizar a la mujer” en el idioma parecen encaminarse en el sentido opuesto. Se trata, al parecer, de lograr que el lenguaje oficial se diferencie aún más del real. A los tan denostados eufemismos de los políticos y los economistas, que enmascaran o edulcoran, como sabemos, tantos aspectos de la realidad, parece que ha de agregarse ahora un nuevo código artificial, ajeno al lenguaje común, constituido por nuevos circunloquios, restringidos -como antes- al mundo oficial.

1. Licenciada en Letras y editora por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se desempeña como autora, redactora, editora de textos y correctora para editoriales e instituciones que realizan publicaciones. Es profesora de Corrección de Estilo en la Tecnicatura en Producción Editorial de la Universidad Nacional de Entre Ríos y docente en la carrera de Edición de la UBA y en la Universidad Torcuato Di Tella. Autora de ponencias y artículos sobre el lenguaje inclusivo y su relación con el lenguaje claro, también coordina talleres sobre estos temas para públicos específicos. Participa del Observatorio de Lenguaje Claro de la Facultad de Derecho (UBA) en la Comisión de Género.

2. Ignacio Bosque, «Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer» (Real Academia Española), 2012, http://www.rae.es/sites/default/files/Sexismo_linguistico_y_visibilidad_de_la_mujer_0.pdf, pág. 12.

3. El *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico*, elaborado a partir de la identificación del lenguaje jurídico como críptico a los ojos de la ciudadanía, fue presentado ante el Consejo de Ministros de España en 2011.

En efecto, en el intento de evitar el masculino genérico⁴, muchas guías proponían recomendaciones contrarias a las que sugiere el Lenguaje Claro. Y esto sigue sucediendo hasta ahora no solo en las guías españolas, sino en publicaciones locales⁵. Proliferan en estas guías sugerencias que, para sortear el masculino genérico -o reducir su presencia en el texto-, proponen como alternativas igualmente válidas el uso de la voz pasiva, el cambio por oraciones impersonales, el reemplazo por sustantivos abstractos o por nominalizaciones, y, más en general, circunloquios y reformulaciones que apunten a transmitir -usualmente con más palabras que en la versión original- un sentido equivalente.

1. TRES RECOMENDACIONES DEL LENGUAJE CLARO PARA DEFENDER

Así, con las mejores intenciones de inclusión, estas alternativas pueden oscurecer o desdibujar el sentido. Las recomendaciones de claridad que se han visto afectadas por algunas sugerencias de las guías de lenguaje inclusivo son fundamentalmente tres:

1. La formulación activa de los hechos. Con una formulación o voz activa queda en lugar de sujeto quien realiza la acción y no lo que la recibe, como sucede con la voz pasiva. Especialistas en redacción señalan que enfocar la acción desde la voz pasiva retrasa la aparición de quien la lleva a cabo y altera, además, el orden cronológico del hecho contado (planteando así como “*algo* es hecho por *alguien*” en vez de “*alguien* hace *algo*”). Este procedimiento no solo contradice nuestra observación del mundo, sino que retarda nuestro procesamiento de la información.
2. Una redacción que personalice los verbos y vuelva representables los sustantivos. Las formas personales del verbo resultan más claras que los gerundios, los infinitivos y las formas impersonales con *se*. Tam-

4. O masculino *no marcado*, es decir, la forma masculina empleada, tal como se viene usando tradicionalmente, para referir a la especie en general y no solo al género masculino, en su sentido específico o marcado.

5. Lo analicé en el caso de la *Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, que puede leerse en «Desafíos de construir ciudadanía a través del lenguaje: lenguaje claro y lenguaje inclusivo. Análisis de la Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de la Argentina», *Hesperia. Anuario de Filología Hispánica*, XXIV-1, 5-27, 2021.

bién, como insiste Cassany⁶, resultan mucho más comprensibles y fáciles de representar mentalmente los sujetos sintácticos concretos que los sustantivos abstractos.

3. En general, en estilo conciso, sin palabras añadidas ni rodeos innecesarios o expresiones indirectas.

2. ES POSIBLE SER INCLUSIVO Y CLARO A LA VEZ

Esta falta de reflexión sobre el impacto de algunas recomendaciones de inclusión de género en la claridad quizás haya provocado que algunas personas piensen, como Bosque, que el lenguaje inclusivo y el Lenguaje Claro son incompatibles. No es así. Cualquier discurso profesional o académico, incluido el del derecho, puede seguir una estructura y un estilo que fomenten una lectura fluida y comuniquen de forma eficaz, a la vez que pongan en el centro a las personas destinatarias, tal como el Lenguaje Claro se propone. Hoy, en esta consideración, puede estar relevantemente incluida la consideración de la condición de género.

Y, en este sentido, sí existen varias opciones lingüísticas que pueden considerarse inclusivas en términos de género sin comprometer la claridad. Por ejemplo, mediante:

1. El empleo de sustantivos colectivos (esos que, en singular, dan cuenta de una pluralidad, como *personal* en lugar de *colaboradores*) y de sustantivos epícenos (aquellos que tienen una forma única y un solo género gramatical -femenino o masculino- para referirse de modo indistinto a individuos de uno u otro sexo: *la persona*, *la víctima*).
2. La omisión de artículos masculinos siempre que no aporten precisiones y las formas alternativas de redactar que puedan correr de la escena la cuestión de género cuando no resulta particularmente relevante en la comunicación puntual (así, “quienes viven solos” puede convertirse sin problemas en “quienes viven *en soledad/sin compañía*”, por poner un ejemplo sencillo).

6. Daniel Cassany, *La cocina de la escritura* (Anagrama), 1993.

3. La especificación de género, cuando, por el contrario, es relevante para esa comunicación concreta, y que se puede visibilizar sumándola a la mención del masculino (no ya genérico, entonces, sino específico) y no necesariamente en toda instancia, de forma sistemática, para evitar la recarga del discurso, pero sí en espacios estratégicos como los momentos de apelación a las personas destinatarias (encabezamientos, saludos, vocativos en general), como forma de cortesía y reconocimiento o cuando sea necesario explicitar la referencia. Y -n lo posible- evitando la priorización sistemática del masculino, cuya presencia inicial puede llevar a dudar respecto de si debería interpretarse como genérico o específico: puesto al final, solo puede ser específico.
4. Finalmente, en sintonía con otras recomendaciones del Lenguaje Claro y siempre tras una comunicación concisa y unívoca, se puede optar por personalizar los documentos cuando resulte viable, por ejemplo, en textos que prevén personas concretas (de esta forma, *el locador* puede convertirse directamente en un nombre y apellido definidos).

Esta lista no es exhaustiva y, en cualquier caso, la variante que sea adecuada resultará de evaluar cuál es su propósito de texto, quiénes son las personas a las que se dirige y cuáles son las convenciones que su género discursivo le impone. La tarea no es automática, pero sí posible. Como a todo discurso público destinado a la ciudadanía, al del derecho también puede pedírsele que se responsabilice por comunicar de forma clara e igualitaria, como dos formas equivalentes, complementarias, de la inclusión. Que sea, en pocas palabras, un ejemplo de este intento de compatibilizar la representación adecuada de las personas y la transmisión clara de mensajes.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

La Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Buenos Aires: Análisis Integral del Código Procesal Penal (Ley 11922).

Sistema, Principios,
Instituciones y Sujetos
Procesales.

Juan Pablo Iaccarino Taiana

La Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Buenos Aires: Análisis Integral del Código Procesal Penal (Ley 11922).

Sistema, Principios, Instituciones y Sujetos Procesales.

Por Juan Pablo Iaccarino Taiana¹

I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA (IPP)

La Investigación Penal Preparatoria (IPP) constituye la fase inicial y fundamental del proceso penal en la Provincia de Buenos Aires.

Su concepción y desarrollo están intrínsecamente ligados a la Ley 11.922, el Código Procesal Penal de la provincia, que marcó un hito en la evolución del sistema de justicia criminal².

Esta etapa no es meramente un preludio al juicio, sino un período crucial para la recopilación de elementos probatorios y la configuración de la hipótesis delictiva.

A. Definición y propósito de la IPP

La Investigación Penal Preparatoria se define por sus objetivos esenciales, detallados en el art. 266 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA)³.

1. Abogado, Universidad Católica de La Plata. Técnico Superior en Identificación Humana, organizada por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, de la Universidad Austral. Ayudante Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción nro. 9 del Departamento Judicial La Plata. Docente y expositor en diversos cursos del ámbito académico. Es autor de doctrina y columnas de opinión en publicaciones jurídicas.

2. El Código vigente se ubica dentro del proceso de reformas a los regímenes procesales de segunda generación que comenzaron a fines del siglo XX, y que reconoce su génesis en el Proyecto Maier, llevado adelante por el Consejo de Consolidación de la Democracia, una vez recuperada la vida institucional, el 10 de diciembre de 1983 (Herbel, Gustavo A. – Schiavo, Nicolás, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 2025, t. I, p. 31. Cfr. Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, 2ª ed., Editores del Puerto, Bs. As., 1996, t. I, ps. 427 y ss.).

3. Torres, Sergio – Basílico, Ricardo A. (dirs.), Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Hammurabi, Bs.

Estos propósitos abarcan una indagación exhaustiva y multifacética de los hechos que se presumen delictivos.

En primer lugar, la IPP busca verificar la existencia de un acto criminal, lo que implica llevar a cabo todas las diligencias necesarias para descubrir la verdad material sobre si se ha cometido un delito. Esta fase inicial es vital para establecer la base fáctica de cualquier acusación posterior⁴.

En segundo lugar, la investigación se orienta a establecer las circunstancias que califican, agravan, atenúan, justifican o inciden en la punibilidad del hecho. Esto asegura una comprensión matizada del evento, permitiendo una clasificación legal precisa y una consideración adecuada de las posibles consecuencias penales. Un tercer objetivo primordial es la identificación de los autores y partícipes del acto investigado, un paso indispensable para la atribución de responsabilidad penal.

Además, la IPP se adentra en la verificación del perfil del imputado, incluyendo su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia, antecedentes, estado y desarrollo de sus facultades mentales, las circunstancias en las que actuó y los motivos que pudieron haberlo impulsado a cometer el delito. Esta recopilación exhaustiva de información personal es fundamental para evaluar su peligrosidad y para informar decisiones legales posteriores, como la imposición de medidas de coerción o la determinación de la pena. La inclusión explícita de factores como la “edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado” dentro de los objetivos de la IPP es particularmente reveladora. Si el único propósito fuera determinar la culpabilidad, tales detalles podrían parecer secundarios. Sin embargo, su presencia indica una finalidad más profunda: proporcionar una comprensión integral del individuo y su contexto. Esta información es crucial para los jueces al considerar medidas alternativas, la imposición de penas, o incluso el tratamiento post-condena. Esta aproximación trasciende la mera clasificación legal del acto y se adentra en las dimensiones sociales y personales, influyendo en el resultado general de la justicia.

As., 2022, t. II, ps. 49 y ss.

4. La finalidad principal de esta etapa del proceso penal es la de “tratar de comprobar los elementos fundamentales como para posibilitar –mediante el descubrimiento de la verdad–, ya sea concretar un requerimiento fiscal de elevación a juicio, ya sea solicitar un sobreseimiento, en razón de resulta indudable alguno de los supuestos del art. 323, sin perjuicio de que, eventualmente, se proceda al archivo de las actuaciones, conforme lo dispone el cuarto párrafo del art. 268” (Hortel, Eduardo C., Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922, 9ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 374).

Finalmente, la IPP tiene como fin comprobar, a los efectos penales, la extensión del daño causado por el delito. Este aspecto conecta el acto criminal con sus consecuencias materiales, siendo relevante tanto para eventuales reparaciones civiles como para la dosificación de la pena. En conjunto, estos objetivos demuestran que la IPP está diseñada no solo como una fase preliminar de descubrimiento de hechos, sino como una etapa de investigación integral que busca una justicia individualizada y considera las implicaciones sociales más amplias del delito, trascendiendo un enfoque puramente punitivo.

B. Marco legal: Ley 11.922 y sus modificatorias

El marco legal primordial que rige la IPP en la Provincia de Buenos Aires es la Ley 11.922, conocida formalmente como el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Esta ley fundamental fue sancionada el 18 de diciembre de 1996 y promulgada el 23 de enero de 1997, marcando un punto de inflexión en la historia de la justicia penal bonaerense.

Desde su promulgación, la Ley 11.922 ha sido objeto de numerosas modificaciones, lo que refleja un proceso continuo de adaptación y perfeccionamiento legislativo. Entre las leyes modificatorias más relevantes se encuentran la Ley 12.059, la Ley 13.183, la Ley 13.943, la Ley 14.543, la Ley 14.442, y la Ley 13.812, entre otras. La magnitud de estas modificaciones, con 42 normas que complementan o alteran la ley original, subraya la naturaleza dinámica y evolutiva del panorama jurídico.

La extensa y constante modificación de la Ley 11.922 desde su origen no es simplemente un indicio de actividad legislativa; es una señal de que la implementación inicial del sistema acusatorio fue un proceso complejo y de carácter iterativo. Los ajustes frecuentes sugieren que el código original, aunque revolucionario en su momento, requirió una calibración constante para abordar desafíos prácticos imprevistos, adaptarse a las demandas sociales cambiantes, incorporar nuevas doctrinas legales y corregir ineficiencias o consecuencias no deseadas. Esta realidad pone de manifiesto la naturaleza adaptable, más que estática, de la reforma legal en respuesta a las complejidades inherentes a la administración de justicia penal. Una ley que ha sido modificada cuarenta y dos veces en unas pocas décadas es un claro indicador de un marco legal vivo y en evolución. Esto no se trata solo de pequeños ajustes; sugiere que el cambio inicial a un sistema acusatorio, aunque una decisión política importante, no fue una solución definitiva. Es probable que cada modificación refleje

una respuesta legislativa a problemas específicos identificados en la práctica, como vacíos legales, cuestiones sociales no abordadas (como los delitos conexos a la trata de personas), ineficiencias o interpretaciones judiciales que requerían clarificación legislativa. Este proceso de revisión constante implica que el sistema se encuentra en un estado de ajuste perpetuo, buscando un equilibrio óptimo entre la eficiencia, la seguridad pública y la protección de los derechos, a menudo bajo la presión de las realidades y la retroalimentación de los operadores judiciales.

C. Evolución del sistema procesal penal en Buenos Aires: del inquisitivo al acusatorio

La Ley 11.922 representó un cambio de paradigma fundamental en la Provincia de Buenos Aires, marcando la transición del tradicional sistema inquisitivo, encarnado por el antiguo Código Jofré (Ley 3589), a un modelo acusatorio moderno⁵. Esta transformación se concretó en 1998. El sistema inquisitivo previo se caracterizaba por su énfasis en la defensa social, una fuerte dependencia de los expedientes escritos y una falta de inmediatez en los procedimientos judiciales, donde el mismo juez instruía la causa y luego dictaba sentencia⁶. El nuevo código buscó desformalizar la IPP e introducir principios de oralidad y debate adversarial⁷.

El sistema acusatorio, tal como fue concebido, promueve la celeridad, la eficiencia, la transparencia y la participación ciudadana en el proceso penal. Redefine fundamentalmente los roles, asignando a los fiscales la dirección de las investigaciones y la promoción de la acción judicial, mientras que los jueces se centran, principalmente, en controlar el cumplimiento de las garantías constitucionales.

A pesar de esta ambiciosa reforma legislativa, la transición no ha estado exenta de desafíos. La doctrina y la crítica señalan la persistencia de ciertas prácticas inquisitivas, como la “oralización del expediente” durante las audiencias, donde los registros escritos de la IPP son simplemente leídos en voz alta en lugar de fomentar un debate oral genuino. Además, los jueces a menudo retienen un conocimiento previo de las investigaciones, lo que puede socavar la imparcialidad que es central en el modelo acusatorio.

5. Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, 2ª ed., Editores del Puerto, Bs. As., 1996, t. I, ps. 412 y ss.

6. Borinsky, Mariano H. – Catalano, Mariana I., Sistema Acusatorio, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 29 y ss.

7. Hortel, Eduardo C., Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: ley 11.922, 9ª ed., Editorial Universidad, 2003.

La lucha continua por implementar plenamente el modelo acusatorio, particularmente evidenciada en la persistencia de la “oralización del expediente” y el conocimiento previo de las investigaciones por parte de los jueces, revela un problema más profundo de inercia institucional y resistencia cultural dentro del sistema judicial. Esto indica que las reformas legales por sí solas son insuficientes para transformar prácticas profundamente arraigadas; se requiere un cambio cultural profundo, junto con una inversión significativa en capacitación, reestructuración administrativa y apoyo tecnológico, para materializar completamente los principios de oralidad, inmediatez e imparcialidad judicial inherentes al sistema acusatorio. El hecho de que, años después del cambio formal a un sistema acusatorio, persistan prácticas como la “oralización del expediente” y el conocimiento previo de las investigaciones por parte de los jueces, es una observación crítica. Esto sugiere que la reforma fue principalmente *de jure* (en el papel) pero enfrentó desafíos significativos para convertirse en *de facto* (en la práctica). La cultura inquisitiva profundamente arraigada, donde el registro escrito tenía una importancia suprema y los jueces participaban activamente en la investigación, es difícil de dismantelar. Esto implica que una reforma efectiva requiere no solo nuevas leyes, sino también una estrategia integral que aborde la capacitación judicial, las estructuras de apoyo administrativo (como las oficinas judiciales), y un cambio cultural entre todos los operadores legales para abrazar verdaderamente los principios adversariales de separación de roles, imparcialidad y debate oral directo. La brecha entre el texto legal y la realidad práctica es un desafío clave para el sistema bonaerense.

2. PRINCIPIOS Y VALORES JURÍDICOS FUNDAMENTALES DE LA IPP

La IPP en la Provincia de Buenos Aires se asienta sobre un entramado de principios y valores jurídicos que garantizan la protección de los derechos individuales y la legitimidad del proceso. Estos principios, de raigambre constitucional y convencional, son la columna vertebral del sistema acusatorio.

A. Principios Constitucionales y Convencionales

La IPP en la Provincia de Buenos Aires se encuentra sólidamente cimentada en un robusto marco de garantías fundamentales, las cuales emanan de la Constitución Provincial, la Constitución Nacional (especialmente su art. 18), y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 7, 8, 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos (art. 14). Estos principios operan como salvaguardas primordiales a lo largo de todo el procedimiento penal⁸.

Entre los principios clave se destacan⁹:

- **Juez natural:** Este principio asegura que ninguna persona puede ser juzgada por jueces distintos a los designados conforme a la Constitución Provincial y las leyes reglamentarias que establecen su competencia, prohibiendo explícitamente la creación de jueces o comisiones especiales. Su finalidad es salvaguardar la independencia e imparcialidad del juzgador.
- **Juicio previo:** Nadie puede ser penado sin un juicio previo, el cual debe estar fundado en una ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones del Código.
- **Principio de inocencia:** Piedra angular del debido proceso, este principio establece que ninguna persona será considerada culpable mientras una sentencia firme no la declare tal. En consecuencia, el imputado no tiene la obligación de probar su inocencia, recayendo esta carga en el Ministerio Público Fiscal. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no deben contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen este estado jurídico de inocencia.

Non bis in ídem (persecución única): Esta garantía prohíbe que una persona sea perseguida penalmente o condenada más de una vez por el mismo hecho, asegurando la firmeza jurídica y evitando la doble persecución.¹

- **Inviolabilidad de la defensa:** La defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento es inviolable, pudiendo ser ejercida directamente por el imputa-

8. “La impronta garantizadora, de suyo ligada al ordenamiento constitucional de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, y constitucionalizado por los tratados, se hace manifiesta en el presente código...” (Bertolino, Pedro J., Código Procesal Penal provincia de Buenos Aires, 10 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, p. 5). En igual sentido lo destaca Eduardo Hortel, al señalar que el Código provincial comienza su articulado destacando las garantías: “Una de las características de los llamados códigos modernos es la de comenzar con la enumeración de principios que se consideran fundamentales, dentro del régimen penal del Estado de derecho” (Hortel, Eduardo C., Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922, 9ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 25).

9. Torres, Sergio – Basílico, Ricardo A. (dirs.), Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Bs. As., Hammurabi, 2022, t. I, ps. 41 y ss. Bertolino, Pedro J. – Silvestrini, Alberto J., Proceso y Procedimientos Penales en la provincia de Buenos Aires, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 2015, cap. I. Cfr. Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, 2ª ed., Editores del Puerto, Bs. As., 1996, t. I, ps. 469 y ss.

do o por su defensor. Este derecho se extiende a todas las etapas del proceso, incluyendo la ejecución de la sentencia.¹

- **Favor rei (in dubio pro imputado):** En caso de duda, la decisión siempre deberá ser la más favorable al imputado. Asimismo, la inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.
- **Derecho a no autoincriminarse:** Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y el ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad. Cualquier admisión o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado.
- **Legalidad de la prueba:** Los elementos de prueba solo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y el Código.
- **Motivación de las decisiones:** Todas las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen, impidiendo la arbitrariedad en las resoluciones.
- **Derecho a recurrir:** Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal impuesta ante otro juez o tribunal con facultades amplias para su revisión.
- **Solución de conflictos:** Los jueces y los representantes del Ministerio Público deben procurar resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, priorizando soluciones que restablezcan la armonía entre sus protagonistas y la paz social.

La enumeración explícita y detallada de estos principios constitucionales y convencionales al inicio mismo del Código representa un compromiso deliberado y firme con el establecimiento de un sistema de justicia penal basado en los derechos. Este énfasis asegura que la IPP, a pesar de su naturaleza investigativa, opere dentro de límites estrictos diseñados para salvaguardar las libertades individuales desde el momento inicial de la acusación, marcando una clara diferencia con los modelos puramente punitivos o inquisitivos. La ubicación de estas garantías fundamentales en los títulos iniciales del Código no es una mera formalidad; es una declaración

fundacional de intenciones. Significa que cada norma procesal subsiguiente, incluidas las que rigen la IPP, debe interpretarse y aplicarse a la luz de estos principios generales. Por ejemplo, el “principio de inocencia” dicta que la carga de la prueba recae exclusivamente en la acusación, y el imputado no está obligado a probar su inocencia. Esto impacta directamente cómo se recopila y evalúa la prueba durante la IPP, asegurando que las acciones investigativas no prejuzguen prematuramente el estado del imputado. Este fuerte énfasis en los derechos desde el principio es un sello distintivo de un procedimiento penal democrático moderno, diseñado para prevenir el exceso de poder estatal y garantizar la equidad.

B. Principio de plazo razonable y diligencia debida.

Un pilar fundamental del debido proceso es el principio del “plazo razonable”, que consagra el derecho de toda persona sometida a un proceso penal a ser juzgada en un tiempo prudencial y sin dilaciones indebidas. El retardo reiterado en el dictado de sentencias o resoluciones, o las dilaciones injustificadas, son explícitamente consideradas falta grave para los magistrados¹⁰.

Específicamente para la IPP, el Código de la Provincia de Buenos Aires (arts. 282 y 283) establece una duración máxima inicial de cuatro (4) meses, contados desde la detención o la declaración del imputado. Si este período resulta insuficiente, el fiscal puede solicitar una prórroga motivada y fundada por dos (2) meses adicionales, con conocimiento del Juez de Garantías. En casos excepcionales, justificados por la gravedad o complejidad de la investigación, la prórroga puede extenderse hasta un total de seis (6) meses¹¹.

Un aspecto crucial es que, si el fiscal no logra concluir la IPP dentro de los plazos estipulados, el Juez de Garantías está facultado para solicitar al Fiscal General la sustitución del fiscal incumplidor. El nuevo fiscal designado deberá entonces completar la etapa preparatoria en un plazo improrrogable de dos (2) meses. El propósito subyacente al concepto de “plazo razonable” es evitar que los imputados permanezcan bajo acusación por períodos excesivamente prolongados, lo que puede tener un

10. Hortel, Eduardo C., Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922, 9ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 32-33. Herbel, Gustavo A. – Schiavo, Nicolás, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 2025, t. I, ps. 128-129.

11. Torres, Sergio – Basílico, Ricardo A. (dirs.), Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Bs. As., Hammurabi, 2022, t. I, ps. 64 y ss.

impacto severo en su dignidad y sus derechos.

Mientras que el principio del “plazo razonable” es una garantía fundamental, las detalladas disposiciones legislativas para las prórrogas y el mecanismo expreso para la sustitución de un fiscal que no cumple los plazos revelan una tensión inherente entre el ideal aspiracional de la celeridad y las complejidades prácticas de las investigaciones penales. Este enfoque legislativo indica el reconocimiento de que las dilaciones indebidas son un problema sistémico que requiere mecanismos de aplicación concretos, aunque administrativamente onerosos, para asegurar la rendición de cuentas y salvaguardar el derecho constitucional a una resolución oportuna. La especificidad del Código en cuanto a la duración de la IPP (4 meses, con prórrogas) y la consecuencia del reemplazo fiscal es un intento legislativo directo de operacionalizar el principio abstracto del “plazo razonable”.

La existencia misma de estas reglas detalladas, sin embargo, implica que las demoras son un desafío conocido y persistente dentro del sistema. El mecanismo de reemplazo de un fiscal es una medida punitiva fuerte contra la ineficiencia, lo que subraya la seriedad con la que el legislador considera las investigaciones prolongadas. Esta dinámica sugiere un acto de equilibrio continuo entre la exhaustividad requerida para casos complejos y el imperativo de proporcionar una resolución rápida al imputado, lo que indica que, si bien el marco legal está en su lugar, su aplicación efectiva y consistente sigue siendo un desafío de gestión y práctico.

C. Principio de restrictividad en la interpretación de normas coercitivas

Un principio interpretativo vital, arraigado en el Código, establece que toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de una persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por el Código, o establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, debe ser interpretada restrictivamente. Este principio prohíbe explícitamente la interpretación extensiva y la analogía para tales normas¹².

12. Falcone, Roberto A.-Madina, Marcelo A., *El Proceso Penal en la provincia Buenos Aires*, 3° ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, ps. 263 y ss. “La impronta garantizadora, de suyo ligada al ordenamiento constitucional de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, y constitucionalizado por los tratados, se hace manifiesta en el presente código...” (Bertolino, Pedro J., *Código Procesal Penal provincia de Buenos Aires*, 10° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, p. 322).

Este principio constituye una salvaguarda crucial contra el posible exceso o abuso del poder estatal, siendo particularmente relevante en un sistema acusatorio donde el Ministerio Público Fiscal dirige la investigación¹³. Al exigir una interpretación restrictiva de las normas coercitivas o limitativas de derechos, el Código asegura que cualquier medida que afecte las libertades fundamentales se aplique de manera mínima y solo cuando esté estrictamente justificada por la letra de la ley, reforzando así un enfoque *pro homine* en el procedimiento penal. La prohibición explícita de la “interpretación extensiva y la analogía” para las normas que afectan la libertad o los derechos es una barrera legal directa contra la aplicación arbitraria del poder. En un sistema donde la IPP es impulsada por la acusación, este principio es esencial para evitar la expansión de la autoridad estatal más allá de sus límites legales claramente definidos. Refuerza la idea de que la libertad individual es la regla, y su restricción es la excepción, la cual debe interpretarse de manera estricta. Este es un elemento crítico para mantener el equilibrio de poder inherente al modelo acusatorio y proteger a los ciudadanos de posibles abusos durante la fase de investigación.

D. Principios rectores de la IPP electrónica

La reciente implementación de la IPP Electrónica en la Provincia de Buenos Aires se rige por principios específicos diseñados para asegurar su validez legal y su integridad operativa en el entorno digital.

Principio de equivalencia funcional: Este principio establece que los actos procesales incorporados a la IPP Electrónica producirán los mismos efectos legales que si hubieran sido ejecutados e incorporados en una investigación penal preparatoria en soporte papel, siempre que se cumplan todos los requisitos legales y reglamentarios vigentes en la materia.¹² Esto garantiza la seguridad jurídica en la transición digital.

Principio de buena fe: Todos los individuos y entidades involucradas en la IPP Electrónica, incluyendo los integrantes de los organismos judiciales, las partes y sus letrados, están obligados a actuar de buena fe durante la tramitación de la inves-

13. Los fiscales desempeñan una función esencial, en tanto está a su cargo la tarea de investigar los hechos, estableciendo hipótesis explicativas de los mismos que sean la base de la acusación (carga de alegación), reunir las evidencias pertinentes y relevantes para poder formular una acusación (carga de producción), y finalmente tener la capacidad de sustentar la acreditación del hecho a nivel requerido por el estándar probatorio como para condenar (carga de persuasión; Herbel, Gustavo A. – Schiavo, Nicolás, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Bs. As., 2025, t. I, p. 292).

tigación. Este principio es fundamental para fomentar la confianza y asegurar una conducta ética en el ámbito digital.

La adopción formal de estos principios para la IPP Electrónica denota un esfuerzo estratégico de modernización que va más allá de la mera digitalización. Su propósito es asegurar que la transición a procesos electrónicos mantenga la validez legal y la integridad fundamental, al tiempo que fomenta la confianza y la conducta ética entre todos los participantes. Esto es crucial para el funcionamiento eficiente y legítimo de un sistema de justicia digital, abordando posibles preocupaciones sobre la autenticidad y fiabilidad de los registros electrónicos. La “equivalencia funcional” es un principio legal pragmático que permite la innovación tecnológica sin socavar los efectos legales fundamentales de los actos procesales. Sin ella, cada acto digital sería legalmente cuestionable. El principio de “buena fe”, si bien es un concepto legal general, cobra una importancia renovada en un entorno digital donde la interacción humana directa podría reducirse. Sirve como una brújula moral y ética, asegurando que la conveniencia de los procesos digitales no conduzca a una desatención de la honestidad o la equidad procesal. Juntos, estos principios buscan generar confianza en el sistema electrónico, asegurando que sea percibido como una evolución legítima y confiable de la administración de justicia.

Tabla 1: Principios Fundamentales de la IPP y su Fundamento Legal

Principio Fundamental	Descripción Breve	Fundamento Legal (Ley 11922 y otros)
Juez Natural	Prohíbe juzgar a una persona por jueces no designados o comisiones especiales.	Art. 1, 7 CPPBA; Constitución Provincial ¹
Juicio Previo	Nadie puede ser penado sin un juicio anterior basado en ley y conforme al Código.	Art. 1 CPPBA ¹
Principio de Inocencia	Se considera inocente hasta que una sentencia firme declare culpabilidad.	Art. 1, 4 CPPBA; Art. 8.2 CADH; Art. 14.2 PIDCP ¹

Non Bis in Ídem	Prohíbe la persecución o condena penal más de una vez por el mismo hecho.	Art. 1, 5 CPPBA ¹
Inviolabilidad de la Defensa	Garantiza la defensa de personas y derechos en todo el procedimiento.	Art. 1, 6 CPPBA; Art. 8.2 CADH; Art. 18 CN ¹
Favor Rei (In dubio pro imputado)	En caso de duda, se decide lo más favorable al imputado.	Art. 1, 11 CPPBA ¹
Derecho a no Autoincriminarse	Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.	Art. 4 CPPBA ²²
Legalidad de la Prueba	La prueba solo tiene valor si es obtenida conforme a la Constitución y el Código.	Art. 10 CPPBA ²²
Motivación de las Decisiones	Las decisiones judiciales deben expresar fundamentos de hecho y derecho.	Art. 20 CPPBA ²²
Derecho a Recurrir	Toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal impuesta.	Art. 21 CPPBA ²²
Solución de Conflictos	Impulsa la resolución de conflictos para restablecer la armonía y paz social.	Art. 22 CPPBA ²²
Plazo Razonable	Derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas.	Art. 2, 18 CPPBA; Art. 7, 8 CADH ¹
Restrictividad Interpretativa	Normas que coartan libertad o restringen derechos deben interpretarse restrictivamente.	Art. 3, 14 CPPBA ¹
Equivalencia Funcional (IPP Electrónica)	Actos electrónicos producen mismos efectos que en papel si cumplen requisitos.	Art. 1 Res. PG. N° 1111/21 ¹²
Buena Fe (IPP Electrónica)	Actuación de buena fe de todos los intervinientes en la IPP Electrónica.	Art. 1 Res. PG. N° 1111/21 ¹²

3. PRINCIPALES INSTITUCIONES Y ÓRGANOS INTERVINIENTES EN LA IPP

La Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Buenos Aires es un proceso que involucra la coordinación y actuación de diversas instituciones y órganos judiciales, cada uno con roles y competencias específicas que buscan asegurar la legalidad y la eficiencia del procedimiento.

A. El Ministerio Público Fiscal (MPF): naturaleza, objetivos y funciones

El Ministerio Público Fiscal (MPF) es una institución central en el sistema penal bonaerense, conformada por Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces, bajo la dirección del Procurador General. Su naturaleza lo define como parte integrante del Poder Judicial, gozando de autonomía e independencia para el cumplimiento de sus funciones, y su organización es jerárquica, regida por los principios de unidad, flexibilidad y descentralización¹⁴.

Los objetivos y funciones del MPF en la IPP son amplios y determinantes:

Promoción y ejercicio de la acción penal pública: El MPF es el titular exclusivo de la acción penal pública, cuyo ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni cesar, salvo en los casos expresamente previstos por la ley. Esta función es la base de su rol acusatorio.

- **Dirección de la Investigación Penal Preparatoria:** El fiscal dirige la policía en función judicial y practica la investigación penal preparatoria. Debe proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos cometidos en su circunscripción judicial.
- **Recepción de denuncias:** Es el encargado de recibir las denuncias que se presenten, impulsando las investigaciones a partir de ellas.
- **Intervención en el juicio:** Participa como parte acusatoria en los jui-

14. “La impronta garantizadora, de suyo ligada al ordenamiento constitucional de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, y constitucionalizado por los tratados, se hace manifiesta en el presente código...” (Bertolino, Pedro J., Código Procesal Penal provincia de Buenos Aires, 10° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, p. 155). Véase también Borinsky, Mariano H. – Catalano, Mariana I., Sistema Acusatorio, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 99 y ss.

cios que se derivan de las investigaciones.

- **Facultades de decisión y recurso:** Decide sobre la intervención de la Policía Judicial y tiene la facultad de interponer recursos legales. Puede archivar las actuaciones si considera que no hay prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría, comunicando esto al Juez de Garantías y notificando a la víctima.
- **Organización interna:** Las Fiscalías de Cámara departamentales se organizan en unidades funcionales de instrucción y juicio (UFIJ), un cuerpo de funcionarios letrados auxiliares y una Secretaría General, y establecen un sistema objetivo para la asignación de causas.

B. El Juez de Garantías: rol y competencias

El Juez de Garantías es una figura central en el sistema acusatorio, cuya función principal es el control de la legalidad de la investigación y la salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes, en contraposición a la conducción directa de la investigación¹⁵.

Sus competencias clave incluyen:

Control de cuestiones procesales: Conoce de las cuestiones derivadas de las presentaciones de las partes civiles, el particular damnificado y la víctima.

Medidas de coerción: Es el órgano competente para imponer o hacer cesar las medidas de coerción personal o real, exceptuando la citación.

Prueba anticipada y nulidades: Interviene en la realización de actos o procedimientos que tengan por finalidad el adelanto extraordinario de prueba y resuelve las peticiones de nulidad.⁶ También ordena los actos irreproducibles y definitivos de investigación.

15. Hortel, Eduardo C., Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922, 9ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 52 y ss. Bertolino, Pedro J. – Silvestrini, Alberto J., Proceso y Procedimientos Penales en la provincia de Buenos Aires, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 2015, cap. III. Torres, Sergio – Basílico, Ricardo A. (dirs.), Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Bs. As., Hammurabi, 2022, t. I, ps. 152 y ss.

Control de la declaración del imputado: Controla la legalidad y regularidad de la declaración del imputado ante el fiscal, cuando aquel así lo solicite.

Control de plazos: Ejerce el control del cumplimiento de los plazos de la investigación penal preparatoria.

Resolución de oposiciones: Resuelve la oposición a la elevación a juicio, la solicitud de cambio de calificación legal (siempre que esté en juego la libertad del imputado), o las excepciones que se plantearen.

Libertad por falta de mérito: Puede decretar la libertad del procesado sin oír al fiscal si no encuentra mérito para continuar la detención.

C. La Policía en función judicial: atribuciones y colaboración con el MPF

Las Policías de la Provincia de Buenos Aires son instituciones civiles armadas, jerarquizadas y de carácter profesional. Actúan como auxiliares de la justicia y colaboran estrechamente con el Ministerio Público Fiscal en la investigación de los delitos.

Sus atribuciones en la IPP incluyen:

Recepción de denuncias: Son competentes para recibir denuncias.

Preservación de la escena: Cuidan que los rastros materiales del delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta la llegada del Ministerio Público Fiscal.

Diligencias urgentes: Pueden disponer que ninguna persona se aparte del lugar del hecho, hacer constar el estado de personas y cosas mediante inspecciones y exámenes técnicos, y realizar allanamientos y requisas urgentes, con aviso inmediato al juez y al fiscal.

Interrogatorio de testigos: Tienen la facultad de interrogar a los testigos, a quienes se les tomará juramento.

Aprehensión y comunicación: Pueden aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas autorizadas por el código y disponer su incomunicación por un tér-

mino máximo de doce (12) horas sin orden judicial, con inmediato aviso al Juez de Garantías y al fiscal. También pueden requerir indicaciones al imputado en el lugar del hecho para la prosecución inmediata de la investigación, información que no debe ser documentada ni usada como prueba en el debate.

Información de derechos: Deben informar al presunto imputado y a la víctima sobre sus derechos constitucionales.

Investigación de delitos de acción pública: Investigan los delitos de acción pública, impiden sus consecuencias ulteriores, individualizan culpables y reúnen pruebas.

Existe una potencial desconexión en la cadena de mando y la rendición de cuentas dentro de la fase de investigación. La estructura formal establece que el Ministerio Público Fiscal es el organismo encargado de promover y ejercer la acción penal pública, dirigir a la policía en función judicial y liderar la IPP. Esto sugiere un control jerárquico claro sobre la investigación.

Sin embargo, los funcionarios policiales poseen importantes facultades investigativas iniciales, tales como recibir denuncias, preservar pruebas, interrogar testigos bajo juramento e incluso aprehender sospechosos y ordenar detenciones incomunicadas de corta duración sin orden judicial previa. Además, un análisis crítico señala que el Ministerio Público Fiscal "no tiene ningún tipo de incidencia sobre el personal afectado a las investigaciones, ya que las sanciones e incentivos sólo pueden ser impartidos por la fuerza policial", lo que lleva a que "el fiscal o ayudante fiscal que dirige la investigación no tiene incidencia laboral directa sobre los efectivos policiales, es común que los policías de investigación no cumplan los requerimientos fiscales; logrando así que se investigue lo que la policía quiere investigar".

Esta situación genera una "brecha" significativa en el sistema acusatorio. Aunque el Ministerio Público Fiscal está formalmente "a cargo", la realidad práctica de la autonomía policial y la falta de control fiscal directo sobre el personal policial implican que el brazo investigativo (la policía) podría no siempre alinearse perfectamente con las directrices o prioridades del brazo acusador (el fiscal). Esto puede conducir a una menor eficiencia o estrategia en las investigaciones si la policía no cumple plenamente las instrucciones fiscales, o a desafíos en la legalidad de las pruebas si las acciones policiales carecen de una supervisión adecuada, lo que podría resultar en nulidades. En última instancia, esto debilita el principio acusatorio central de sepa-

ración de la investigación del juicio, ya que la influencia policial podría desvirtuar la dirección de la investigación y afectar la igualdad de armas.

D. Otros órganos judiciales relevantes

Además del MPF, el Juez de Garantías y la Policía, otros órganos judiciales desempeñan funciones esenciales en el proceso penal:

- **Cámara de Apelación y Garantías:** Conoce de los recursos de apelación, las cuestiones de competencia entre juzgados y tribunales criminales del mismo Departamento Judicial, y otras incidencias o impugnaciones contra resoluciones judiciales. Se integra con uno o tres jueces, según el caso.
- **Tribunales en lo Criminal:** Conocen de los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro órgano judicial. Se integran con uno o tres jueces, dependiendo de la pena máxima del delito o si la defensa solicita integración colegiada.
- **Tribunal de Casación Penal:** Es el órgano de alzada que conoce de los recursos de casación contra sentencias de juicio oral, abreviado y directísimo en materia criminal, así como de las acciones de revisión de sentencias condenatorias y cuestiones de competencia.
- **Suprema Corte de Justicia:** Ejerce la administración de justicia en la provincia, mediante los recursos extraordinarios previstos en la Carta Magna provincial (art. 161 y ss., y atinentes del Código Procesal Penal), y tiene la facultad de emitir las normas prácticas necesarias para la aplicación del Código Procesal Penal.

4. SUJETOS PROCESALES Y SUS ROLES EN LA IPP

El proceso penal es un entramado de interacciones entre diversos sujetos, cada uno con un rol, derechos y obligaciones específicos que garantizan el equilibrio y la legitimidad del procedimiento.

A. El Imputado: derechos y obligaciones

El imputado es toda persona que, en cualquier acto o procedimiento, es señalada o detenida como autor o partícipe de un delito. Los derechos que el Código le otorga pueden ser ejercidos desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra.

Entre sus **derechos fundamentales** se destacan:

- **Información detallada de los cargos:** Debe ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y de forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan.
- **Defensa técnica:** Tiene derecho a ser defendido por abogados de su elección o por el Defensor Oficial. Este derecho es inviolable a lo largo de todo el procedimiento.
- **Derecho a guardar silencio y no autoincriminarse:** no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. No se le requerirá juramento ni se ejercerá coacción alguna para obligarlo a declarar contra su voluntad. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como admisión de hechos o indicio de culpabilidad.
- **Presencia del defensor:** A la declaración del imputado solo podrá asistir su defensor, y ningún interrogatorio será tomado en consideración si el abogado defensor no pudo asesorarle previamente.
- **Plazo razonable:** Posee el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas.
- **Presunción de inocencia:** No es considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal.
- **Favor rei:** En caso de duda, siempre se estará a lo que sea más favorable al imputado.
- **Proponer diligencias:** Las partes pueden proponer diligencias de in-

vestigación, que el Ministerio Público Fiscal practicará si las considera pertinentes y útiles.

- **Asistencia a actos irreproducibles:** Tiene derecho a asistir a registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones que sean definitivos e irreproducibles.
- **Solicitar sobreseimiento:** El imputado y su defensor pueden solicitar al Juez de Garantías el sobreseimiento total o parcial en cualquier estado de la IPP.
- **Alternativas a la prisión preventiva:** En casos específicos (mayores de 70 años, enfermedad incurable terminal, mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años), se pueden disponer alternativas a la prisión preventiva, siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pueda evitarse razonablemente (ej. obligación de someterse a cuidado, presentación periódica, prohibición de salir de un ámbito territorial, caución patrimonial, promesa jurada).

Sus **obligaciones** incluyen:

Identificarse y denunciar su domicilio real (si está en libertad), el cual no podrá cambiar sin previa comunicación.

Comparecer a cualquier llamado o citación judicial. La incomparecencia injustificada puede llevar a ser declarado “rebelde”.

B. El Defensor: rol, derechos y obligaciones

El defensor es el garante de la inviolabilidad del derecho de defensa, brindando asistencia técnica al imputado.

Entre sus **derechos** se encuentran:

- **Elección y nombramiento:** El imputado tiene el derecho a elegir su defensor; en su defecto, se designará un Defensor Oficial.

- **Examen de autos:** Tiene derecho a examinar los autos antes de aceptar el cargo.
- **Asesoramiento al Imputado:** Es fundamental su rol en asesorar al imputado sobre la conveniencia de declarar y el significado de sus manifestaciones.
- **Proponer diligencias y preguntas:** Puede proponer diligencias de investigación y, una vez concluida la declaración del imputado, sugerir la formulación de preguntas al fiscal.
- **Asistencia a actos de investigación:** Tiene derecho a asistir a registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones, especialmente si son definitivos e irreproducibles.
- **Solicitar sobreseimiento:** Puede solicitar el sobreseimiento total o parcial en cualquier estado de la IPP.
- **Oponerse a la Requisitoria Fiscal:** Puede oponerse a la requisitoria fiscal de elevación a juicio, instando al sobreseimiento o al cambio de calificación legal.
- Sus **obligaciones** incluyen:
 - **Obligatoriedad del cargo:** El cargo de defensor es obligatorio una vez aceptado, salvo excusación atendible, y no puede abandonar la defensa.
 - **Asistencia a la declaración del imputado:** La declaración del imputado requiere la previa notificación al defensor bajo sanción de nulidad.
 - **Conducta en actos de instrucción:** No puede intervenir durante la declaración para dar indicaciones al declarante, ni hacer signos de aprobación o desaprobación en los actos de instrucción, ni usar la palabra sin autorización expresa del fiscal.

C. La Víctima y el Particular Damnificado: derechos y participación

La víctima es toda persona que ha sufrido lesión, sin distingos, por causa de un presunto delito. El particular damnificado es aquel que se constituye formalmente en el proceso para reclamar la reparación civil o participar en la acusación.

- Los **derechos y facultades** garantizados a la víctima son extensos y buscan asegurar su participación y protección:
- **Trato digno y respetuoso:** Derecho a recibir un trato digno y respetuoso.
- **Información sobre el proceso:** A obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, incluyendo el inicio del proceso, fechas de juicio, sentencias, elevación a juicio, sobreseimiento, audiencias de suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado.
- **Protección de intimidad y seguridad:** Salvaguarda de su intimidad y protección de su seguridad, la de sus familiares y testigos, especialmente en investigaciones de delincuencia organizada.
- **Reintegro de efectos y cese de estado antijurídico:** A requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado.
- **Revisión de decisiones fiscales:** A procurar la revisión, ante el Fiscal de Cámara Departamental, de la desestimación de la denuncia o el archivo. También puede solicitar la revisión del sobreseimiento o la aplicación de un criterio de oportunidad por parte del MPF, incluso si no se constituyó como particular damnificado.
- **Acceso a Programas de Asistencia:** Derecho a la aplicación de programas de asistencia a víctimas, especialmente en delitos de trata de personas.
- **Reclamo por demora o ineficiencia:** A reclamar por demora o ineficiencia en la investigación ante el superior inmediato del Agente Fiscal interviniente.

- **Aportar información y pruebas:** Puede examinar documentos y actuaciones, ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado, y aportar información y pruebas durante la investigación.
- **Patrocinio jurídico gratuito:** A recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite si sus circunstancias personales le impiden afrontar los gastos.
- **Constitución como Particular Damnificado:** Puede constituirse en particular damnificado y participar activamente en los distintos estadios del proceso, incluyendo la etapa de ejecución.

Se observa un equilibrio delicado entre la justicia centrada en la víctima y los derechos del imputado al debido proceso. El Código (Ley 11922 y sus modificatorias) ha ampliado significativamente el rol de la víctima, otorgándole amplios derechos a la información, participación, protección e incluso la capacidad de impugnar decisiones fiscales. Esto refleja una tendencia moderna hacia el empoderamiento de las víctimas y la garantía de su voz en el proceso penal.

Al mismo tiempo, el sistema se basa en principios fundamentales que protegen al imputado, como la presunción de inocencia, el *favor rei* y el derecho a una defensa sólida. Aunque no se establece explícitamente una contradicción en los textos, la creciente influencia de las víctimas, que a menudo tienen una fuerte carga emocional, podría, en algunas circunstancias, generar presiones que entren en conflicto con la aplicación objetiva de estos principios. Por ejemplo, un fuerte deseo de condena por parte de la víctima podría influir inadvertidamente en la percepción de culpabilidad antes de una sentencia firme, o sus demandas de información podrían afectar la confidencialidad de la investigación.

Esto crea un equilibrio delicado para el sistema de justicia. El objetivo es lograr una justicia restaurativa y la armonía social, lo que incluye reconocer el sufrimiento de las víctimas. Sin embargo, asegurar que el empoderamiento de las víctimas no socave inadvertidamente los derechos fundamentales del imputado al debido proceso es un desafío continuo. El sistema debe navegar esta tensión para evitar que el proceso se convierta en un mero instrumento de retribución de la víctima, al tiempo que mantiene el deber del Estado de proteger a todas las partes y garantizar un juicio

justo. La eficacia del Juez de Garantías en el control de la legalidad se vuelve aún más crítica en este contexto.

D. Otros sujetos

Además de los sujetos principales, el proceso penal involucra a otras figuras con roles específicos:

- **Actor Civil:** Puede actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño, y la responsabilidad civil del demandado.
- **Civilmente Demandado:** Es la parte demandada en la acción civil dentro del proceso penal.
- **Asegurador:** Puede intervenir en el proceso en caso de existir un contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil del imputado.
- **Asesores de Incapaces:** Forman parte del Ministerio Público y actúan con legitimación plena en defensa de los intereses de personas incapaces, incluyendo menores de edad. Su intervención es necesaria en procesos que puedan afectar los derechos o intereses de personas menores de edad.

Tabla 2: Sujetos Procesales Clave y sus Roles en la IPP

Sujeto Procesal	Rol Principal/Función(es)	Derechos/Obligaciones Clave	Fundamento Legal (Ley 11922 y otros)
-----------------	---------------------------	-----------------------------	--------------------------------------

Ministerio Público Fiscal (MPF)	Promover y ejercer la acción penal pública; dirigir la IPP y la policía judicial.	Exclusividad en acción pública; dirigir investigación; recibir denuncias; acusar en juicio.	Art. 6, 56 CPPBA; Ley 14442 ¹
Juez de Garantías	Controlar la legalidad de la investigación y garantizar derechos fundamentales.	Imponer/cesar coerción; resolver nulidades; controlar plazos IPP; autorizar actos irreproducibles.	Art. 23 CPPBA ¹
Imputado	Persona señalada o detenida como autor/partícipe de un delito.	Información de cargos; defensa técnica; derecho a silencio; plazo razonable; presunción de inocencia; solicitar sobreseimiento.	Art. 1, 4, 60 CPPBA ¹
Defensor	Asistencia técnica y garantía de los derechos del imputado.	Elegir defensor; examinar autos; asesorar al imputado; proponer diligencias; asistir a actos; solicitar sobreseimiento.	Art. 1, 89 CPPBA ¹
Víctima / Particular Damificado	Persona lesionada por el delito / Parte formalmente constituida en el proceso.	Trato digno; información del proceso; protección; revisión de decisiones fiscales; aportar pruebas; patrocinio jurídico.	Art. 6, 18, 77, 83 CPPBA ⁵
Policía	Auxiliar de la justicia; investigar delitos; reunir pruebas; preservar la escena.	Recibir denuncias; preservar rastros; realizar allanamientos urgentes; aprehender; informar derechos.	Art. 296 CPPBA ¹
Actor Civil	Reclamar reparación del daño causado por el delito.	Acreditar hecho delictuoso, daño y responsabilidad civil.	Art. 65 CPPBA ¹
Asesores de Incapaces	Defender los intereses de personas incapaces (incluidos menores).	Actuación con legitimación plena en defensa de incapaces.	Ley 14442 ¹¹

5. ESTRUCTURA Y FASES CLAVE DE LA IPP

La Investigación Penal Preparatoria se desarrolla a través de una secuencia de fases y actos procesales, cada uno con propósitos específicos y regulaciones temporales que buscan ordenar la investigación y garantizar los derechos de las partes.

A. Iniciación de la Investigación

La IPP puede iniciarse de diversas maneras: mediante una denuncia presentada por cualquier persona que tenga conocimiento de un delito de acción pública o que haya sido lesionada por él; por actuación de oficio del Ministerio Público Fiscal (MPF); o por iniciativa de la Policía. Si la investigación es iniciada por la Policía, esta tiene la obligación de comunicar inmediatamente al fiscal actuante, quien asumirá el control y dictará las instrucciones pertinentes. El fiscal, a su vez, tiene la facultad de archivar las actuaciones si considera que no hay prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría, debiendo informar de esta decisión al Juez de Garantías y notificar a la víctima.

Un aspecto fundamental en la fase de iniciación es la comunicación de datos al Registro Único de Antecedentes Penales de la Provincia (R.U.A.P.P.). En todos los casos en que se inicie una IPP y se haya individualizado fehacientemente al imputado, se deben comunicar al R.U.A.P.P. datos esenciales como el nombre, apellido, fotografía y otros elementos identificatorios del imputado; su estado de detención; la identificación del denunciante, víctima y damnificado; la fecha del hecho y de inicio de la investigación; la calificación provisional del delito; y la repartición policial, Fiscalía interviniente y defensor, si lo hubiere.¹ Esta información es reservada y solo puede ser accedida y utilizada por el MPF, la Policía, el imputado, la defensa y los Jueces.

B. Desarrollo de la investigación: actos procesales y medios de prueba

Durante el desarrollo de la IPP, se llevan a cabo diversos actos procesales y se utilizan distintos medios para la recolección de pruebas. Estos incluyen inspecciones, allanamientos, secuestros, interrogatorios de testigos, informes periciales e identificaciones. El MPF es el encargado de dirigir la recolección de estos elementos para determinar si constituyen prueba suficiente.

Las partes tienen la facultad de proponer diligencias de investigación, las cuales serán practicadas por el MPF si las considera pertinentes y útiles. La denegatoria de una diligencia debe ser fundada, aunque es inimpugnable.

Un punto crítico son los actos considerados “irreproducibles” o “definitivos” (como registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones). Estos actos deben constar en actas formalizadas y ser ordenados por el Juez de Garantías, bajo pena de nulidad. Las partes y sus auxiliares técnicos tienen el derecho de asistir a estos actos, y el MPF debe garantizar en todo momento el control de los mismos por parte del imputado y su defensa.

En general, todos los procedimientos son públicos. Sin embargo, en causas criminales y durante la IPP, puede decretarse el secreto de la investigación por un plazo de 48 horas (prorrogable por 24 horas adicionales) si la publicidad pone en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpece las diligencias o disminuye la eficacia de los actos. Esta medida no es oponible al MPF ni afecta los actos irreproducibles.

C. La Declaración del Imputado (art. 308 CPPBA)

La declaración del imputado es un acto central en la IPP. Si existen elementos suficientes o indicios vehementes de un delito y sospecha de participación, el fiscal recibirá la declaración del imputado, previa notificación a su defensor. El imputado tiene la opción de solicitar declarar ante el Juez de Garantías.

Es fundamental que ningún interrogatorio del imputado sea tomado en consideración si su abogado defensor no ha podido asesorarle previamente sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado incriminatorio de sus manifestaciones. El imputado tiene el derecho a abstenerse de declarar, y en ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá coacción o amenaza para obligarlo a declarar contra su voluntad. Antes de la declaración, se le informará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra.

D. Medidas de coerción personal y real

Las medidas de coerción son instrumentos procesales que restringen la libertad o los bienes de las personas para asegurar los fines del proceso. Incluyen el arresto, la

detención, la prisión preventiva y la libertad bajo caución. El Juez de Garantías es el órgano competente para imponer o hacer cesar estas medidas.

La detención puede convertirse en prisión preventiva si se justifica la existencia del delito, se ha recibido la declaración del imputado (o este se ha negado a prestarla), y existen elementos de convicción suficientes o indicios vehementes de su probable autoría o participación.

El Código prevé alternativas a la prisión preventiva para poblaciones vulnerables o en circunstancias específicas, siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pueda evitarse razonablemente. Estas alternativas aplican, por ejemplo, a imputados mayores de setenta (70) años, aquellos que padecen una enfermedad incurable en período terminal, o mujeres en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años. Las modalidades de estas alternativas pueden incluir la obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, la presentación periódica ante una autoridad, la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado o de comunicarse con ciertas personas, la prestación de una caución patrimonial, o incluso una simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal.

E. Duración de la IPP y sus prórrogas

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires establece plazos perentorios para la duración de la IPP, en consonancia con el principio del plazo razonable. La investigación debe practicarse en el plazo establecido en los arts. 282 y 283 del CPPBA (tema abordado en el presente).

No obstante, la eficacia de estas disposiciones temporales se enfrenta a un desafío persistente en la práctica judicial: la eficiencia procesal y la finalidad de la investigación. A pesar de los plazos estrictos y las consecuencias por el incumplimiento fiscal, la consecución de una resolución rápida y definitiva sigue siendo un obstáculo. El debate en torno al sobreseimiento provisorio frente al definitivo ilustra esta preocupación. El Código bonaerense, al no prever el sobreseimiento provisorio, no permite reabrir una investigación una vez dictado el sobreseimiento definitivo, lo que podría conducir a situaciones de impunidad si aparecen nuevas pruebas. Esto genera una tensión entre la necesidad de celeridad y la búsqueda de la verdad material. Además, las demoras en los juicios orales, que a menudo superan los tres años, provocan que testigos clave se vuelvan ilocalizables o fallezcan, permitiendo la incorporación de

testimonios de la IPP que la defensa no pudo controlar adecuadamente, socavando el principio de contradicción.

Esta situación revela una desconexión crítica: los mandatos legislativos para la celeridad procesal no siempre se traducen en una aceleración efectiva o garantizan el principio del “plazo razonable” en la práctica. El sistema lucha tanto con la eficiencia (disponibilidad de testigos, investigaciones prolongadas) como con la finalidad (preocupaciones sobre el sobreseimiento que conduce a la impunidad). Esto sugiere que el problema no es solo la ausencia de disposiciones legales, sino también cuestiones administrativas, de recursos y, posiblemente, culturales dentro del sistema judicial que impiden una resolución rápida y concluyente. La consecuencia es un sistema de justicia que, a pesar de las reformas, aún puede percibirse como lento y potencialmente propenso a estancamientos, lo que lleva a continuas demandas de ajustes administrativos y legislativos más allá de los meros límites de tiempo.

F. Conclusión de la IPP: sobreseimiento y elevación a juicio

La IPP concluye con una de dos decisiones fundamentales: el sobreseimiento o la elevación a juicio.

Sobreseimiento: Es una resolución judicial que cierra definitiva o parcialmente el proceso, implicando el cese de la pretensión punitiva del Estado. Puede ser solicitado por el fiscal, el imputado o su defensor en cualquier estado de la IPP. Procede cuando la acción penal se ha extinguido, el hecho investigado no existió, no encuadra en una figura legal, el delito no fue cometido por el imputado, o media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

Elevación a juicio: Si el fiscal considera que cuenta con elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal, formulará por escrito su requisitoria de citación a juicio ante el Juez de Garantías. Esta requisitoria debe contener los datos del imputado, una relación clara y circunstanciada del hecho, los fundamentos de la acusación y la calificación legal. El defensor del imputado tiene un plazo de quince (15) días para oponerse a esta requisitoria, solicitando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal, o interponiendo las excepciones que correspondan. El Juez de Garantías resolverá sobre la oposición y, si no hace lugar a la misma, dispondrá la elevación de la causa a juicio.

Tabla 3: Fases y Plazos de la Investigación Penal Preparatoria

Fase de la IPP	Hitos/Actividades Clave	Plazos Legales/ Tiempo Estimado	Fundamento Legal (Ley 11922 y otros)
Iniciación	Denuncia, actuación de oficio (MPF/Policía), comunicación a RUAPP.	Inmediato (comunicación policial al Fiscal).	Art. 294, 296 CPPBA ¹
Desarrollo	Recolección de pruebas (inspecciones, allanamientos, testigos, pericias), propuesta de diligencias por partes.	Actos irreproducibles: orden del Juez de Garantías. Secreto de actuaciones: 48h (prorrogable 24h).	Art. 219, 222, 273, 279, 294 CPPBA ¹
Declaración del Imputado	Recepción de declaración por Fiscal (o Juez de Garantías a pedido); información de derechos (silencio, defensa).	Inmediatamente después de detención/primer diligencia.	Art. 308 CPPBA ¹
Medidas de Coerción	Arresto, detención, prisión preventiva, alternativas a prisión preventiva.	Detención policial: hasta 12h incomunicado sin orden judicial. Prisión preventiva: 15 días para dictado desde detención.	Art. 149, 152, 159, 160 CPPBA ¹
Duración de la IPP	Plazo máximo para la investigación.	4 meses desde detención/declaración del imputado.	Art. 282, 283 CPPBA ¹

Prórrogas de la IPP	Solicitud de prórroga por el Fiscal.	2 meses adicionales (motivada); hasta 6 meses (excepcional). Nuevo Fiscal: 2 meses improrrogables.	Art. 282, 283 CPPBA ¹
Conclusión	Sobreseimiento (cierre definitivo) o Elevación a Juicio (requisitoria fiscal).	Oposición a elevación a juicio: 15 días para el defensor.	Art. 323, 334 CPPBA ¹

6. PARTICULARIDADES Y DESAFÍOS ACTUALES DE LA IPP EN BUENOS AIRES

El sistema procesal penal en la Provincia de Buenos Aires, y en particular la IPP, se encuentra en un estado de constante evolución, enfrentando desafíos derivados de su propia génesis y de las demandas contemporáneas de la sociedad y la tecnología.

A. La IPP electrónica: implementación y principios

La implementación de la IPP Electrónica representa un esfuerzo de modernización significativo en la provincia, con el objetivo de agilizar y transparentar el proceso investigativo. Su puesta en marcha se realizó en fases, comenzó el 15 de febrero de 2022, en los Departamentos Judiciales de Quilmes y San Nicolás, y se extendió a toda la provincia a partir del 25 de abril de 2022.

Esta transformación digital se rige por principios clave que buscan asegurar su validez legal y operativa: el principio de equivalencia funcional, que establece que los actos procesales electrónicos tienen los mismos efectos que los realizados en papel, siempre que se cumplan los requisitos legales y reglamentarios; y el principio de buena fe, que exige a todos los intervinientes actuar con rectitud en el entorno digital.

La IPP Electrónica incorpora funcionalidades avanzadas, como firmas electrónicas, índices digitales, carátulas automáticas, interoperabilidad entre el SIMP Penal (Sistema Informático del Ministerio Público) y el Sistema de Presentaciones y

Notificaciones Electrónicas de la Suprema Corte, así como módulos de alertas automáticas. Se han dispuesto responsabilidades para la supervisión y para la mejora continua, incluyendo programas de capacitación y monitoreo de la infraestructura tecnológica (resolución PG n.º 1111/21).

Sin embargo, la transformación digital presenta un desafío pendiente: la armonización de los avances tecnológicos con la especificidad legal. La doctrina sobre las notificaciones electrónicas señala que el Reglamento General para Notificaciones Electrónicas (Acuerdo 3845/17, SCBA) no resulta de aplicación obligatoria para los procesos penales. Si bien el CPP permite el uso de medios electrónicos, el momento exacto en que opera la notificación (crucial para el cómputo de plazos perentorios en materia penal) no se encuentra expresamente definido en el Código, lo que obliga a recurrir a la interpretación judicial. El autor de la doctrina citada subraya la necesidad de una “regulación especial” para el fuero penal que establezca el “momento exacto en que opera la notificación electrónica”.

Esta situación indica que los avances tecnológicos, aunque prometedores en términos de eficiencia, son insuficientes sin las correspondientes adaptaciones legales y procesales específicas. La ausencia de una regulación detallada para las notificaciones electrónicas en el ámbito penal puede generar incertidumbre jurídica y desafíos al debido proceso, particularmente en lo que respecta al cálculo preciso de los plazos procesales. El pleno beneficio de la digitalización solo se materializará cuando el marco legal aborde de manera integral las características únicas y las estrictas garantías del procedimiento penal, asegurando que la conveniencia tecnológica no comprometa inadvertidamente los derechos fundamentales ni cree nuevas ambigüedades procesales.

B. El sistema acusatorio y sus críticas en la práctica

A pesar de la reforma que instauró el sistema acusatorio, persisten críticas significativas sobre su implementación práctica en Buenos Aires:

- **Oralidad vs. “oralización del expediente”:** La aspiración de la oralidad plena en el sistema acusatorio a menudo se ve frustrada en la práctica. Las audiencias, en lugar de ser espacios de debate genuino, se convierten en una “oralización” de los expedientes escritos, de tal forma que se leen actas y documentos en lugar de producirse la

prueba de manera directa y contradictoria. Esto se agrava cuando los jueces tienen conocimiento previo de la investigación, lo que puede minar la inmediatez e imparcialidad de los mismos.

- **Igualdad de armas:** Una crítica recurrente es la falta de una verdadera “igualdad de armas” entre la acusación y la defensa. La defensa a menudo depende de la discrecionalidad del fiscal para la producción de pruebas (ej., citación de testigos), y la posibilidad de que el fiscal deniegue una prueba por considerarla “no útil” a su caso, lo que puede generar una desventaja para el imputado.
- **Problemas administrativos y estructurales:** Persisten problemas como la falta o debilidad de sistemas de información judicial, la imposibilidad de tomar decisiones institucionales estratégicas, la ausencia de audiencias orales para el control de medidas de coerción y una organización judicial rígida y burocrática heredada del sistema inquisitivo.
- **Masividad de la justicia:** Algunos críticos argumentan que el énfasis en la celeridad, especialmente en los procesos de flagrancia, ha llevado a una “mcdonaldización” de la justicia¹⁶. Esto implica una priorización de la velocidad de procesamiento sobre el respeto de las garantías procesales individuales, lo que podría resultar en mayores tasas de condena para casos más sencillos y una legitimación de la acción policial.
- C. Reformas recientes y proyectos de modificación
- La Ley 11.922 ha sido objeto de continuas modificaciones desde su sanción. Entre las reformas más significativas se encuentran:
- **Procedimiento de Flagrancia:** Introducido por la Ley 13183 en 2004, y formalizado por la Ley 13811 en 2008, busca acelerar los procesos para

16. Kostenwein, Ezequiel, “Decidir rápido, condenar pronto. El proceso de flagrancia desde la sociología de la justicia penal”, Estudios Socio-Jurídicos, 2018, N° 20-1, ps. 13-44. Ganon, Gabriel, “¿La macdonalización del sistema de justicia criminal? Nuevo orden o nuevo derecho en la globalidad de la sociedad excluyente”, Revista Pensamiento Penal, 2013, N° 60, ps. 439-457.

delitos sorprendidos en flagrancia.

- **Juicio por Jurados:** Establecido en la provincia por la Ley 14543.
- **IPP Electrónica:** Una reforma reciente de gran calado, implementada a partir de 2022, como se detalló anteriormente.

Actualmente existen proyectos de ley en debate que buscan introducir nuevas modificaciones al Código Procesal Penal, como las relativas a la “reiterancia” y el “juicio en ausencia del imputado”. La propuesta de incorporar la “reiterancia delictiva” como requisito para la prisión preventiva ha generado fuertes críticas. Se argumenta que esta medida podría vulnerar el principio de inocencia y el principio *non bis in ídem*, al permitir la detención preventiva basada en la comisión previa de delitos sin condena firme. Además, se critica que desplaza el enfoque del derecho penal del “acto” al “autor”, lo que se considera una regresión a concepciones criminológicas decimonónicas.

Esta propuesta de reforma sobre la “reiterancia” para la prisión preventiva, impulsada por una demanda de mayor seguridad pública y la percepción de altas tasas de reincidencia, choca directamente con los principios constitucionales de presunción de inocencia y *non bis in ídem*. La crítica se centra en que la medida busca justificar la privación de libertad basándose en “transgresiones” previas sin condena firme o en una mera “inferencia” de peligrosidad, lo que podría conducir a detenciones arbitrarias.

Esta situación pone de manifiesto una tensión fundamental y recurrente en la política criminal: el conflicto entre el interés legítimo del Estado en la seguridad pública y el imperativo de salvaguardar las garantías constitucionales individuales. Propuestas legislativas como la de “reiterancia”, aunque potencialmente populares, corren el riesgo de erosionar principios fundamentales del derecho penal y podrían llevar a un aumento de la superpoblación carcelaria sin necesariamente lograr sus objetivos declarados de prevención del delito. Este es un punto crítico de contención legal y política constante.

D. Jurisprudencia relevante y su impacto

La jurisprudencia ha jugado un papel crucial en la interpretación y consolidación de

los principios del sistema acusatorio en Buenos Aires, -se menciona a modo ilustrativo, no exhaustivo-:

Casos Llerena (2005) y Dieser (2006): Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establecieron que el mismo juez que intervino en la instrucción de una causa no puede luego juzgarla o conocer de los recursos contra la sentencia definitiva. Esto reforzó el principio de imparcialidad judicial, pilar del sistema acusatorio.

Caso Benítez (2006): Otro fallo de la Corte Suprema que determinó que una declaración testimonial de la fase de instrucción no puede ser utilizada como prueba incriminatoria para fundar una condena si fue recibida sin la posibilidad de control por parte de la defensa. Este precedente fortaleció significativamente el principio de contradicción en el proceso penal.¹⁷

Plazo razonable: La jurisprudencia ha interpretado consistentemente el derecho a un plazo razonable, llegando incluso a declarar la inconstitucionalidad de normas provinciales que establecen plazos máximos de duración si entran en conflicto con la Constitución Nacional o principios superiores.

Notificaciones electrónicas: La doctrina judicial ha clarificado que, si bien el reglamento general de notificaciones electrónicas (Acuerdo 3845/17, SCBA) no es de aplicación obligatoria para el fuero penal, el Código Procesal Penal permite el uso de sistemas electrónicos seguros. En estos casos, la notificación se considera efectuada desde el momento en que el aviso está disponible para el destinatario en el sistema, subrayando la necesidad de una regulación específica para el fuero penal que defina el momento exacto de la notificación electrónica.

7. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

La Investigación Penal Preparatoria en la Provincia de Buenos Aires, enmarcada en la Ley 11.922 y sus múltiples modificatorias, representa un esfuerzo continuo por consolidar un sistema procesal penal de corte acusatorio. Este sistema se fundamenta en principios y valores jurídicos robustos, como el juez natural, la presunción de inocencia, la inviolabilidad de la defensa y el plazo razonable, pilares esenciales para la protección de los derechos individuales y la legitimidad del proceso. La IPP ha evolucionado desde un modelo inquisitivo hacia uno que busca la celeridad, la transparencia y la participación ciudadana, con roles claramente definidos para el Ministerio Público Fiscal como direc-

tor de la investigación y el Juez de Garantías como garante de los derechos.

A pesar de los avances significativos, como la implementación de la IPP Electrónica y la introducción de figuras como el juicio por jurados y los procedimientos de flagrancia, el sistema enfrenta desafíos persistentes. La plena realización de los principios del modelo acusatorio se ve obstaculizada por inercias institucionales, evidenciadas en la persistencia de prácticas como la “oralización del expediente” y la falta de una verdadera “igualdad de armas” en la producción de la prueba. La efectividad del “plazo razonable”, aunque legalmente garantizada, se ve comprometida por las complejidades inherentes a las investigaciones y las limitaciones administrativas, lo que genera debates sobre la finalidad de los procesos y la posibilidad de impunidad.

La transición digital, si bien es un paso adelante hacia la eficiencia, aún requiere una adaptación legal más específica para el fuero penal, particularmente en lo que respecta al momento preciso de las notificaciones electrónicas, para evitar ambigüedades y garantizar el debido proceso. Asimismo, la tensión entre las demandas de seguridad pública y la salvaguarda de las garantías constitucionales se manifiesta en proyectos de reforma como el de la “reiterancia”, que plantean interrogantes fundamentales sobre la erosión de principios como la presunción de inocencia y el *non bis in idem*.

En perspectiva, el futuro de la IPP en la Provincia de Buenos Aires demandará una adaptación continua. Será crucial que las reformas legislativas no solo respondan a las demandas de celeridad y eficacia, sino que también refuercen, de manera inquebrantable, los principios constitucionales y convencionales que rigen el proceso penal. Esto implicará una inversión sostenida en la modernización administrativa y tecnológica, una capacitación constante de todos los operadores judiciales y, fundamentalmente, un compromiso inalterable con un cambio cultural que priorice la imparcialidad, la contradicción y el respeto irrestricto de los derechos humanos en cada etapa de la investigación. Solo así se podrá asegurar un sistema de justicia penal que sea, a la vez, robusto, justo y transparente.

Para finalizar me gustaría evocar algunas palabras de un gran maestro del Derecho Procesal, quien me repetía que hay que insistir en el estudio en profundidad de los principios general del derecho, con ellos, la Constitución y un código de procedimiento con pocos artículos, si dichos principios se respetan no hace falta más nada para lograr un correcto funcionamiento del sistema judicial.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

Ministerio Público Fiscal en el sistema acusatorio: Funciones y competencias. Nuevos desafíos en el Siglo XXI

Fabián Luis Riquert

Ministerio Público Fiscal en el sistema acusatorio: Funciones y competencias. Nuevos desafíos en el Siglo XXI.

Fabián Luis Riquert^{1}*

1. INTRODUCCIÓN

A los fines de fijar los alcances de esta aportación debo señalar que trataré brevemente la ubicación institucional del MPF en el orden federal y en la provincia de Buenos Aires, a los efectos de verificar si su ubicación institucional impacta en su funcionamiento.

Luego haré referencia al desarrollo del proceso acusatorio bonaerense y el rol que le corresponde al MPF. Este abordaje se efectuará no sólo desde el punto de vista normativo, sino también desde la faz práctica con el objeto de señalar algunas cuestiones que aparecen como nuevos desafíos y que permiten de acuerdo a la propia estructura del MPF articular su labor constitucional a partir de desarrollar una política criminal dinámica en el Siglo XXI.

Así, las implicancias del sistema acusatorio, no sólo alcanza a la titularidad de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal sino también, a partir del mismo, se derivan otras consecuencias como lo son la aplicación de criterios de oportunidad reglados en el CPP con la posibilidad de salidas tempranas del proceso como lo son la suspensión de juicio a prueba o el juicio abreviado para descongestionar el sistema penal.

También finca como una consecuencia del postulado de ser titular de la vindicta pública la posibilidad de arribar a instancias previas a la criminalización formal, como

1. Doctor en Derecho UNMDP. Master en Derecho Penal Universidad de Salamanca. Profesor Titular de "Derecho Constitucional" y "Práctica Profesional Penal" Universidad Atlántida Argentina. Investigador. Docente de "Teoría Constitucional" Universidad Nacional de Mar del Plata. Ex Agente Fiscal. Juez Tribunal Criminal Depto. Judicial Mar del Plata.

lo son la composición del conflicto mediante la utilización de mecanismos como la mediación y la conciliación.

Finalmente analizaré el impacto del juicio por jurados en todo el sistema procesal bonaerense que nos interpela en nuestros modos y prácticas a todos los operadores judiciales, y por lo tanto al MPF desde la IPP hasta la etapa de juicio, profundizando el modelo acusatorio y adversarial.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO. UBICACIÓN INSTITUCIONAL

Podemos señalar que existen tres posibilidades de ubicación del Ministerio Público dentro del Estado, ya sea delineada constitucionalmente o mediante ley orgánica; y que incluso un mismo país puede mutar hacia una u otra forma con el paso del tiempo.

Así, tenemos: 1. Dependiente del Poder Ejecutivo: Alemania (art. 161 OPP), Francia (CPP 1808); 2. Del Poder Judicial: la mayoría de las provincias argentinas y países iberoamericanos como Costa Rica (ley 744); 3. Con carácter autónomo o como órgano extra poder: Argentina (art. 120 CN), Paraguay (ley orgánica 1562), Guatemala (ley orgánica 40-94).

Aún persisten discrepancias acerca del lugar que debe ocupar el MPF. En Argentina, en el orden federal existen dos posiciones: una mayoritaria que lo ubica como un órgano extra poder; y otros que lo ubican como un “cuarto poder” toda vez que en la reforma constitucional de 1994 lo ubica en el Libro Segundo “de los Poderes”, en el Capítulo IV en el art. 120 CN.

Dentro del ámbito comunitario europeo en el “*Corpus Iuris*” también mantiene un sistema acusatorio donde el MPF está a cargo de la investigación y se prevé la intervención del “juez de las libertades” en esa etapa. El fiscal europeo es independiente tanto de las autoridades nacionales como de los órganos comunitarios. Completando la pauta de armonización existe la Propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas, conocido como “Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un fiscal europeo”.²

2. Respecto a la operatividad del “Libro Verde” plantea sus interrogantes ARMENTA DEU, Teresa; “El fiscal instructor ¿es necesario?; Revista de Derecho Procesal Penal: la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, dirigido por

También la Corte Penal Internacional, regulado por el Estatuto de Roma encomienda la investigación al fiscal (art. 15 y ss. del Estatuto).

Consideramos que el MPF posee aristas propias que lo alejan de cualquiera de los tres poderes. Lo expuesto se puede comprobar a partir de la creación de organizaciones que agrupan sólo al Ministerio Público, incluso por fuera de las asociaciones de Magistrados del Poder Judicial. En el orden nacional podemos mencionar que se encuentra la “Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público de la Nación” (AFFUN)³; en el orden internacional existe la “International Association of Prosecutors” (IAP), creada en 1995.⁴ Finalmente en nuestra provincia se creó en el año 2020 la “Asociación Civil de Fiscales de la Provincia de Buenos Aires”.

Desde el ámbito regional, en el MERCOSUR se creó dentro del marco de la CMC N° 18/04 la “Reunión Especializada de Ministerios Públicos” que en su art. 2 refiere que su finalidad será la coordinación y cooperación de los órganos mencionados en el artículo anterior, para coadyuvar en la lucha contra la criminalidad organizada, mejorar los mecanismos de persecución penal y cooperación en las áreas de competencia, las reuniones se llevan a cabo semestralmente y la primera se realizó en Argentina en junio del 2006.⁵

Sobre el punto señala Corva: “Esto nos lleva a pensar que en realidad la historia del Ministerio Público es la historia de la figura del fiscal, tarea compleja, pero sin dudas necesaria, por ser el derecho un objeto cultural sujeto a las transformaciones de la sociedad en que se aplica, lo mismo que las instituciones encargadas de aplicarlo”.⁶

Edgardo A. Donna, 2007-2, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 66.

3. En el orden nacional se puede consultar en www.affunargentina.org. De todas formas, la mera creación de asociaciones no va a resolver la independencia del ministerio público respecto a los jueces, sino que va a depender del desarrollo que tenga tanto en el orden nacional como provincial, y como se articule con todos los operadores del sistema.

4. Para consultar acerca de la IAP ver www.iap-association.org

5. Desde el ámbito regional, en el MERCOSUR se creó dentro del marco de la CMC N° 18/04 la “Reunión Especializada de Ministerios Públicos” que en su art. 2 refiere que su finalidad será la coordinación y cooperación de los órganos mencionados en el artículo anterior, para coadyuvar en la lucha contra la criminalidad organizada, mejorar los mecanismos de persecución penal y cooperación en las áreas de competencia, las reuniones se llevan a cabo semestralmente y la primera se realizó en Argentina en junio del 2006. La última de ellas fue la IX que se llevó a cabo el 9 de junio del 2010 en la ciudad de Buenos Aires en donde se han tratado temas como “Lucha contra la trata de personas como crimen transnacional”, entre otros.

6. CORVA, María Angélica; “La evolución histórica del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires”. En El Ministerio Público: Introducción a la institución del Ministerio Público (8 de marzo). Argentina. Cita digital: IJ-IV-LI-278. Lejister. Disponible en: <https://www.lejister.com>

Y esa labor diferente respecto a los órganos jurisdiccionales, podríamos decir se va escindiendo desde lo “externo” a partir de las competencias asignadas legal y constitucionalmente, como así desde “dentro del cuerpo” lo que resulta una organización burocrática diferenciada. Es decir, sin perjuicio del lugar que se encuentre ubicado institucionalmente, en lo funcional tiene otras incumbencias, ya sea que forme parte del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo. Claro está que esta situación no se da cuando es considerado como un órgano extra poder, sin perjuicio de algunas críticas que se realizan respecto a esta última clasificación, considero que es la correcta de acuerdo al nuevo rol que viene desarrollando a lo largo de los años.

Puntualizando con la ubicación en la provincia de Buenos Aires, lo expuesto ut supra no implica una desvinculación con la magistratura o el poder ejecutivo, sino que debe existir una coordinación para poder cumplir su función constitucional.

2.1. Organización interna.

Coincidimos con Falcón que, sin perjuicio de su ubicación institucional, aparece el problema de la organización interna del Ministerio Público y la dependencia administrativa de sus integrantes.⁷

Así aparece contemplado como principio rector la unidad de actuación del MPF (art. 1 ley orgánica 24.496 a nivel nacional y art. 3 de la ley orgánica 14.442 en la provincia de Buenos Aires) y por el otro la independencia de los funcionarios en la toma de decisiones específicas.

Si bien coincidimos con el autor citado que se trata de una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del MP controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, lo cierto es que esa afirmación en algunas ocasiones se distorsiona pues “se mezclan en ellas cuestiones que la hacen confusa, como el principio de unidad, la especificidad de funciones y la organización jerárquica”.⁸

A su vez, el código en su redacción originaria establecía dos jerarquías de fiscales de primera instancia, los agentes fiscales y los adjuntos de agente fiscales, luego dicha

7. FALCON, Enrique M.; “El fiscal como titular de la acción penal”, Revista de Derecho Procesal Penal: la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, dirigido por Edgardo A. Donna, 2008-1, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p.12

8. Ob.cit. p. 13.

diferencia se suprimió mediante la ley 13.513.⁹

Establece en el art. 1º su composición y su función, en concordancia con la manda constitucional al referir que *“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”*.

Lamentablemente el Poder Ejecutivo provincial en su momento observó el segundo párrafo del art. 1 (ley 12.061) que le daba un rol muy importante al MP en la defensa de la legalidad, así la norma establecía: *“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”*.

Como consecuencia de esa decisión del ejecutivo, se produjo una laguna que dificultó la tarea de control de los poderes públicos en la provincia toda vez que existió una mora de más de un decenio¹⁰ por parte de la legislatura en cumplir con la manda de la constitución bonaerense en la creación del “Defensor del Pueblo” (art. 55 CPBA). No obstante, considero que sería de mucha utilidad que se sancione en algún momento el párrafo observado, quedando la discusión acerca si será el MPF o el MPD el responsable de tan importante labor.

Sostenemos en esta dirección el postulado *“in dubio pro actione”* por parte del Ministerio Público en cualquiera de sus incumbencias (MPF o MPD), en cumplimiento de la manda constitucional de la defensa de la legalidad, sin perjuicio de las soluciones alternativas que establece la legislación y la política criminal que se fije.¹¹

Establece la L.O.M.P. 14.442 (recordemos que la ley 12.061 no escindía al MPD)¹² criterios organizativos en el art. 3: de relación jerárquica y regidos por los principios de: unidad, flexibilidad y descentralización.

9. B.O. 23/8/06

10. Creado por pro la ley 13.384 (modif. ley 15.314).

11. RIQUERT, Fabián L; “El rol del Ministerio Público en los procesos constitucionales”, en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, AAVV, Dir. Manili, T.I, La Ley, 2010, p.601.

12. El art. 4 de la L.O.M.P. establece la “autonomía funcional de la Defensa Pública”.

Aclara Romero Villanueva que “en función del principio de unidad de actuación, los criterios de persecución penal no pueden depender de las apetencias individuales de los integrantes del MPF, sino que deben orientarse por lineamientos generales impartidos por la máxima autoridad de la institución, atento a la jerarquía que estipula el mencionado principio”.¹³

Con el objeto de un mayor acercamiento del MPF con la ciudadanía, con la ley 13.274¹⁴ se efectivizó el “Programa de Descentralización de Fiscalías, Defensorías y Ayudantes Fiscales” respecto a cada departamento judicial; pero también teniendo en cuenta la especificidad en la investigación de determinados delitos acorde con la realidad de cada departamento judicial, se han creado “fiscalías temáticas” (delitos culposos, económicos y contra funcionarios públicos, resolución de conflictos, entre otras).

Reflexionaba señeramente Binder que “el Ministerio Público no tiene otro futuro que un futuro de crisis muy profunda y de lanzarse a esa crisis con todo. La justicia tiene que dar un giro de 180°, pero el Ministerio Público tiene que dar un triple salto mortal”.¹⁵ Estas consideraciones que comparto, no significan que nada se haya hecho desde 1998 pero en ese tránsito el camino tiene sus escollos¹⁶.

Un análisis comparativo de las vacantes nos arroja los siguientes resultados:¹⁷

Año	Concursos realizados	Designaciones efectivas	% Efectividad
2019	75	60	80%

13. ROMERO VILLANUEVA, Horacio; “Sistema acusatorio, acusación y control: desafíos del MPF”, CIJUR, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrinas>

14. B.O. 10/12/2004.

15. BINDER, Alberto; *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Ad Hoc, 2000, p.255.

16. Se observan algunas disfuncionalidades; en algunos casos obedece a los continuos cargos que quedan sin cubrir por vacantes que se generan en un tiempo razonable lo que implica la cobertura por otros integrantes sobrecargando la labor. También eso implica la pérdida de un recurso formado, en especial cuando la vacancia se produce en fiscalías especializadas o temáticas, de acuerdo a la organización de cada fiscalía general.

17. Realizado a partir de los “Informes de control de gestión que elabora la Procuración”, el último disponible del 2024. <https://www.mpba.gov.ar/files/informes/Informe-CG-MPF-BsAs-2024.pdf> . El cuadro comparativo fue elaborado por IA -Copilot-a partir de los prompt que le formulé.

Año	Concursos realizados	Designaciones efectivas	% Efectividad
2020	55	43	78%
2021	110	89	81%
2022	145	122	84%
2023	185	131	71%
2024	210	147	70%

Por otra parte, la velocidad en que se producen los cambios legislativos y las demandas sociales ante nuevas formas de criminalidad obligan al MPF no sólo a profundizarlos sino también a modificarlos. Pensemos, a título de ejemplo, la política criminal frente a los delitos llevados a cabo con las nuevas TIC's, o contra la integridad o libertad sexual.

3. EL PROCESO ACUSATORIO Y EL ROL DE MPF

Señalaba con acierto Julio Maier cuando refería: “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio¹⁸ reside en la división de los poderes que se ejercen dentro del proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros”.¹⁹

18. Para ver los antecedentes históricos del sistema acusatorio ver, entre otros, IRISARRI, comentario al artículo 267 del CPP en Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado, Astrea, T.2, 2005, p.7/9.

19. MAIER, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T.I, p.210.

En este sentido corresponde diferenciar como bien lo hace Colomer entre lo que es el proceso “adversarial” y el proceso “acusatorio”, ambos son complementarios, pero no significan lo mismo. El sistema “adversarial” significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, 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 la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Público Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado.²⁰

Apunta con razón Gössel cuando relaciona al proceso penal acusatorio con la técnica de la división de poderes, la que evita la concentración del poder del juez en el sistema inquisitivo. Así señala el autor alemán *“La necesaria división del procedimiento penal’ en varias fases, bajo el dominio de órganos distintos, corresponde a la básica idea de la división de poderes, y merced a ella ha sido posible”*. Ahora bien advierte que *“La mera instauración de la división de poderes, y la división de los poderes en las fases de la investigación penal, no alcanzan por sí solas aún al triunfo de la justicia, frente al poder de orientación utilitaria. Los poderes divididos deben influirse entre sí, controlándose mutuamente e imponiéndose límites”*.²¹

El desarrollo de esta idea iusfundamental –la división de poderes–, en el proceso penal implica que ya desde el inicio – la investigación penal preparatoria al juicio oral y público– deben existir partes con diferentes roles, que asimismo debe extenderse también en la etapa intermedia, del juicio y finalmente de ejecución. Consideramos que desde el órgano jurisdiccional estas etapas están abastecidas dentro del proceso penal en la provincia de Buenos Aires, toda vez que en la IPP controla las garantías del imputado y la investigación la justicia de garantías, en la etapa intermedia interviene la Cámara de Garantías, en la etapa de juicio interviene el Juez/a Correccional o el Tribunal en lo Criminal, y finalmente, respecto al cumplimiento de la pena la Justicia de Ejecución.

20. GOMEZ COLOMER, Juan L; “La influencia del modelo adversarial anglosajón de enjuiciamiento criminal en la futura reforma procesal penal española”; Revista de Derecho Procesal Penal: la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, dirigido por Edgardo A. Donna, 2007-2, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 93.

21. GÖSSEL, Kart Heinz; “El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del estado de derecho”, Revista de Derecho Procesal Penal: la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, dirigido por Edgardo A. Donna, 2007-2, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p.14/15.

Conte-Grand explica: “Es decir que en el sistema acusatorio las actividades de ejercicio de la actividad jurisdiccional, de persecución penal -a través de la acción penal- y de la defensa -como contrapeso constitucional de la acusación- se ponen en movimiento ante un caso particular y concreto, proyectándose en el proceso, y actuando en forma independiente, aunque con estrechas vinculaciones”²²

Estamos convencidos que el proceso penal es el acusatorio. No desconocemos que en su implementación pueda tener sus dificultades, pero hay que detectarlas, dialogar entre todos los operadores y corregirlas. Sabemos que las estructuras judiciales (como toda burocracia) tienden a ser conservadoras más por prejuicios o desconocimiento, que por argumentos fuertes.

En esta dirección parafraseando a Arroyo Zapatero que indica que existe un *programa penal de la Constitución*, entendido como el “conjunto de postulados políticocriminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponden aplicar”²³, podemos colegir que también existe un *proceso penal según la Constitución* que no es otro que el acusatorio y adversarial.²⁴

En este sentido, frente a los que manifiestan reservas acerca de la actuación del MPF en lo que hace a su parcialidad, debemos señalar que efectivamente es parte, pero tiene en su cabeza un principio rector que es la objetividad,²⁵ entendido como la imposibilidad de ocultar prueba que favorezca al imputado, y una función, que en nuestro derecho es de raigambre constitucional: la defensa de la legalidad. Sobre la tensión del MPF entre “ser parte” y “ser objetivo”, señala Santamarina, siguiendo a Binder, que es parte” y *que la objetividad debería equipararse con la exigencia de fun-*

22. CONTE-GRAND, Julio; “El sistema acusatorio en la práctica. El caso de la Provincia de Buenos Aires”, Revista Argentina de Derecho Público n° 3, septiembre, 2018, p.5.

23. ARROYO ZAPATERO, Luis; *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la constitución*, material aportado por el autor en el marco del “Master en Derecho Penal” de la Universidad Salamanca, 2000/2002. Aclara el autor, que cuando hace referencia al término “programa” se refiere a un conjunto de postulados políticocriminales genéricos y no a soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. Considera, incluso, que tal concreción no se contiene en el texto constitucional ni resultaría saludable.

24. RIQUERT, Fabián L; “El rol del Ministerio Público Fiscal en el siglo XXI: una deuda pendiente”, en *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*, AAVV, Hammurabi, 2019, p.581.

25. Este principio se encuentra contenido dentro de las Directrices sobre la función de los fiscales de Naciones Unidas. Específicamente la n°14 refiere que no iniciarán, ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible para interrumpirlo cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Cuba, 1990).

*damentación razonable y suficiente al realizar peticiones e impulsar la acción penal. Ello, cuanto el modelo acusatorio como el del código es el acusador el que tiene la carga de la prueba”.*²⁶

Reafirma esta postura Lanzón “El fiscal representa a la sociedad y no exclusivamente los intereses del Estado, por lo que debe adecuar su actuación según criterios objetivos en función de una correcta aplicación de la ley, por ello es que debe inclusive formular requerimientos a favor del imputado”.²⁷

Más allá de las consideraciones realizadas respecto al MPF, su ubicación institucional y principios rectores, coincide con Goransky cuando afirma que el éxito o fracaso en la constitución de los ministerios públicos va a estar en la estructura administrativa de las fiscalías, su cultura organizacional y sus formas de funcionamiento, tanto en lo administrativo como en lo que hace al proceso de investigación.²⁸

4. LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

Como sabemos el MPF se encuentra a cargo de la dirección de la investigación penal preparatoria (art. 56 primer párrafo C.P.P.).

En el art. 56 del C.P.P. se definen las funciones, facultades y poderes del Agente Fiscal, el cual se complementa con lo establecido por la L.O.M.P. 14.442 en el Capítulo III: Procurador y Sub Procurador, Capítulo V: Fiscales, y específicamente en la Sección III con las “normas operativas”, en especial los Capítulos V y VI.²⁹

26. SANTAMARINA, Pablo Hernán, “Comentario al art. 56 CPP”, en Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Dir.Torres y Basílico, T.1, Hammurabi, 2022, p. 219.

27. LANZON, Román P.; “La pretensión desincriminante del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal”, Ad-Hoc, 2009, p. 133. La cita de Carrara la hace el autor.

28. GORANSKY, Mirna; *Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático*, Del Puerto, 2010, p. 14.

29. Establece el art. 56 CPP. Funciones, facultades y poderes. “El Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria. En el ejercicio de su función tendrá las facultades generales que le otorgue la ley de organización respectiva y, adecuará sus actos a un criterio objetivo debiendo formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado. Formulará motivadamente sus requerimientos y conclusiones, de manera que se basten a sí mismos. Procederá oralmente en los debates y en los casos en que la ley lo permita. Procurará racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación de la víctima; sin perjuicio de propender a la economía procesal mediante el juicio abreviado u otro mecanismo dispuesto a tal fin. En la investigación penal preparatoria, tendrá libertad de criterio para realizarla, sin perjuicio de las facultades acordadas por

Si bien ejerce la acción penal con acierto señalan Herbel-Schiavo que esto no quiere decir que sea el único que tenga capacidad de establecer una hipótesis explicativa del hecho (policía, noticia periodística, etc.), en todo caso es el fiscal quien puede transformar aquella en una acción penal pública, conforme el art. 6 CPPBA.³⁰

Si bien normativamente se establece que la investigación se encuentra a su cargo, en los hechos se mantiene la actuación policial en las investigaciones por vía de delegación, quedando expresamente vedada por resolución de la Procuración en los casos de delincuencia económica, contra funcionarios públicos y contra las fuerzas de seguridad.³¹ Esta desviación con forma de delegación, también la menciona Gössel respecto a la realidad alemana.

Señala el autor citado que el MPF se distancia de la averiguación policial y del enjuiciamiento jurisdiccional por su situación intermedia, concluyendo que ingresa en el procedimiento penal como una autoridad portadora de la función del “control de legalidad”³². Esta conclusión, se encuentra directamente reflejada en nuestra Constitución Nacional, toda vez que el art. 120 establece que el MP tiene como función la defensa de la legalidad, y también se extiende a la provincia de Buenos Aires (art. 5 y 75 inciso 12 C.N.)

Ahora bien, desde el punto de vista práctico debemos señalar, tal cual se hace referencia del sistema alemán, por momentos el fiscal “es una cabeza sin manos” dado que el GVG establece la obligación de colaboración y ayuda al órgano acusador y director de la fase investigadora, por parte de determinados funcionarios, pertenecientes o no al cuerpo de policía y que actuarán, bien de oficio, bien a las órdenes de la fiscalía.

la ley, al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia y a los respectivos Fiscales Generales departamentales. En el ejercicio de sus funciones, dispondrá de los poderes acordados a los órganos judiciales por el artículo 103”.

30. HERBEL, Gustavo- SCHIAVO, Nicolás; Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, T.1, 2024, p.295.

31. En este sentido se dictó dentro de la Procuración la Res.1390/2001 que dispone en su art. 1: “El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires a través de cada uno de sus integrantes, deberá brindar máxima atención y especial importancia en lo que se refiere al ejercicio de sus atribuciones, a los hechos delictivos vinculados con torturas, apremios ilegales y delitos económicos que afecten el interés colectivo, como asimismo a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones”. Puntualiza en el art. 2 que “Las investigaciones penales preparatorias que se lleven adelante con motivo de los hechos señalados en el artículo precedente deberán llevarse a cabo de un fiscal titular, quien no podrá hacer uso de sus facultades delegatorias prescriptas por los arts. 267 y 293 del C.P.P.”

32. Ob.cit. p. 18.

Retomando a la realidad bonaerense debemos señalar que se sancionó la ley 15.005³³ (modif. ley 15.023) que crea la Policía Judicial. Asimismo, el Procurador General dictó la Res.n°464/18 del 27 de julio de 2018 para operativizar la normativa.

Respecto a su importancia señala Conte-Grand que *“dicha institución está llamada a ejercer la asistencia profesional técnico-científica para el ejercicio de las potestades propias de los órganos responsables del impulso procesal, particularmente en la investigación, búsqueda, recolección, preservación y análisis de elementos probatorios y de convicción en los procesos”*.³⁴

En esta dirección consideramos que el acusatorio conlleva también ciertas exigencias. Por un lado, la provisoriedad de la investigación penal preparatoria por lo tanto debe ser desformalizada salvo las medidas o actos irreproducibles o anticipo extraordinario de prueba que deben ser controladas por la defensa (art. 247 y 274 del CPP). Como consecuencia de lo expuesto, entonces será prueba para dictar una sentencia sólo aquello que se produzca en el juicio oral y público.

Una breve reflexión acerca de la **desformalización**. Con el paso de los años considero que se ha desandado el camino iniciado en 1998. Las investigaciones cada vez son más extensas, con más “papeles o constancias del expediente digital” que luego se pretenden ingresar a la etapa de debate. Excede el marco de este trabajo, pero podemos advertir que existe una suerte de tensión entre las exigencias de los órganos jurisdiccionales de esa instancia (Justicia de Garantías y Cámara de Apelaciones y Garantías) para fundar las medidas de coerción (prisión preventiva) y también para elevar a juicio las actuaciones, que exigen más “formalización”, y en definitiva distorsiona el sistema, ya que en el balance, en no pocas ocasiones la primera parte tiene más relevancia que la segunda; precisamente lo contrario a lo que se quiso modificar del Código Jofré, que el plenario sea una copia del sumario.

Retomando el tema Irisarri refiere *“Nosotros creemos que la sola referencia a la distinción y separación de órganos en materia investigativa no es suficiente para lograr un proceso de las características que requiere el acusatorio ...”*. Aclara luego el autor que más allá del significado que se le quiera dar a las palabras, la distinción entre

33. B.O. 16/01/18.

34. CONTE-GRAND, Julio; ob cit.p. 13.

acusatorio o inquisitivo no se resume a la sola consideración de la división de funciones sino en el modo de buscar la verdad, sobre la base de una concepción del hombre y del imputado.³⁵

En este punto se debe desentrañar qué alcance tiene el término “director de la encuesta”, “director de la investigación”. ¿La fiscalía debe personalmente investigar o controlar los actos de investigación que realice la policía? Está claro que un fiscal es un abogado, y no un investigador especialista en criminalística por tanto debe estar acompañado por un equipo de investigadores y expertos que pertenezcan directamente al MPF. En este sentido existe en el ámbito del MPF peritos (contadores, médicos legistas, informáticos, entre otros) que coadyuvan en las investigaciones complejas, como así también instructores judiciales.

En consonancia con lo anterior, y de neto carácter republicano, es la **oralidad** de todos los actos procesales no sólo en la etapa de juicio sino también durante la IPP, siendo pionera la provincia de Buenos Aires, en especial el Depto. Judicial de Mar del Plata a partir del “Proyecto Piloto de Profundización del Sistema Acusatorio” que luego tuviera su recepción normativa en el ordenamiento procesal al incorporar el “Procedimiento de Flagrancia” en los arts. 284 bis a sexies mediante la ley 13.811.³⁶

Concluimos que en el ámbito bonaerense la oralidad está vigente durante todo el procedimiento: investigación, juicio y ejecución. Como consecuencia de ello la posibilidad de delegación en funcionarios o empleados en este tipo de actos procesales ha quedado finiquitada o muy disminuida. Ahora bien, como ya lo señalara, es un gran avance, pero debemos profundizarlo toda vez que se observan distorsiones en el sistema. Así, si la oralidad solamente es resumir o leer lo que previamente está escrito (ej. requisitoria de elevación a juicio o interrogatorios), en definitiva, pasa a ser una simple actuación de un guion. Para evitar este tipo de prácticas resulta importante la continua capacitación que viene llevando a cabo la Procuración y la SCBA en este sentido, en especial en la modalidad de “talleres”.

35. IRISARRI, Carlos A; ob.cit. p. 10/11. Concluye el autor en la aceptación del juez instructor, señalando que ello no impide que actúe en dicha etapa un funcionario del Ministerio Público que asuma un rol netamente investigativo y requirente. La nota a pie de página es la n° 10, p. 10.

36. Para su profundización se recomienda el trabajo de Marcelo A. RIQUERT, “El proceso de flagrancia”, EDIAR, 2006.

4.1. La investigación y el cibercrimen.

Podemos señalar que es el gran desafío del MPF en el Siglo XXI. Como bien señala Dupuy, *“la modernización y la sofisticación de las conductas en el ciberespacio generarán que las legislaciones penales queden desfasadas y que las autoridades de aplicación de la ley vayan un paso atrás de los movimientos de los ciberdelincuentes y de las organizaciones criminales que operan en la deep web”*.³⁷

Una característica de este tipo de conductas es la **transnacionalidad**, en donde pueden estar en un país diferente el autor y en otro la víctima, y a su vez como señala Dupuy la evidencia digital puede encontrarse fragmentada y alojada en diferentes servidores ubicados en otros puntos del mundo, dando como ejemplo que las plataformas virtuales se convirtieron en espacios que brindan la posibilidad a los ciberdelincuentes de realizar transacciones ilegales y cometer todo tipo de delitos, con altos niveles de anonimato.³⁸

Roso Canadillas siguiendo esta idea nos dice que, por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se produce una deslocalización y segmentación espacio-temporal de la realización del delito, lo que demanda no solo la colaboración internacional en la investigación, sino también una coordinación normativa penal de tal naturaleza, pero compatibles con la soberanía de los Estados.³⁹

Es por ello que señala Sueyro que *“a comienzos del siglo XXI nos encontramos frente a un sistema procesal penal que incorpora a una clase de prueba como es la evidencia digital, electrónica o intangible; y que, por ende, requiere de nuevos medios de prueba de los cuales poder adquirir, coleccionar u obtener esta prueba digital”*.⁴⁰

En esta dirección reflexiona Chaia que *“La escena del crimen sufrió las consecuencias de esta amplificación de medios y métodos por cuanto los espacios físicos dejaron de ser el único lugar donde hurgar. La vida virtual con domicilio digital, juegos en línea,*

37. DUPUY, Daniela; “Crímenes y metaverso”, en Metaverso, Web3 y Gaming, Dir. Corvalán, AAVV, La Ley, 2023, p.297

38. Ob.cit.p.298/99.

39. ROSO CANADILLAS, Raquel; “Algunas reflexiones sobre los fenómenos delictivos, la teoría del delito y la ignorancia deliberada”, en Revista General de Derecho Penal, n° 22, Iustel, diciembre 2014, p. 9. Consulta en www.iustel.com

40. SUEYRO, Carlos Christian; *Obtención de prueba digital de terminales móviles*, Hammurabi, 2024, p.109.

compras a distancia, han creado un entorno digital y con ello, una enorme brecha entre pasado y presente. Entender cómo se relacionan las personas y qué rastros dejan a cada paso es fundamental para establecer qué se puede hacer en materia probatoria y cuáles son los límites de actuación de las fuerzas de seguridad sin contar con una orden judicial. En ese sentido vemos que: 1- La mayor parte de nuestra información no se encuentra en documentos de papel, no se almacena en biblioratos, ni se apila en armarios. 2- Los servidores informáticos son los sitios donde esa información, junto a la de cientos de miles de personas, es almacenada. 3- La vigilancia electrónica compite y desplaza a la física. 4- Los crímenes se pueden cometer a distancia y a una gran velocidad”⁴¹

Ante este panorama resulta imprescindible la cooperación para poder investigar este tipo de delitos, sirviendo el “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest (2001) de marco legal, más allá de los tratados de colaboración que pueda firmar nuestro país. Agrega Marcelo Riquert⁴² que debe ponerse de resalto el “Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la cooperación reforzada y la divulgación de pruebas electrónicas”.⁴³

A título de ejemplo podemos mencionar los casos de explotación sexual infantil del art. 128 C.P. y su investigación por parte del MPF. Observamos como se ha tenido que adaptar en la forma de investigar este tipo de delitos, en algunos casos con fiscalías temáticas⁴⁴, en donde la denuncia es realizada por organismos de otros países con autores que residen en nuestra provincia.⁴⁵

41. CHAIA, Rubén; “Litigación penal II Tecnología v. Garantías. Evidencia digital. Intimidad, privacidad y comunicaciones. Regulación procesal en la provincia de Entre Ríos y evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Estados Unidos”, Revista El Dial, ElDial.com - DC275B).

42. RIQUERT, Marcelo A; *Nuevas tecnologías y derecho penal*, Erreius, 2025, p. 17.

43. Firmada en Estrasburgo, el 12/5/2022.

44. La Procuración adoptó la “Guía integral de empleo de la práctica forense en el proceso penal” de InFo-Lab aprobada la Res. Gral. 483/2016. En el Depto. Judicial de Mar del Plata se encuentra a su cargo la Agente Fiscal Graciela Trill, pero esta competencia específica se replica en otros departamentos judiciales.

45. Colabora en la investigación de estos delitos la ONG “NCMEC” National Center for Missing & Exploited Children que tiene como objetivo ayudar a encontrar niños desaparecidos, reducir la explotación sexual infantil y prevenir futuros casos de victimización infantil <https://www.missingkids.org/es/home>. Por ejemplo, en la causa 8041 del TOC 3 Depto. Judicial de Mar del Plata fue iniciada la investigación por la Agencia Central de Inteligencia de la Policía Civil del Estado de Acre - DIPC/AC Brasil con información suministrada por la ong. La sentencia condenatoria, confirmada por la Casación, fue por infracción al art. 128 C.P. (inédita).

Respecto a las medidas tomadas recientemente por el Estado, a través del Ministerio de Seguridad de la Nación para la investigación de estas conductas, Marcelo Riquert recientemente analiza la del ciberpatrullaje (que fue receptado por la res.428/2024) y la creación de una “Unidad de Inteligencia Artificial aplicada a la seguridad (res.710/2024). En un balance provisorio, le merece críticas ya que debería haber sido regulado por ley del Congreso y no por una resolución del poder ejecutivo, a lo que agrega que la generalidad de su enunciación, habilitarían numerosas actividades con claro potencial de afectar derechos fundamentales.⁴⁶

También el autor analiza la figura del agente *revelador tecnológico* (mal llamado agente encubierto informático) hace referencia a que su uso sin filtros puede llevar a una utilización irrestricta de esta herramienta procesal. Ha sido legislado por la ley 8386⁴⁷ de la provincia de Salta (art. 309 CPP) que tiene como finalidades: a) identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores; b) impedir la consumación de un delito; c) para reunir elementos de prueba útiles para la investigación. También se modificó recientemente el CPP (ley 6730) en la provincia de Mendoza con la incorporación del “agente encubierto digital”.⁴⁸

De lo brevemente expresado consideramos que debe actualizarse el código de procedimientos bonaerense en materia probatoria, ya que tiene una lógica analógica.

Finalmente, señala Gil Domínguez que la irrupción de la tecnología generará nuevos perfiles de profesionales en el campo de la abogacía, como la de ingenieros de conocimiento jurídico, analistas de procesos jurídicos, entre otros.⁴⁹ Está claro que estos nuevos conocimientos deberán adquirir los miembros del MPF junto con nuevos profesionales para poder investigar este tipo de delitos.

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

Una discusión clásica fue acerca de los alcances del principio de legalidad establecido en el Capítulo XI del Código Penal respecto al ejercicio de la acción penal, el cual

⁴⁶. Ob.cit.p.77/115. Para su consulta en la obra Marcelo Riquert analiza con profundidad ambas resoluciones.

⁴⁷. B.O.9/8/2023.

⁴⁸. B.O.4/03/2024.

⁴⁹. GIL DOMINGUEZ, Andrés; *Constitucionalismo digital*, EDIAR, 2023, p.261.

podemos referenciar como de legalidad “formal” toda vez que en la práctica se producen criterios de selección informales, que poco tienen que ver con un parámetro de racionalidad.

Desde una postura clásica se sostiene que por el art. 75 inc. 12 de la CN le corresponde al Congreso de la Nación dictar los códigos de fondo, en su caso institutos como el ejercicio de la acción penal sería materia de derecho penal sustancial encontrándose vedado a las provincias modificar las reglas establecidas en el Título XI (Del ejercicio de las acciones).⁵⁰

En parte la discusión fue zanjada a partir de la sanción de la ley 27.147⁵¹ ya que modifica el art. 71 del C.P. que establece: “*Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...*”. En definitiva, lo que hizo el Congreso con esta reforma fue reconocer que en el derecho público provincial los códigos de procedimientos ya establecían hace años en sus ordenamientos criterios de oportunidad.⁵²

También la ley da la posibilidad de convertir la acción pública en privada ya que dispone el art. 73: “*Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.*”.

Con el objeto de efectivizar lo dispuesto por el legislador nacional resulta indispensable que la legislatura bonaerense reglamente en el ordenamiento procesal dicho instituto. Como sabemos, nuestro actual ordenamiento permite la acusación autónoma del particular damnificado (conf. art. 334 bis C.P.P.).

50. En este sentido lo sostienen en un trabajo recomendable DE LA FUENTE y SALDUNA en “Principio de oportunidad y sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La inconstitucionalidad de su regulación provincial” en Revista de Derecho Procesal Penal, 2008-2, “La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal”.

51. B.O. 18/06/2015.

52. Así el Código Procesal Penal de Chubut en el art. 44 dispone que el fiscal puede utilizar criterios de oportunidad, y también de conciliación y reparación (art. 47). El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contempla posibilidades de archivo de las actuaciones por criterios de oportunidad (art. 199, y sus diferentes incisos). El Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos regula criterios de oportunidad en el art. 5, como así la conciliación de las partes (art. 211). También el Fiscal posee criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal de Mendoza en el art.26, y de resolución de conflictos de manera genérica en el art. 5. El Código de Santa Fe establece los criterios de oportunidad en el art.19 y en art 20 establece procesos de mediación.

Otra reforma de significancia respecto a la acción penal que introdujo la ley 27.147 fue la de adicionar en el art. 59 el inciso 6 a la “**conciliación**” como una nueva forma de extinción, siguiendo la misma técnica legislativa de respetar la competencia exclusiva de las provincias, establece “*de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

A la fecha tampoco ha sido reglamentada en nuestro ordenamiento procesal esta nueva causal lo que realmente es una omisión por parte del legislador bonaerense ya que impacta precisamente al ejercicio de la acción penal con un efecto muy fuerte como es su extinción.

No obstante, algunos operadores consideran que, ante la falta de legislación, la misma resulta plenamente operativa y por lo tanto debe aplicarse.⁵³ Si bien esta es una solución plausible (y existe jurisprudencia al respecto) tiene la debilidad en que son las partes las que deciden cuáles son los casos, lo que obviamente se tiñe de una discrecionalidad convirtiéndose el juez en legislador. Pueden existir ciertos criterios que podemos aplicar ante la demora en legislar, por ejemplo, delitos correccionales, los casos del art. 56 bis CPP o los establecido en la ley 13.433, pero reitero la seguridad jurídica se encuentra resentida.

Otra respuesta puede ser la de transitoriamente utilizar la legislación procesal de otras provincias o de la Nación hasta que se supla con una norma local. Esta solución resulta preferible ya que por lo menos tiene una suerte de ancla en el derecho positivo interno comparado. A esta propuesta adhiere Ignacio Mahiques ya que afirma que su aplicación no es automática, que exige una interpretación armoniosa con el resto de las disposiciones y principios que informan el ordenamiento jurídico, proponiendo utilizar la ley 27.063 (arts. 30 y 34) que armoniza con el código penal.⁵⁴ También ha sido receptada por la jurisprudencia.⁵⁵

53. CFCP, Sala V, 29/8/2017, “Villalobos”, reg. 1119/2017, RCJ 64871/17, citado por BORINSKY y CATALANO en Sistema acusatorio, Rubinzal Culzoni, 2021, p.125.

54. MAHIQUES, Ignacio; “La conciliación como extinción de la acción penal”, Derecho Penal y Procesal Penal, n° 7, Dir. Bertolino-Ziffer, Abeledo Perrot, 2016 p.1334.

55. MARTÍN, Adrián; “El debate sobre la vigencia de la extinción de la acción de conciliación (art. 59 CP)”, Derecho Penal y Criminología, n° 3, Dir. Zaffaroni, La Ley, 2017, p. 25. En su artículo el magistrado cita fallos propios y de otros jueces que aplican el CPPN.

En conclusión, hasta que la legislatura no lo reglamente se podría aplicar de forma “excepcional” el CPPN como una suerte de estándar mínimo, sin perjuicio que luego la provincia de Buenos Aires lo amplíe a otros supuestos.

Como salida temprana del conflicto penal, se establecieron en el CPPBA criterios de oportunidad, formas de archivos sometidos a condiciones, los cuales se encuentran contemplados mediante la ley 13.943 en el art. 56 y 56 bis.⁵⁶

En esta dirección se estableció en la ley 13.433, en el art. 6° la “Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos” pudiendo utilizar los mecanismos de la mediación y la conciliación a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con el pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal.

Las causas que los fiscales pueden derivar a dicha oficina son las de carácter correccional (penas de hasta 6 años de prisión), considerando casos especiales los vinculados con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad y las causas cuyo conflicto es de naturaleza patrimonial.

Si bien teóricamente coincidimos en que el sistema acusatorio y el principio de oportunidad operan en dos planos diferentes; el primero como una opción de política criminal del ejercicio de la acción penal, a partir del cual mediante criterios de selección reglados se busca dar racionalidad al sistema, y el otro tiene que ver con una decisión política institucional acerca de qué o cuales sujetos procesales se encuentra a cargo de la acción pública, ya sea el MFP o el particular damnificado.

Asimismo, completando una clara exigencia de la sociedad respecto al rol de la víctima en el proceso penal, se amplió su superficie de actuación mediante ley 15.232 que modificó los arts. 83 a 88 C.P.P.

56. Dice el art. 56 bis C.P.P: Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión; 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público;3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados. de oficio.

Otra cuestión que merece ser repensada es la aplicación de la **suspensión de juicio a prueba en los delitos contra la integridad sexual**.

En apretada síntesis podemos observar que tiene su origen principal a partir del dictado del fallo “Góngora” de la CSJN⁵⁷ y sus diferentes interpretaciones, lo que nos lleva a preguntarnos ¿Tiene vigencia?. ¿El MPF debe negarse sistemáticamente a ello cuando el código penal no lo impide?

Considero que no, y así lo he resuelto en el caso “Cufre” teniendo en cuenta la actual composición de la CSJN, el consentimiento expreso de la víctima y en este caso el acuerdo del Agente Fiscal.

Además de los argumentos esbozados se tuvo en cuenta que “la Comisión IDH menciona dentro de los “Estándares específicos relativos al reconocimiento de la titularidad de derechos y autonomía progresiva”, en el párr.110 “El reconocimiento de la autonomía progresiva de las niñas y las adolescentes para ejercer los derechos por sí mismas, en función de su edad y la madurez, y conforme a la evolución de sus capacidades y desarrollo físico y psíquico, implica que los Estados están obligados a adaptar las normas, las políticas y las prácticas para reconocer y apoyar a las niñas y las adolescentes en el ejercicio autónomo de sus derechos. El empoderamiento y el conocimiento por parte de las niñas y las adolescentes de sus derechos es de crucial importancia para poder participar en todos los procesos en los que se vean involucradas, manifestando sus opiniones y siendo las mismas debidamente tenidas en cuenta.” (Corte IDH, “Anexo 1. Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233 14 noviembre 2019).⁵⁸

Recientemente la Sala V de la Casación en la causa “Vidal” en una visión más amplia, recogió lo que los jueces ya venían haciendo los tribunales y juzgados correccionales⁵⁹.

57. CSJN, 23/4/2013, “G. 61. XLVIII. Recurso de hecho - Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092”

58. Causa n° 7292, “Cufre”, TOC 3 Depto. Judicial Mar del Plata, 7/7/2021 (inérita).

59. Causa n° 7950-3 seguida a Lucas Ariel Bartet por el delito de amenazas”; causa n°9292-3 seguida a Julio Juan Ravea por el delito de amenazas, ambas del Juzgado Correccional n°3 de La Plata, entre otras.

Así, el tribunal casatorio expresó: *“La perspectiva de género, en definitiva, es la que nos obliga a abandonar las respuestas automáticas y, en un carril sustancialmente opuesto, abordar el análisis de las salidas alternativas al debate oral en razón del estricto análisis de las circunstancias particulares de cada supuesto, los derechos en juego y, fundamentalmente, la opinión de la víctima sobre la decisión final del caso, opinión que las y los operadores judiciales debemos asegurarnos se brinde en un marco de plena autonomía y libertad teniendo en miras los hechos que se investigan en el ámbito conceptual de la violencia de género”*.⁶⁰

La SCBA entiende también que no se puede aplicar el precedente de la Corte nacional sin ningún tipo de matiz. Así, expresó el Dr. Soria *“...a fin de no establecer una proscripción de este instituto desde la generalidad, excluyendo las singularidades que cada conflicto ofrece; en particular, desentendiéndose de la opinión de la propia víctima acerca de la propuesta del imputado, sobre la reparación del daño, todo lo cual puede eventualmente proporcionar una solución satisfactoria y apropiada para atender el litigio y los intereses de la parte afectada”*⁶¹

En definitiva, dependerá del Procurador, de las Fiscalías Generales y de los Agentes Fiscales si es aplicable sin más la negativa a conceder la suspensión de juicio a prueba para algunos delitos contra la integridad sexual, utilizando una interpretación restringida de esa jurisprudencia (pensemos en qué contexto se dio y el cambio de miembros de la CSJN) o si por el contrario, cuando la víctima, el particular damnificado están de acuerdo, se verifica un consentimiento informado por parte del juez/a es factible la solución alternativa.

6. EL MPF EN LA ETAPA DE JUICIO

La ley orgánica del MP establece la posibilidad de dividir funciones entre los fiscales de instrucción y los de juicio. En alguna ocasión el criterio establecido fue el de asignar la función del juicio a los funcionarios con mayor experiencia. Esta escisión de funcionarios del MPF para diferentes etapas –uno para investigar y otro para el juicio– aparece formalmente la más plausible toda vez que otro fiscal “ajeno” a la investigación, va a actuar con mayor objetividad de aquel que hace meses está co-

60. TCP, Sala V, causa N° 134.092, “Vidal Juan Carlos s/ recurso de queja”, sentencia del 20/2/2025.

61. SCBA, causa P. 135.528-RC, 15-IX-2023.

lectando prueba. Por otra parte, puede advertir omisiones en la investigación que pueden ser suplidas en el momento del art. 338 C.P.P. como instrucción suplementaria o para producir en el juicio oral y público.

Desde otra óptica puede resultar más atendible que sea el mismo fiscal que investigó el que realice el juicio toda vez que tiene un mayor conocimiento de todas las diligencias realizadas, ya que desde el comienzo del hecho tomó contacto con la víctima, el imputado, y todas aquellas contingencias que van más allá de la protocolización de actuaciones en la investigación (gestos de la víctima de los testigos, participación en diligencias como allanamientos y secuestros,), es decir, todo aquello que mediante sus sentidos el/la Agente Fiscal ha captado durante la IPP.

En la práctica se presentan algunas situaciones: supuestos en que el fiscal de instrucción no observa la debilidad de su caso para llevarlo a debate e igual la requiere a juicio; en otras causas complejas la fiscalía general ha designado a varios fiscales para la etapa de juicio.

En esta dirección el Juez Maqueda en la causa “Quiroga” ya señalaba: “Que cabe tener en cuenta que a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las ‘partes’ en la relación triangular en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tienen el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado”⁶²

En definitiva, lo que debe primar aquí, es el deber legal de objetividad por parte del fiscal (sino hay prueba de cargo retirar la acusación), una correcta técnica de litigación, todo ello atravesado por una sólida teoría del caso.

7. LA VÍCTIMA Y EL PARTICULAR DAMNIFICADO

En el ordenamiento procesal siempre estuvo reconocida desde sus inicios la víctima (ley 11.922). Amplió considerablemente la superficie de actuación la sanción de la “Ley de Víctimas” 15.232⁶³, ya sea en el ejercicio de derechos, la obligación de

62. Fallos, 327:5863. Considerando 30.

63. B.O. 22/12/2020. Mediante el decreto 599/2021 se aprueba la reglamentación de la ley N° 15232 designando autoridad de aplicación a cargo de garantizar y asegurar los derechos a personas humanas y/o jurídicas que fueran

mantener comunicación tanto con la fiscalía como con los órganos jurisdiccionales, debiendo ser consultada su opinión para determinados actos procesales. Así lo establece el inciso 3 del art. 83 CPP.

Se extiende el concepto de víctima en el 84 CPP a las indirectas y colectivas.

En concordancia con este cambio, el Procurador General dictó la Resolución PG 537/17, creando el “Cuerpo de Abogados de la Víctima”, que estará integrado por funcionarios con nivel de Secretarios de Juzgados de Primera o Única Instancia, aclarando que ya se encuentran hace tiempo implementados los Centros de Asistencia a la Víctima.⁶⁴

Relacionado con la víctima brevemente mencionaremos que la participación del particular damnificado en el proceso penal se fue ampliando en forma progresiva a partir de sendas modificaciones legislativas y tendencias doctrinarias.

En efecto, si bien la en la ley 11.922 (1997) ya lo reconocía, luego mediante las leyes 13.572 que modificó el art. 77 considerando que *“toda persona particularmente ofendida por un delito de los que dan lugar a la acción pública tendrá derecho a constituirse en calidad de particular damnificado”*.⁶⁵

Luego la ley 13.943⁶⁶ amplió el catálogo ya establecido en el art. 79.

víctimas de presuntos hechos ilícitos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A su vez la resolución 2064/2021 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos aprobó el “Estatuto del Consejo de Personas Víctimas de Delitos”.

64. Señala CONTE-GRAND, ob.cit., que el convenio marco de coordinación suscripto por el Ministerio Público el 21 de diciembre de 2017 con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En dicho marco, el 5 de julio de 2018, tales organismos aprobaron el Acta Complementaria N° 1, que instituye una guía de criterios de actuación en materia de protección de víctimas de delitos graves contra la vida, la integridad física y la integridad sexual, instrumento indispensable para profundizar una tarea de articulación con los organismos competentes: Centros de Asistencia a las Víctimas (“CAV”, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires), Centros de Acceso a la Justicia (“CAJ”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y Centros de Asistencia a Víctimas y Acceso a Justicia (“CAVAJ”, Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires).

65. En los fundamentos de la reforma se dijo: “En definitiva, no se persigue otro objeto que posibilitar al máximo el irrestricto acceso a la justicia que debe garantizar el Estado. En efecto, vemos a diario en la práctica tribunalcía que personas humildes, víctimas de delitos, para actuar como particular damnificado se ven forzados, por cuestiones prácticas, a otorgar poder ante escribano público tal cual lo exige la letra actual del artículo, lo que supone un gasto significativo, que se convierte a su vez en una valla más para el mencionado acceso a la justicia”.

66. B.O. 10/2/2009.

a) Por un lado se contempla en el inciso 7° la posibilidad de recurrir en los mismos casos en que lo pueda hacer el fiscal, aunque este no lo hiciera (Es decir, puede apelar una sentencia absolutoria, y luego puede ser condenado de forma autónoma)

b) En el inciso 4° habilita la posibilidad de requerir la elevación a juicio con los alcances del art. 334 bis del C.P.P. e intervenir en la etapa de juicio. Postura que ya en la doctrina venían sosteniendo Falcone que–siguiendo algunos fallos de la CSJN como “Santillán”, “Del’ Olio” y “Quiroga”– afirmaba que el particular damnificado es autónomo y puede abrir el debate aun cuando el MPF considere que no existe mérito para llevar a cabo el juicio pudiendo ir sólo el particular damnificado al debate, y evitar que el fiscal vaya al juicio “a tomar el té”, como bien refiere Javier De Luca.⁶⁷

Concluyendo, el rol autónomo del particular damnificado sumado a lo establecido en la “Ley de Víctimas” plantean un nuevo escenario al MPF respecto no sólo a cómo debe actuar, sino hasta dónde. A lo expuesto debemos sumar la posibilidad de convertir la acción pública en privada como lo establece la ley 27.147 en el art. 73 del Código Penal.

8. EL JUICIO POR JURADOS. UN NUEVO DESAFÍO AL MPF

Siguiendo a Harfuch podemos señalar que la norma provincial (ley 14583 y modif. 14589) es una reparación histórica tras 160 años de incumplimiento constitucional.⁶⁸ En efecto, sucedemos en este punto al maestro Bidart Campos, quien tempranamente lo advirtió respecto al control de constitucionalidad, afirmando que tanto lo puede ser por acción como por omisión. Así explicaba que “*hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda a hacer*”.⁶⁹ Agregamos que, en modo alguno el paso del tiempo transforma la manda del constituyente en una suerte de “desuetudo constitucional” y por lo tanto deja de existir la obligación constitucional.

En igual sentido el Juez Rosatti dijo “...a pesar del claro -y reiterado- mandato constitucional, la institución del juicio por jurados aún no se ha implementado por el

67. FALCONE, Roberto A.; “El particular damnificado en el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires a partir de los últimos precedentes de la CSJN”; Revista de Derecho Procesal Penal, 2008-2, “La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal”, Rubinzal – Culzoni, p.140.

68. HARFUCH, Andrés; *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, 2013, p.31

69. BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución Reformada, T.1., Ediar, 1998 p. 354.

Congreso Nacional en la República Argentina. La omisión parlamentaria no puede conllevar una derogación de hecho de la institución, en tanto ello equivaldría someter la vigencia de las normas constitucionales a la actividad o pasividad de los poderes constituidos, que son quienes –en vez de ignorarlas o violentarlas– se encuentran obligados a cumplirlas” (consid.5).⁷⁰

En efecto, como sabemos, una ola “juradista” está pasando por el derecho público provincial y consagrando el juicio por jurados: ya son once las provincias que han cumplido con la obligación constitucional; la última fue la provincia de Salta en fecha muy reciente.⁷¹ También en el orden federal existen varios proyectos de ley vigentes, por lo que el interés lejos de difuminarse se encuentra presente tanto desde la academia como en la política.

Su puesta en marcha sigue impactando en la profundización del sistema acusatorio y adversarial.

Así, nuestra ley provincial, sin perjuicio de la posibilidad de renuncia de la que nos ocuparemos más adelante, establece que serán juzgados por un Tribunal de Jurados aquellos delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto (art. 22 C.P.P.), lo que, nótese, coincide con el monto de pena máxima límite fijado para el juzgamiento por Tribunal técnico unipersonal (art. 22 C.P.P.) por lo cual la intervención del Tribunal técnico integrado por tres jueces ha quedado en este punto como residual: ante la renuncia al juicio por jurados o el pedido expreso de intervención en el caso del Tribunal técnico (art. 22 inc. b C.P.P.), con la salvedad de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones (art. 22 inc. a C.P.P.), de su exclusiva competencia.

Al comentar la norma señala Schiavo su particularidad considerándola una suerte de “posibilidad de resignación sin expresión de causa”, afirmando que este particularismo sólo lo registra la provincia de Buenos Aires.⁷² Advierten también acerca de

70. CSJN, Fallos,342:697.

71. Fue aprobada por el Senado el 5/12/24. <https://inecip.org/noticias/salta-se-convierte-en-la-decimosegunda-provincia-en-sancionar-una-ley-de-juicio-por-jurados/>

72. HERBEL, Gustavo -SCHIAVO, Nicolás; Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T.1, Hammurabi, 2024, p.210.

la dificultad operativa de la norma Carral y Lorenzo, ya que la consideran contraria a los principios garantizados por nuestra carta fundacional de derechos. Aportan como solución interpretativa para zanjar la cuestión que, en caso de pluralidad de imputados, la no renuncia de unos de ellos determinaría la integración del tribunal por jurados.⁷³

La norma del art. 22 bis del C.P.P. presenta varias dificultades en su interpretación y armonización con el resto de las normas generales que establece el C.P.P.⁷⁴

Ha sido cuestionada desde el momento mismo de su sanción, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en su apartado final en tanto establece que “En caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del Tribunal de conformidad a lo establecido en el artículo 22” (es decir, el Tribunal de jueces técnicos). Ello, en la convicción de que, ante la disímil voluntad del litisconsorcio de imputados, la solución debiera ser precisamente la opuesta, a la luz del derecho constitucional involucrado. Por ende fue, señeramente, declarada inconstitucional por varios magistrados (vgr. Juzgado de Garantías N°3 San Martín c. 21.309 “Portillo”, 6/5/2015; Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, causa 6206-14, 16/3/15; Tribunal en lo Criminal N° 2 de Mar del Plata, causa 4408 “Mansilla”, 19/5/2015; Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, 01/7/2015, causa 27.506; Sala I de la misma Cámara, causa 29.947 “Busto”, 26/9/17).

Luego, así lo resolvió la Sala IV del Tribunal de Casación Penal provincial en el caso “Díaz Villalba, Blanca Alicia”:⁷⁵

“... en materia del enjuiciamiento penal existe un Juez Natural que es aquel Magistrado profesional designado por la ley que regule el debido proceso -otra garantía contenida en el propio art. 18 de la C.N.- que coexiste con el otro juzgador cuya intervención deviene necesaria en este tipo de procedimiento cual es el jurado. Es decir, a esta altura de las cosas puedo afirmar, si se me permite la licencia, que existe un Juez que es más

73. CARRAL, Daniel – FERNANDEZ LORENZO, Ramiro; en “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, AAVV, dir. Torres-Basilico, T.1, Hammurabi, 2023, p.131.

74. Parte de estas reflexiones las realizamos en RIQUERT, Fabián y VASQUEZ VISMARA, Ana; “Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Balance a diez años de su funcionamiento” (artículo en prensa).

75. TCP, Sala IV, causa 83.026, sentencia del 22/06/2017.

“natural” que otros jueces, el cual no es otro que el jurado popular, desde que su existencia ya no depende de una ley que lo reconozca como tal sino que su razón de ser y su presencia viene ordenada desde la Constitución Nacional misma.

Este parece ser el espíritu que ha quedado consagrado en la Carta Magna ya desde su regulación originaria en el año 1853.

Pues bien sobre estas bases ha de reposar el análisis del art. 22 bis del ritual que viene cuestionado. Los efectos que provoca la aplicación del precepto en cuestión conforme lo escrito viene a contrariar la voluntad de algunos de los individuos sometidos a la Justicia penal de la provincia de Buenos Aires, desde que los priva de su acogimiento al sistema de enjuiciamiento a través de jurados en caso de que algún consorte de causa opte por el juicio profesional o tradicional. Y resulta innegable que tal dispositivo, conforme está redactado, viola la garantía del Juez Natural contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional al sustraer a un ciudadano de los Jueces que ella ordena resuelvan los procesos en materia criminal cuando la pena en abstracto exceda los quince años.” (voto del Juez Kohan, con adhesión del Juez Natiello).

Una cuestión de la praxis cotidiana de no menor alcance e importancia es la solución procesal consiguiente a esa declaración de inconstitucionalidad. En el caso más arriba citado, el Tribunal de Casación dispuso el desdoblamiento del proceso: los coimputados que no renunciaron serían juzgados por el Tribunal de Jurados populares en tanto el que sí lo había hecho, lo sería por jueces técnicos. Se argumentó sobre el punto a partir del art. 340 del C.P.P. que prevé la separación de juicios y teniendo en miras la situación particular de cada acusado ante la imputación que enfrenta, en vistas de que pueden llegar a coexistir situaciones diferentes respecto de sus posiciones diversas frente al acontecer delictivo. Se consideró que en el caso esa era la solución que mejor contemplaba los derechos en juego, aunque admitiendo lo que es a todas luces evidente: que un juzgamiento desdoblado y duplicado no es la solución más adecuada a la hora de preservar la economía procesal.

Esta última objeción se agudiza y se hace aún más patente cuando la imputación es única para todos los coimputados, es decir, cuando el objeto del proceso en los dos juicios sea el mismo. Con la realización de dos juicios orales no sólo se corre el riesgo de escándalo jurídico por eventuales resoluciones contradictorias sino que se incurre en un desgaste evitable de recursos de toda índole (humanos, materiales, de tiempo), con la consiguiente afectación de una mejor, más eficiente y pronta admi-

nistración de justicia, y con directo perjuicio a los derechos de todos los justiciables (piénsese, vgr., en la situación de la víctima, convocada a declarar en dos debates, con la inevitable revictimización, causación de molestias innecesarias, etc., a contramano de las disposiciones de la ley nacional 27.372 y la ley provincial 12.532 que ahora protegen y regulan expresamente esos derechos, entre tantos otros).

Esta duplicidad también acarreó cuestiones de competencia, cuando esa situación se planteaba ya con el caso elevado a juicio: ¿se desinsaculan dos Tribunales sucesivamente? ¿Qué Tribunal hace qué juicio? ¿Se desinsacula un único Tribunal? ¿Uno de sus jueces puede cumplir los dos roles, actuando en el juicio por jurados a la vez que integrando el Tribunal de jueces técnicos en el otro juicio? ¿O esas funciones son incompatibles y, si interviene en el juicio por jurados, debe apartarse del juicio ante el Tribunal técnico por riesgo de contaminación o eventual emisión de opinión sobre puntos a decidir y el Tribunal debe integrarse con otro magistrado en su reemplazo? Las opciones en la práctica no eran pocas ni sencillas.

Por ende, se ensayó una segunda solución: la realización de un único juicio, pero ante el Tribunal de Jurados, revirtiendo así directamente en la práctica la consecuencia que la norma declarada inconstitucionalmente establecía para el caso de voluntades disímiles entre los coimputados. De este modo, aquél coimputado que no renuncia define para todo el juzgamiento ante el Tribunal de Jurados populares.

Así se ha resuelto, por ejemplo, en el Departamento Judicial Mar del Plata (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Sala III en causa 33.124 “Perea”, 23/03/2022; Sala II, en causa 3517 “Santillán, Marcelo Rubén s/ homicidio en ocasión de robo”, 02/12/2022). Creemos que, hasta tanto no se concrete una reforma legislativa sobre el punto (conforme la sugerencia de *lege ferenda* efectuada por el voto del Juez Kohan en el precedente “Díaz Villalba” ya citado), esta es la solución que mejor compatibiliza los derechos en juego, asegura el juzgamiento por el Juez natural conforme las disposiciones constitucionales y, a su vez, cumple con criterios de economía procesal y eficiencia en la administración de justicia.

Podemos concluir que hasta que el legislador no modifique la norma, ante la dispar jurisprudencia de las Salas de la Casación, sería de utilidad que unifiquen el criterio a partir del dictado de un “plenario”.

Importaciones: Con satisfacción observamos cómo distintas herramientas procesales previstas en un principio para regir en el marco del juicio por jurados han sido “importadas” o se han producido “contrabandos normativos” a los procesos ante jueces técnicos, no quedando limitado a la etapa de juicio, sino que atraviesan en todo el proceso penal, desde la investigación penal preparatoria hasta el juicio, los que van siendo acompañados por la jurisprudencia de las distintas instancias.

Así, podemos mencionar los siguientes:

a) La necesidad de explicitar tempranamente en la audiencia obligatoria del art. 338 del CPP, la **teoría del caso**, lo que exige primero a las partes seleccionar que prueba tiene para el debate, y luego el tribunal un exigente control, previa litigación, de la prueba que efectivamente va a ingresar al debate con un fuerte escrutinio por parte del tribunal acerca de la pertinencia y utilidad de cada una de ellas.⁷⁶ Este filtro que realizar el órgano de juicio impacta en forma directa en la investigación, y debe interpelar al MPF para que evalúe que elementos de convicción ha recolectado o va a ofrecer en miras al debate antes de elevar la investigación a juicio (art. 334 CPP). En esta dirección se inscribe la Res. 2440/22 de la SCBA que implementa “El programa de fortalecimiento y optimización de las funciones de la audiencia preliminar prevista en el artículo 338 del C.P.P.”.

b) La posibilidad de realizar **acuerdos o estipulaciones probatorias** (art.338 inciso 6 C.P.P.) sobre las cuestiones que no sean controvertidas, con el objetivo de circunscribir aquellas cuestiones que efectivamente se van a litigar, lo que implica un mayor rendimiento de las audiencias de juicio, incluso acortando las jornadas y de esta forma liberando las agendas de las partes y del tribunal para poder llevar a cabo otros debates en esas fechas.

c) La **litigación**. A partir de los interrogatorios y contrainterrogatorios a testigos y peritos. Esta práctica también impacta en los debates antes los jueces técnicos. Ya los jueces no pueden “preguntar”, ni siquiera bajo la excusa de realizar “preguntas aclaratorias”. Toda la información debe ser producto de la actividad de las partes. Se

76. En principio no puede ingresar al debate la “prueba impertinente”: prueba que las partes ofrecen sobre puntos que sin lugar a dudas no interesa probar para resolver las cuestiones referentes a la existencia del delito y a la responsabilidad del imputado; la “irrelevante” que no acreditan las teorías de los casos; la “inadmisible”: expresamente prohibida 203 CPP o ilegal 211 CPP; la “superflua”: son públicamente conocidas, y finalmente la “redundante o superabundante”: ya se encuentra verificada con otras evidencias.

puede verificar que ha contribuido a mejorar en todo tipo de audiencias, experiencia que ya se había iniciado a partir del proceso de flagrancia pero que el juicio por jurados ha profundizado el acusatorio.

d) Justificar el **ingreso y resguardo de la evidencia al juicio**. Deberá el MPF, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Casación en materia de juicio por jurados, reevaluar la utilización de los anticipos extraordinarios de prueba (art. 274 C.P.P.) como así la forma en que pretende ingresar evidencia al debate, debiendo tomar los recaudos necesarios respecto a la prueba testimonial en donde los testigos quizás no puedan estar presentes al momento del debate. Sino existe posibilidad de control por parte de la defensa, la fiscalía no lo podrá hacer valer en el debate. Sobre esta cuestión debe tenerse como guía el fallo “Benítez” de la CSJN.⁷⁷

Podemos concluir que el juicio por jurados ha traído no sólo mayor legitimidad al Poder Judicial, sino que ingresa transversalmente a todo el proceso penal desde la investigación hasta la ejecución, incorporando nuevas prácticas a los operadores que profundizan el modelo de proceso penal establecido por la Constitución Nacional en 1853.

9. CONSIDERACIONES FINALES:

1. El proceso acusatorio tiene su base en normas constitucionales y convencionales que obligan al Estado para imponer una condena que se realice mediante el “debido proceso”. Desde esta perspectiva resulta ser una garantía con carácter bifronte. Sustancial porque dentro de la manda del art. 18 CN, el ciudadano tiene derecho al debido proceso legal; y procesal porque para llevar a cabo el mismo, el Estado, ya sea provincial o nacional (art.75 inc. 12 del CPP) debe hacerlo mediante el proceso acusatorio y adversarial. Este modelo, es una derivación de la división de poderes, evitando la concentración de funciones en un solo órgano. En definitiva, es el modelo de “Proceso Penal de la Constitución”.

2. Para llevar a cabo el Ministerio Público Fiscal sus funciones en el Siglo XXI en forma eficiente, resulta imprescindible que formule una política criminal que utilice nuevos recursos (técnicos y humanos) para que las investigaciones puedan ser efec-

77. Fallos: 329:5556.

tivas. En este sentido, la puesta en marcha de la Policía Judicial va a permitir cumplir con la manda constitucional y legal. También la articulación con otros poderes del Estado (nacional y provinciales) y la vinculación con agencias internacionales son útiles para coordinar y cooperar en investigaciones complejas. Debemos no obstante advertir que, en procura de una mayor eficacia en la persecución penal, no se vulneren garantías constitucionales. Consideramos que resulta imprescindible una reforma procesal para el tratamiento de la evidencia digital, ya que nuestro ordenamiento en materia probatoria es analógico.

3. El juicio por jurados ha profundizado el acusatorio y adversarial. Sus prácticas se extienden no sólo a la etapa de juicio sino impactan a lo largo de todo el proceso penal. En esta dirección MPF debe prestar especial atención con la producción de la prueba, de acuerdo a los estándares de la admisibilidad de la prueba delineados legal y jurisprudencialmente, desde el comienzo de la investigación y luego en la audiencia del art. 338 C.P.P., a partir de un claro planteo de la “teoría de su caso” y de la pertinencia de la prueba a producir en el juicio.

Finalmente, el modo de litigación que exige el juicio por jurados ha contribuido a mejorar en general las prácticas en todo tipo de audiencias, produciéndose “importaciones” también hacia los juicios técnicos, como los “acuerdos o estipulaciones probatorias”.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

Crimen organizado y cooperación internacional: evolución normativa, técnicas especiales de investigación y desafíos para el Ministerio Público Fiscal

Ricardo A. Basilico

Mariano N. Lema

Crimen organizado y cooperación internacional: evolución normativa, técnicas especiales de investigación y desafíos para el Ministerio Público Fiscal

Por Ricardo A. Basilico¹ y Mariano N. Lema²

1. INTRODUCCIÓN

El crimen organizado es un fenómeno delictivo complejo y dinámico, cuyo abordaje exige un enfoque integral desde la doctrina penal, la legislación, la jurisprudencia

1. Ricardo A. Basilico, 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-honoren" 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, co-autor, 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.

comparada y la cooperación internacional. En este capítulo analizaremos su definición y evolución, la distinción con la figura de asociación ilícita prevista en el art. 210 del Código Penal argentino y los problemas dogmáticos que surgen de la concurrencia de delitos. Examinaremos la estructura típica propuesta en el anteproyecto de reforma del Código Penal en materia de crimen organizado (elementos objetivos/subjetivos, penas, agravantes, rol de líderes, finalidad económica, aspectos territoriales y transnacionales), así como el rol fundamental de la cooperación internacional mediante la extradición, la asistencia legal mutua, los equipos conjuntos de investigación, el decomiso de bienes y la armonización normativa (Convención de Palermo, directivas de la UE, recomendaciones GAFI, iniciativas UNODC, etc.).

Asimismo, se abordarán las técnicas especiales de investigación (agente encubierto, entregas vigiladas, informantes, “arrepentido”, etc., previstas en la Ley 27.319, el CPPF y normas complementarias), analizando su fundamento, marco legal, límites y garantías, y su vínculo con la cooperación internacional.

Finalmente, identificaremos los desafíos pendientes para el Ministerio Público Fiscal (MPF) y el sistema penal argentino en la lucha contra el crimen organizado: la coordinación interinstitucional, el fortalecimiento de la capacidad operativa, la formación técnica especializada, la profundización de la cooperación regional y la adecuación del marco legal.

2. DEFINICIÓN, EVOLUCIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO. VISIÓN CONVENCIONAL Y DERECHO COMPARADO

Crimen organizado es una expresión que abarca a grupos delictivos estructurados, dedicados a la comisión continuada de delitos graves, típicamente con fines de lucro o poder. Si bien en el lenguaje coloquial suele asociarse a mafias o carteles, el concepto ha evolucionado tanto en la criminología como en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales. Un hito fundamental fue la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000 (conocida como Convención de Palermo), que ofreció la primera definición de grupo delictivo organizado que estableció la Resolución de 8 de enero de 2001: “*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves [...] con miras a obtener, directa o in-*

directamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”³. Según esta Convención (ratificada en Argentina por Ley 25.632), se entiende por *grupo estructurado* aquel que no se forma aleatoriamente para la comisión inmediata de un delito, sino que presenta cierta estabilidad o continuidad, aunque no necesariamente una jerarquía formal. Y, asimismo, delimita *delito grave* como aquel con pena máxima no menor a 4 años de prisión.

Así que, esta definición internacional es importante porque fija un estándar común para que los Estados tipifiquen y combatan estas conductas, enfatizando la obtención de beneficios económicos como móvil típico del crimen organizado (lo que excluye, en principio, a grupos meramente políticos o terroristas, regulados por otros instrumentos).

Desde una perspectiva comparada, distintos países han desarrollado sus propias aproximaciones legales al crimen organizado, muchas veces influidos por sus realidades criminales específicas:

Estados Unidos: ya en 1970 promulgó la ley RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*), parte de la *Organized Crime Control Act*, para enfrentar principalmente a la mafia italoamericana. RICO no define al crimen organizado por la estructura del grupo en sí, sino que sanciona un *patrón de conducta delictiva continuada* cometido en el marco de una “empresa” u organización criminal que opera afectando el comercio interestatal. En esencia, RICO permite imputar a miembros de una empresa criminal por participar en una serie de “actos de extorsión” (*racketeering acts*) relacionados entre sí, lo que facilita procesar a líderes que ordenan delitos pero no los ejecutan directamente. Se trata de una ley “*amplificadora*” que agrava la comisión de delitos cuando son parte de un patrón organizado. Las penas bajo RICO son severas (hasta 20 años o incluso cadena perpetua, más multas) y prevén además medidas de decomiso patrimonial⁴. RICO tuvo un impacto enorme, posibilitando juicios históricos contra la Cosa Nostra en los 1980s y luego aplicándose a otras formas de crimen organizado (pandillas, corrupción, e

3. A/RES/SS/25, Adenda. Se conoce como la “Convención de Palermo”

4. Hafner Annette, Álvarez Gonzalo; “Crimen Organizado: Legislación y Programas comparados Estados Unidos de Norteamérica, México, El Salvador, Colombia y España”; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria; elaborado el 07/06/2012, actualizado al 08/05/2023 y complementado con el caso de Colombia. SUP N° 138150. Leer en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34259/1/Lucha_contra_crimen_organizado__18_05_2023_rev_CW_EDT_PA.pdf#:~:text=Italia%2C%20es%20posible%20concluir%3A%20,dispone%20de%20una%20Ley%20Federal

incluso terrorismo)⁵.

Italia: la lucha contra la mafia italiana llevó a la creación de un tipo penal específico de *asociación de tipo mafioso*. Tras graves hechos de violencia mafiosa, la Ley 646/1982 (conocida como ley Rognoni-Latorre) introdujo el art. 416-bis en el Codice Penale. A diferencia de la asociación criminal genérica (art. 416 CP italiano), el 416-bis exige que la organización se valga de la fuerza de la intimidación y del sometimiento del llamado *método mafioso* para lograr control de actividades económicas, concesiones, u obtener beneficios e influencias. La mera pertenencia a una asociación mafiosa es delito, con penas agravadas, independiente de los crímenes concretos cometidos por la organización. Y, es un modelo que reconoce la peligrosidad especial de las mafias (Cosa Nostra, Camorra, 'Ndrangheta, etc.), y que habilita medidas especiales como el decomiso ampliado de bienes, colaboraciones eficaces (pentiti) y regímenes carcelarios duros para jefes mafiosos. Italia complementó la tipificación penal con un vasto derecho antimafia, incluyendo direcciones investigativas especializadas, protección de testigos, normativa de bienes incautados y figuras administrativas (ej. medidas de prevención patrimonial).

España: incorporó en su Código Penal figuras de organización criminal y grupo criminal a partir de reformas en 2010, siguiendo compromisos con la Unión Europea. El CP español define *organización criminal* como una agrupación estructurada de personas, con reparto de tareas, cierta permanencia y coordinación, destinada a cometer delitos graves, mientras que *grupo criminal* es una unión menos organizada y estable para delinquir. Estas figuras (arts. 570 bis y siguientes CP) permiten castigar la pertenencia o creación de tales organizaciones, con penas moduladas según la gravedad de los delitos planeados y el rol (mayor pena a jefes). España así cumple con la Decisión Marco 2008/841/JAI UE⁶ sobre lucha contra la delincuencia organi-

5. Hafner Annette, Álvarez Gonzalo; "Crimen Organizado: Legislación y Programas comparados Estados Unidos de Norteamérica, México, El Salvador, Colombia y España"; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria; elaborado el 07/06/2012, actualizado al 08/05/2023 y complementado con el caso de Colombia. SUP N° 138150.

6. La Decisión Marco del Consejo de Europa relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (presentada por la Comisión) de fecha 19 de enero de 2005 formula la siguiente definición: "Artículo 1. Definiciones A los fines de la presente Decisión marco, se entenderá por "organización delictiva" una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Se entenderá por "organización estructurada" una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada."

zada, la cual definió organización delictiva en términos similares a Palermo. Se prevé incluso la punibilidad de conspiraciones o acuerdos preparatorios.

México: afrontando la realidad de los carteles de droga, adoptó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) en 1996, que establece reglas especiales para investigar y sancionar delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada. La LFDO (reformada en 2014) define *delincuencia organizada* como la organización de tres o más personas para cometer en forma permanente o reiterada ciertos delitos graves (narcotráfico, secuestro, trata, tráfico de armas, etc.), imponiendo penas más altas por la mera pertenencia. Además, la ley mexicana crea figuras procesales específicas: facultades de intervención de comunicaciones, arraigo (detención preventiva prolongada) para investigados, testigos protegidos, jurisdicción especializada e incluso tipos penales autónomos por actos de terrorismo y financiamiento. Esta ley especial complementa al Código Penal Federal y ha sido un pilar en la estrategia contra los carteles, aunque con debate sobre sus implicaciones en derechos fundamentales.

Colombia: padeció durante décadas poderosas organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico (cárteles de Medellín y Cali, luego *bandas criminales* o BACRIM tras la desmovilización paramilitar). Históricamente se usó la figura de *concierto para delinquir* (art. 340 CP colombiano) para perseguir la asociación criminal; este tipo penal genérico se ha ido agravando cuando el concierto es para ciertos fines (narcotráfico, terrorismo, etc.). En 2018 Colombia dictó la Ley 1908 de “Fortalecimiento de la lucha contra el crimen organizado”, que introdujo medidas de investigación especiales y mejoras en la articulación interagencial. Por ejemplo, estableció la posibilidad de agentes encubiertos, beneficios para informantes, creación de un registro de líderes criminales, entre otras medidas. Adicionalmente, Colombia ha hecho uso intensivo de la cooperación internacional (especialmente con EE.UU. vía extradiciones) para desarticular cárteles y redes transnacionales.

Así que, en suma, aunque la terminología y estrategias varían, se observa convergencia en reconocer al crimen organizado como algo distinto de los delitos comunes: implica estructura, permanencia, comisión reiterada de delitos graves y frecuentemente una búsqueda de poder económico. Los países han debido adaptar sus leyes para sancionar no solo los delitos individuales (ej. tráfico de drogas, secuestro) sino la pertenencia a la organización criminal en sí misma, cerrando espacios de impunidad. La evolución legal también responde al entendimiento de que estas organizaciones

minan la seguridad pública, corrompen instituciones y hasta amenazan la soberanía estatal en zonas que controlan (eje común en América Latina).

Cabe mencionar que, junto al plano normativo, ha habido una evolución político-criminal en la conceptualización: se distingue a veces entre *crimen organizado transnacional* (de gran alcance, con redes internacionales, ej. narcotráfico global) y *criminalidad organizada local o regional* (agrupaciones que operan en un territorio específico con impacto más acotado). Ambos comparten métodos similares, variando en escala. El crimen organizado de alcance global –alimentado por economías ilícitas enormes e indiferente a fronteras– tiene a su “sombra” una criminalidad organizada de menor escala⁷, pero igualmente estructurada y violenta en ámbitos locales o nacionales. Esta diferenciación sirve para diseñar políticas: mientras las mafias transnacionales exigen cooperación interestatal intensa, las bandas locales requieren fortalecer respuestas a nivel provincial/municipal sin perder de vista sus posibles conexiones externas⁸.

Finalmente, es importante destacar que el propio término “crimen organizado” no tiene en Argentina una definición legal unívoca en el Código Penal vigente. Tradicionalmente se utilizó la figura de asociación ilícita (art. 210 CP) para abarcar cualquier agrupación criminal. Sin embargo, como veremos, esta figura resultó insuficiente o inadecuada para ciertos fenómenos contemporáneos, motivando propuestas de reforma para tipificar específicamente la participación en organizaciones criminales en línea con la Convención de Palermo.

A continuación, analizaremos la relación y diferencias entre la figura clásica de asociación ilícita y el moderno concepto de organización criminal, con sus implicancias dogmáticas.

7. Micieli, Mariano, *Crimen organizado y criminalidad organizada. El delito de asociación ilícita como herramienta político criminal*, Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Septiembre de 2024, No. 524. Leer en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Crimen%20organizado%20y%20criminalidad%20organizada%20-%20El%20delito%20de%20asociaci%C3%B3n%20il%C3%ADcita%20como%20herramienta%20pol%C3%ADtica%20criminal.pdf#:~:text=este%20fen%C3%B3meno%20le%20sigue%2C%20desde,Frente%20a%20este>

8. Micieli, Mariano, *Crimen organizado y criminalidad organizada. El delito de asociación ilícita como herramienta político criminal*, Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Septiembre de 2024, No. 524. Leer en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Crimen%20organizado%20y%20criminalidad%20organizada%20-%20El%20delito%20de%20asociaci%C3%B3n%20il%C3%ADcita%20como%20herramienta%20pol%C3%ADtica%20criminal.pdf#:~:text=este%20fen%C3%B3meno%20le%20sigue%2C%20desde,Frente%20a%20este>

3. ENTRE LA COAUTORÍA PLURAL Y LA EMPRESA CRIMINAL: PRECISIO- NES SOBRE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CRIMEN ORGANIZADO

La asociación ilícita (art. 210 del Código Penal) ha sido históricamente la herramienta legal para perseguir a grupos de personas que se conciertan con fines delictivos. El texto vigente (introducido originalmente en 1921 y apenas modificado en 1984) dispone: *“Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el 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 esa asociación. Para los jefes u organizadores, el mínimo de la pena será de cinco años”*. Se trata de un delito de peligro contra el orden público, que se consuma por la mera existencia de la organización y la participación en ella, sin necesidad de que se ejecuten los delitos que son su propósito.

La figura agravada del art. 210 bis CP (incorporada en 1984 por Ley 23.077) eleva la pena de 5 a 20 años si la asociación ilícita tiene finalidades subversivas que ponen en riesgo la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que reúna al menos dos de una lista de características especiales (ej.: ser más de 10 miembros, poseer organización militar, estructura celular, armas de guerra, operar en varias jurisdicciones, involucrar miembros de fuerzas de seguridad, conexiones internacionales, apoyo de funcionarios).⁹ Esta agravante respondía al fenómeno de organizaciones armadas de carácter político (ej. grupos guerrilleros o paramilitares). Por tanto, hasta fechas recientes convivían en nuestra legislación: (a) la asociación ilícita común (cualquier banda de 3 o más para delinquir), y (b) la asociación ilícita agravada “subversiva” del 210 bis.

Ahora bien, la categoría de asociación ilícita, tan amplia y genérica ha generado múltiples debates dogmáticos y de política criminal. Uno de ellos es su distinción –no siempre clara– con la idea de crimen organizado. No toda asociación ilícita califica como “organización criminal” en el sentido moderno: puede haber asociaciones para delitos menores o de corto alcance que no constituyan verdaderas empresas criminales de tipo mafioso. Sin embargo, ante la falta de otra figura, el art. 210 CP se aplicó a una variedad de situaciones, desde pandillas barriales hasta grandes bandas de narcotráfico. Esta sobre extensión ha sido criticada: se ha dicho que la figura actuó

9. Maidana, Ricardo R., “Asociación ilícita” en Código penal comentado de acceso libre, en APP. Leer en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37788.pdf#:~:text=Art,por%20diez%20o%20m%-C3%A1s%20individuos>

como “un saco roto donde van a parar casos que no superan la mera complicidad”¹⁰, usándola en forma abusiva incluso cuando no se probaba una estructura permanente real¹¹. En otras palabras, a veces se invocaba asociación ilícita para agravar penas en delitos cometidos por varias personas, sin que hubiera una verdadera organización previa distinta del hecho delictivo principal.

Por lo que, la necesidad de diferenciar conceptualmente ambas nociones es clara: el crimen organizado alude a estructuras estables, con cierta sofisticación y alcance (a menudo transnacional, con fines económicos sustanciales), mientras que la asociación ilícita tradicional abarca cualquier acuerdo delictivo pluripersonal relativamente permanente. En la práctica, una organización criminal sería una *especie* dentro del *género* asociación ilícita, caracterizada por su mayor complejidad y peligrosidad. Esta idea ha llevado a proponer que la ley distinga las formas simples de asociación delictiva de aquellas calificadas como crimen organizado –justamente lo que busca el anteproyecto con la nueva figura, reservando mayores penas y herramientas especiales a estas últimas (ver Sección 3).

4. CONCURSO ENTRE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA Y LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS MIEMBROS

Otro problema dogmático clásico es el concurso entre la asociación ilícita y los delitos cometidos por sus miembros. La definición de la forma de concurso entre el delito de asociación ilícita y los hechos que la organización ejecuta ha sido objeto de un itinerario jurisprudencial y doctrinario intenso. En el plenario Casanova, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires resolvió que la asociación ilícita no queda absorbida por el robo en banda (art. 167 inc. 2), sino que ambos concurren realmente, aplicándose el art. 55 del Código Penal (Rto. 24 de noviembre de 1953). La mayoría –liderada por el juez Santa Coloma– razonó que las acciones de robo y daño desplegadas por la asociación constituían decisiones independientes respecto de la infracción originaria al art. 210, por lo que correspondía aplicar la doctrina pacífica que admite dos sanciones penales en concurso material cuando los miembros, además de integrar la asociación, cometen un delito concre-

10. CANTARO, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R., Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 340.

11. Maidana, Ricardo R., “Asociación ilícita” en Código penal comentado de acceso libre, en APP. Leer en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37788.pdf#:~:text=Art.por%20diez%20o%20m%-C3%A1s%20individuos>

to. En disidencia, Beruti invocó el *ne bis in idem*, advirtiendo el riesgo de valorar “como dos hechos lo que en realidad constituía dos instancias distintas de un mismo *iter criminis*”.

Este fallo fue dictado durante la vigencia del plenario Mouzo, que, como se verá, había sostenido la identidad sustancial entre “banda” y “asociación ilícita”. La tensión entre ambos criterios exhibe, en clave político-criminal, la dificultad de evitar o bien la impunidad por absorción, o bien la duplicación punitiva por doble valoración del mismo desvalor de acción.

En el plano doctrinal, Ziffer señala que el tema recibió “escaso tratamiento” atribuyendo esa parquedad a la resistencia a aceptar el concurso ideal entre delitos instantáneos y permanentes¹². En la dogmática alemana, sin embargo, predomina la tesis del concurso ideal, pues se entiende que la intervención en los delitos de la asociación es siempre “participación como miembro”: lo realizado dentro de los hechos ejecutivos es, simultáneamente, un aporte como coautor o partícipe¹³.

Entre nosotros, Ziffer y Cantaro objetan que la tesis del concurso real “secciona artificialmente una unidad de conducta”, porque si el modo de tomar parte en la asociación es precisamente la comisión de los delitos que ella promete, no puede sostenerse que la sociedad criminal sea un estado anterior e independiente¹⁴. Ziffer admite, de todos modos, que esta solución acarrea problemas teóricos arduos — materiales y procesales— derivados del doble carácter de la asociación ilícita como delito permanente y de organización¹⁵.

Un primer escollo es el denominado “efecto enlace”: evitar que el delito permanente común a varios delitos instantáneos sea valorado más de una vez¹⁶. Si varios delitos se consideran en unidad de acción con uno determinado, la unidad se proyecta entre esos diversos hechos por el “enlace” del delito perma-

12. Ziffer, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, 2005, p. 113.

13. Ziffer, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, 2005, p. 117.

14. Cantaro, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 351.

15. Ziffer, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-hoc, 2005, p. 125.

16. ZIFFER, Artículos 210 y 210 bis, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R, cit., p. 398.

nente¹⁷. Así, si en el marco de una asociación se cometen dos homicidios, éstos concurrirían idealmente entre sí y con la asociación, generando un problema de determinación de pena. Por ello, parte de la doctrina sostiene que el delito permanente pierde su aptitud de enlazar cuando se enfrenta a hechos de mayor contenido de injusto. Zaffaroni critica con acierto esta salida, pues carece de una razón convincente para aceptar el concurso ideal cuando el “tipo gancho” es más grave y rechazarlo cuando es más leve¹⁸.

Si, en cambio, se opta por el concurso real entre los delitos ejecutados por los miembros, surge otro problema: siguiendo el ejemplo, los homicidios concurrirían idealmente con la asociación y materialmente entre sí, con el consiguiente riesgo de valorar dos veces la pertenencia asociativa¹⁹. Para desbloquear el atolladero, Jakobs propone fijar, primero, la pena de los delitos posteriores aplicando las reglas del concurso real, prescindiendo de la unidad de acción, y sólo después hacerlos concurrir idealmente con el delito común —la asociación ilícita—²⁰.

El costado procesal replica la complejidad: la delimitación de la cosa juzgada en delitos permanentes exige concebir como “unidad de conducta” todos los actos con los que se prolonga el estado consumativo²¹. De allí que la condena firme por uno de esos delitos comprenda todos los comportamientos ocurridos hasta su notificación y relacionados con el mismo hecho punible, hayan o no sido conocidos o debatidos por el tribunal²². La consecuencia es clara: el juzgamiento del delito permanente precluye la persecución ulterior de los hechos delictivos perpetrados por los integrantes antes de ese acto²³.

Desde la perspectiva de la política criminal contra organizaciones, el equilibrio se alcanza evitando tanto la absorción que invisibiliza el plus de injusto organizativo como la doble punición por el mismo desvalor estructural. En esa línea, los criterios que ordenan la determinación de la pena y la extensión de la cosa juzgada resultan

17. ZIFFER, cit., p. 68.

18. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2002, Buenos Aires, pp. 867.

19. *Ibidem*.

20. JAKOBS Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 124.

21. Zaffaroni, Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2002, Buenos Aires, pp. 859.

22. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Ed. Del Puerto, 2004, 2ª ed., 3ª reimp., p. 618.

23. CAFFERATA NORES, José I., *Asociación ilícita y non bis in idem*, LA LEY 1999-B, 300

decisivos para no convertir el tipo asociativo en una válvula automática de agravación o, inversamente, en un casillero decorativo.

5. LA “ASOCIACIÓN” Y LA AGRAVANTE “EN BANDA”

La pluralidad activa opera en nuestro sistema como agravante genérica (arts. 40 y 41 CP) y como calificante específica en numerosos tipos (ver, por ejemplo, arts. 145 bis inc. 2, 145 ter inc. 3 y 233 CP). El legislador utiliza rótulos diversos para describirla y, en ciertos supuestos, recurre a la expresión “banda” (ver arts. 166 inc. 2, 167 inc. 2, 184 inc. 4 y 303 CP). Esta terminología desencadenó un debate histórico sobre su eventual equivalencia —o no— con la asociación ilícita del art. 210.

El derrotero jurisprudencial puede ordenarse en tres plenarios de la Cámara en lo Criminal y Correccional: Mouzo, Coronel y Quiroz. En Mouzo²⁴ se sostuvo que, para configurar la calificante “en banda” en robo y daño, la “banda” debía reunir las notas de la asociación ilícita. Ure apoyó su tesis en los antecedentes históricos: el proyecto de 1891 —y luego los de 1906 y 1907— definían “banda” como “la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados”, mientras que el proyecto de 1917 incluía en su art. 78 una definición suprimida en el Senado, al entenderse que el concepto ya se precisaba en el art. 210; además, la exposición de motivos de 1906 ubicaba las “bandas” como delito de la parte especial, siguiendo legislaciones que castigaban a las asociaciones por su sola organización. Ure añadió una lectura sistemática: la conjunción disyuntiva del art. 210 (“asociación o banda”) expresaría una equivalencia terminológica. Pessagno, en cambio, advirtió la incongruencia técnico-penal de duplicar funciones: calificar robos y daños con la “asociación ilícita” y, a la vez, tratarla como delito autónomo, lo que quebraría las reglas de concurso.

“Coronel”²⁵ revierte “Mouzo”: para aplicar las agravantes de los arts. 166 inc. 2, 167 inc. 2 y 184 inc. 4 CP basta la intervención de tres personas en el hecho, sin necesidad de configurar una asociación ilícita. Ure cambia allí su postura y acompaña el voto de Cabral, quien retoma el argumento de Pessagno: tras suprimirse en el Senado la definición del art. 78, el Código dejó “banda” sin concepto técnico propio, y la

24. Rto. 28 de julio de 1944

25. Rto. 07 de junio de 1963

agravante hunde sus raíces en una tradición que pone el acento en el mayor riesgo derivado de la coejecución, exista o no asociación.

La discusión queda finalmente precisada en Quiroz²⁶: con Zaffaroni y Argibay en minoría, se estableció que, a los fines del art. 167 inc. 2 CP, es suficiente la participación de tres o más personas en la ejecución, sin requerir la integración a una asociación ilícita del art. 210. Esta doctrina es hoy la dominante en la Cámara Nacional de Casación Penal²⁷ y en el Tribunal de Casación Penal bonaerense²⁸, que han reiterado que “banda” y “asociación ilícita” no son sinónimos; “asociación” y “banda” constituyen el género y “asociación ilícita” es la especie destinada —por definición— a la comisión de varios delitos.

La pregunta abierta por esta interpretación hegemónica es funcional: ¿exige la calificante que los integrantes de la banda actúen como coautores, o basta la intervención como partícipes necesarios o incluso como cómplices? La doctrina, en general, ha respondido en el primer sentido. Esto es, exigiendo coautoría para integrar la “banda”²⁹.

Para ir finalizando este segmento, el tratamiento del concurso y de la agravante “en banda” muestra un hilo conductor: preservar una respuesta penal proporcionada al plus de organización. En el primer eje, la oscilación entre concurso ideal y real debe resolverse evitando tanto el “efecto enlace” que distorsiona la medición de pena³⁰ como la duplicación punitiva por revalorar la pertenencia asociativa³¹. En el segundo, la distinción conceptual consolidada entre “banda” y “asociación ilícita” impide que la agravante se transforme indebidamente en un “tipo encubierto” de asociación, a la vez que permite calificar la coejecución sin exigir la estructura ni el plan pluridelictivo que caracterizan al art. 210. Desde la óptica de la persecución

26. Rta. 04 de septiembre de 1989

27. CNCP, Sala I, causa 13.260, reg. 16.600.1, “Acosta Andrada, Julio C.”, rta. 20 de septiembre de 2010; Sala III, causa 206, reg. 118, “Esponda, José”; Sala IV, causa 9885, reg. 13861.4, “Schenone, Carlos Abel”.

28. En igual sentido, el TCPBA ha sostenido reiteradamente que la adecuación típica del art. 167 inc. 2 CP no requiere los elementos constitutivos del art. 210 (TCPBA, Sala II, “R. C.”, rta. 20 de noviembre de 2001; “Q. G.”, rta. 17 de julio de 2008; Sala I, “F. J.”, rta. 15 de abril de 2010; Sala III, causa 18.318, “A. M.”, rta. 17 de abril de 2008; causa 28.111, “L. M.”, rta. 3 de febrero de 2009; causa 29.657, “P. B.”, rta. 1 de diciembre de 2009

29. ZIFFER, *El delito...*, cit., p 107 y BACIGALUPO, Enrique, *Notas sobre la banda y la distinción entre auxiliador necesario y la participación necesaria*, LL, 128-1311.

30. ZIFFER, *Art. 210...*, cit., p. 398

31. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, cit., p. 867.

del crimen organizado, ambas líneas —bien calibradas— contribuyen a una política criminal que no confunde cooperación ocasional con organización criminal, y que tampoco desatiende el desvalor añadido de estabilidad y reparto funcional que justifica la autonomía del tipo asociativo.

Sin perjuicio lo expuesto, la cuestión del concurso suele generar situaciones de concursos aparentes o solapamiento normativo. En particular, con la introducción de una figura específica de organización criminal en el anteproyecto, surge la necesidad de delimitarla frente a la asociación ilícita genérica. Es evidente que, si prospera el nuevo tipo penal, no tendría sentido imputar simultáneamente el art. 210 (genérico) y el nuevo art. 210 ter (especial para crimen organizado) por el mismo hecho; operaría el principio de especialidad (la ley especial desplaza a la general).

Finalmente, cabe destacar un matiz subjetivo: en la asociación ilícita clásica basta el dolo genérico de integrarla sabiendo sus fines delictivos, sin exigirse un propósito ulterior específico. En cambio, en el concepto de crimen organizado suele subyacer un elemento tendencial: la búsqueda de lucro o poder material. La Convención de Palermo así lo exige (“beneficio económico u otro de orden material”). En la asociación ilícita del art. 210 CP no se menciona tal finalidad económica; podría abarcar asociaciones con fines políticos o de otro tipo delictivo. Esto refuerza la idea de dotar al ordenamiento de una figura diferenciada para organizaciones criminales orientadas al negocio delictivo y la ganancia, separándolas de otras asociaciones ilícitas menos sofisticadas o con motivaciones no económicas.

En síntesis, la asociación ilícita ha sido un “comodín” legal para todo concierto criminal duradero, pero su uso indiscriminado y algunos vacíos legales (como la falta de herramientas especiales para investigarla) han motivado críticas. La agenda de reforma penal en Argentina busca redefinir y complementar esta figura a la luz del crimen organizado moderno, aprovechando la experiencia comparada y las obligaciones internacionales.

6. ESTRUCTURA TÍPICA PROPUESTA EN EL ANTEPROYECTO VS. LEY ANTIMAFIA: ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, PENAS, AGRAVANTES, LIDERAZGO, FINALIDAD ECONÓMICA, TERRITORIALIDAD Y TRANSNACIONALIDAD

La Ley 27.786 crea un régimen específico para investigar y sancionar organizaciones criminales, definidas como grupos de tres o más personas que, durante cierto tiempo y en áreas geográficas determinadas, actúan concertadamente para cometer delitos “especialmente graves”. Además de una cláusula de aplicación que acota el universo a un elenco de tipos (leyes 23.737, 25.188, 25.246, 26.683 y 27.447, y múltiples artículos del Código Penal), la ley introduce una arquitectura dual en el Capítulo “Asociación ilícita”: el nuevo art. 210 ter reprime con 8 a 20 años a quien “tomare parte, cooperare o ayudare” a la formación o mantenimiento de una asociación ilícita dedicada a esos delitos, aun cuando no revista las notas del 210 bis; y, en un punto decisivo, dispone que las penas de los delitos cometidos como miembro se apliquen en concurso real y se agraven al doble del mínimo y del máximo. A renglón seguido, el 210 quater da un salto cualitativo: cualquiera de los miembros será penado con la pena del delito más grave cometido por la organización (el de mayor escala), si el grupo cumple ciertas condiciones típicas de criminalidad mafiosa —violencia o amenazas sistemáticas; reiteración ostensible de hechos en su beneficio; desplazamiento o aniquilación de otra organización; amedrentamiento social o institucional; o aseguramiento de control territorial—. En ambos preceptos, la ley excluye expresamente la aplicación de los arts. 46 y 47 CP (participación secundaria o de menor importancia), homogeneizando la respuesta penal frente a roles funcionales distintos dentro de estructuras complejas.

Junto con los tipos penales, la ley ensambla herramientas procesales y patrimoniales: crea la “zona sujeta a investigación especial” —que puede federalizar procesos y activar una comisión investigadora conjunta—; prohíbe el juicio abreviado; habilita detenciones por hasta 48 horas (y hasta 15 días en causas complejas, con control judicial), incautaciones y allanamientos con umbrales de urgencia, e interceptaciones con continuidad de cadena bajo autorización del MPF en casos fundados, todo ello con control judicial ulterior inmediato.

En materia patrimonial, prevé el decomiso anticipado “aun sin condena”, con transferencia inmediata del bien al Estado y reglas de restitución e indemnización si sobreviene absolución o sobreseimiento. Y, en clave de cooperación, declara apli-

cables las convenciones de Palermo, Viena y anticorrupción “en la medida en que resulten inmediatamente operativas”.

Finalmente, incorpora una pauta singular: en caso de duda sobre la norma procesal a aplicar, se optará por la que, a criterio del Ministerio Público Fiscal, resulte más eficaz para las investigaciones de esta ley, cláusula que refuerza la impronta de excepcionalidad del régimen.

Este diseño endurece de manera notable la punición del fenómeno asociativo cuando se conecta con criminalidad compleja. Sin embargo, su técnica suscita objeciones relevantes:

Primero, la duplicación punitiva: el 210 ter acumula (concurso real) la pena de la pertenencia con la de los delitos ejecutados por el miembro y, además, ordena agravar al doble la escala de estos últimos, generando un efecto de “elevador” que puede desproporcionar la respuesta frente a aportes funcionales modestos; el riesgo se potencia porque la ley desactiva las atenuantes por menor intervención (arts. 46 y 47 CP), achatando la individualización de la culpabilidad.

Segundo, la extensión colectiva del 210 quater: al imponer a “cualquiera de los miembros” la pena del delito más grave cometido por la organización cuando se verifica alguna condición mafiosa, tensiona el principio de responsabilidad por el hecho propio y el mandato de correlación entre aporte y reproche, salvo que la praxis judicial module el alcance mediante exigencias robustas de imputación objetiva y subjetiva (dirección funcional, dominio del hecho o coautoría funcional).

Tercero, la coexistencia con el 210 bis: aunque el 210 ter aclara que rige “pese a que la organización no reúna las características del 210 bis”, la vecindad de tres estatutos (210, 210 bis y 210 ter/quater) demanda criterios de deslinde claros para evitar solapamientos o selecciones estratégicas que desdibujen la taxatividad.

Cuarto, el bloque procesal especial: la prolongación de detenciones en investigaciones complejas, la continuidad de interceptaciones por autorización del MPF en situaciones de urgencia y la prohibición del abreviado, si bien buscan eficacia, reclaman controles estrictos de necesidad y proporcionalidad para no erosionar garantías; en esa misma línea, la regla “in dubio pro eficacia” procesal a favor del criterio del MPF abre una zona de fricción con el juez natural y el equilibrio acusatorio.

Quinto, el decomiso anticipado sin condena: aunque incorpora salvaguardas de restitución, exige estándares probatorios y motivacionales elevados para no convertir una herramienta patrimonial en un anticipo de pena de difícil reversión práctica. Todo ello convive con aciertos indudables —tipificación expresa del fenómeno organizacional grave; reconocimiento del control territorial, la intimidación social y la disputa inter - organizacional; y alineamiento internacional—, pero revela una redacción que, por momentos, sacrifica armonía sistemática a favor de contundencia punitiva.

Por ende, ese diseño tiene fortalezas (celeridad investigativa; foco territorial; shock disuasivo en penas) pero arrastra tres problemas: i) hiper acumulación punitiva: el 210 ter ordena sumar 8-20 años al miembro más la pena del delito duplicada en su mínimo y máximo —lo que genera escalas astronómicas y tensiones de proporcionalidad—; ii) borramiento del principio de culpabilidad por el hecho propio al bloquear 46 y 47: el sistema no gradúa adecuadamente roles (logística, finanzas, “soldados”, etc.), afectando la regla de pena según aporte; iii) riesgo de concursos simbólicos: el esquema 210 ter/210 quater + delitos base empuja a contar dos veces el injusto organizacional y el del hecho, reeditando el “efecto enlace” conocido en la dogmática de delitos permanentes (unidad de acción que enlaza múltiples ilícitos, con escalas que se disparan), lo que demandará correcciones jurisprudenciales para evitar duplicaciones punitivas y preservar legalidad y proporcionalidad.

Por su parte, el Anteproyecto de reforma propone un enfoque más armónico y técnico. Mantiene asociación ilícita y la agravada por riesgo constitucional (como hoy)³², incorpora agrupación ilícita para violencia ideológica³³, y separa —con nítidos criterios— el

32. ARTÍCULO 210.- Asociación ilícita. - 1. Se impondrá 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:

- 1º) Estar integrada por DIEZ (10) o más individuos.
- 2º) Poseer una organización militar o de tipo militar.
- 3º) Tener estructura celular.
- 4º) Disponer de armas de fuego o explosivos de gran poder ofensivo.
- 5º) Operar en más de UNA (1) de las jurisdicciones políticas del país.
- 6º) Estar compuesta por UNO (1) o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.
- 7º) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior, siempre que no estuviere más severamente penado.
- 8º) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

33. (...) 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 accesorio imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación. (...).

crimen organizado (210.2)³⁴ como tipo autónomo con estructura y alcance propios.

Exige organización criminal con estructura celular, cinco o más miembros, estabilidad y distribución concertada de tareas, y la dedicación a delitos interterritoriales o transnacionales graves; es decir, no basta cualquier banda: se requiere organización-empresa ilícita, con escala y sofisticación. La figura identifica los criterios de gravedad (control económico; control territorial/expulsión de autoridad; movilización transfronteriza de activos/personas; planificación coordinada en múltiples jurisdicciones; beneficio económico o influencia pública/privada), ajustando política criminal a fenómenos mafiosos contemporáneos. Además, gradúa el liderazgo: 10-20 años si el miembro tiene rol de dirección, organización, financiación o supervisión, y prevé agravantes que aumentan un tercio (no duplican)

34. ARTÍCULO 210.- (...) Crimen Organizado. - 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:

1º) 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.

2º) 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.

3º) 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.

4º) Impliquen la planificación y ejecución coordinada de 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.

5º) 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.

Las penas previstas en este artículo aumentarán en un tercio del mínimo y del máximo, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1º) Si los delitos se cometieron para el desplazamiento o aniquilación de otra organización.

2º) Los hechos se produjeran para amedrentar a un conjunto indeterminado de personas, o para infundir temor a las autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales, o a las Fuerzas Armadas, Fuerzas Policiales, de Seguridad o penitenciarias.

3º) Se utilizaren menores de edad o embarazadas o personas en especial situación de vulnerabilidad para la comisión de los delitos.

4º) El miembro de la organización fuere funcionario público, miembro de una fuerza armada, policial, de seguridad o penitenciaria.

5º) 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.

por aniquilación de otra organización, amedrentamiento social, uso de menores o vulnerables, participación de funcionarios o uso de recursos públicos. Un punto clave: no borra las atenuantes/agravantes generales por vía de una regla *blanket*; por el contrario, refina la autoría conforme aportes y protege al agente encubierto que, compelido por la infiltración, incurre en un delito que no ponga en peligro cierto la vida o integridad de terceros —una válvula de seguridad operativa que la ley vigente no explicita—.

En el frente patrimonial, el anteproyecto moderniza el art. 23 CP con un decomiso anticipado de amplio alcance, expresamente aplicable a crimen organizado (210.2), corrupción y lavado; habilita decidir antes de la sentencia sobre bienes producto o instrumento con sospecha fundada de ilicitud, incluso frente a terceros de mala fe o beneficiarios gratuitos, con transferencia inmediata al Estado y deber de restitución si hay absolución/sobreseimiento. El texto fija, además, destino de utilidad pública (salud, educación, seguridad)³⁵, lo que internaliza una reparación social concreta, y medidas equivalentes (valor sustitutivo, crédito estatal) para evitar vaciamiento patrimonial. Esta arquitectura se alinea con la CNUCC y la Convención Interamericana al privilegiar la recuperación de activos y la cooperación en decomisos sin esperar la condena firme cuando hay suficiencia probatoria del origen ilícito. El caso José López³⁶ ilustra el impacto social

35. El segundo párrafo del artículo 23, inciso 1, establece que los bienes decomisados deben tener un destino de utilidad pública en los ámbitos de la salud, educación o seguridad. Esta disposición no solo responde a una necesidad de reparación social, sino que también está alineada con los objetivos de las convenciones internacionales, que promueven la recuperación de activos y su redistribución en beneficio de la sociedad.

El concepto de utilidad pública puede entenderse como la reversión del daño social causado por los delitos de corrupción y criminalidad organizada. Estos delitos no solo afectan las arcas del Estado, sino también la confianza pública en las instituciones. Al destinar los bienes decomisados a sectores esenciales como la salud, la educación y la seguridad, el Estado envía un mensaje claro de que los recursos ilícitos no solo serán confiscados, sino que serán reintegrados en beneficio de la comunidad.

36. Causa José López, radicada en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N.º 1 (TOF 1) de la Capital Federal, es un precedente emblemático en el combate contra la corrupción en Argentina y un ejemplo claro de la aplicación del decomiso anticipado. En el contexto de este caso, López fue descubierto el 14 de junio de 2016 mientras intentaba ocultar bolsos con 9 millones de dólares, relojes de lujo y un arma en un convento en General Rodríguez.

Estos bienes se consideraron producto del enriquecimiento ilícito acumulado durante su gestión como Secretario de Obras Públicas, cargo que ocupó entre 2003 y 2015.

El fallo del TOF 1, dictado el 12 de junio de 2019, no solo condenó a López a seis años de prisión y una multa del 60% del valor del enriquecimiento ilícito, sino que también incluyó el decomiso inmediato de los 8.982.047 dólares y otros bienes. Estos bienes, que se encontraban en una bóveda del Banco Central de la República Argentina (BCRA), fueron destinados a fines de utilidad pública: los hospitales pediátricos Garrahan y Ricardo Gutiérrez recibieron partes iguales de los fondos decomisados.

Una de las características clave de este decomiso es su impacto directo en áreas esenciales como la salud pública. En el caso del Hospital Garrahan, los fondos se destinaron a la compra de equipamiento médico de alta tecnología, como ecógrafos, respiradores, y otros insumos vitales durante la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19. Este destino concreto de los bienes decomisados muestra cómo la figura del decomiso anticipado permite que el producto del delito vuelva a la sociedad en forma de mejoras directas y tangibles en sectores críticos.

El Tribunal dispuso además un mecanismo de control y transparencia para garantizar que los bienes fueran utilizados correctamente. Tanto el Garrahan como el Gutiérrez debían presentar comprobantes de compras y reportes periódicos

del decomiso al volcar fondos en hospitales pediátricos, reforzando el criterio de utilidad pública.

Por todo ello, consideramos que el Anteproyecto dibuja con precisión el núcleo mafioso-empresarial (estructura, número, estabilidad, circulación transfronteriza, captura económica y territorial). Ese recorte impide que el 210 tradicional funcione como un tipo residual indiferenciado y corrige la hipertrofia punitiva del 210 ter/quarter, que acumula pertenencia y hechos mediante duplicaciones sancionatorias y bloqueo de las reglas de participación. Además, ordena la graduación de responsabilidad: reconoce liderazgo, agrava conductas de mayor lesividad sin anular las atenuantes/agravantes generales (a diferencia del “todos autores” del 210 ter/quarter), y blindo la infiltración operativa. Así también, racionaliza la concursabilidad: al perfilar el crimen organizado como *lex specialis* (estructura + transnacionalidad/Inter territorialidad + finalidades) frente a la asociación genérica, se reduce el concurso aparente con 210/210 bis y el “efecto enlace”; y al optar por aumentos por tercios (no duplicaciones automáticas), se preservan proporcionalidad y culpabilidad por el hecho.

De cara a la concursabilidad, sugerimos, además, tres “reglas de oro” interpretativas (o incluso una cláusula de prelación legislativa breve en fundamentos): (i) subsidiariedad: aplicar 210.2 cuando concurren estructura/alcance propios del crimen organizado; 210 y 210 bis quedan para asociaciones no empresariales o político-subversivas; (ii) consunción: cuando un hecho ejecutado “en y por” la organización sea necesario para su mantenimiento o expansión (p. ej., actos de intimidación territorial), no duplicar por 210 ter/quarter + delito base si ello sólo suma pena simbólicamente; (iii) no bis in idem de rol: prohibir doble conteo del “estar en la organización” al agravar por “delito más grave” y, otra vez, por pertenencia. Estas reglas domo el “efecto enlace” típico de permanentes y evitan sumas aritméticas incompatibles con el límite máximo y la proporcionalidad.

Finalmente, en herramientas de investigación, la Ley 27.786 ya introdujo instrumentos vigorosos (zona especial, cadena de interceptaciones, detenciones excepcionalmente

sobre el uso de los fondos, asegurando que el dinero decomisado cumpliera su propósito público. Este caso constituye un ejemplo concreto de cómo la figura del decomiso anticipado, incluida en el artículo 23 del Código Penal argentino, puede aplicarse en delitos de corrupción y criminalidad organizada para asegurar que los bienes obtenidos de manera ilícita se utilicen en beneficio de la sociedad. Además, refuerza la importancia de instrumentos legales eficaces que permitan a los jueces actuar antes de que los condenados puedan esconder o disponer de sus bienes.

extendidas, inmovilización de activos y allanamientos encadenados), útiles en crisis territoriales. El anteproyecto —al separar nítidamente qué es crimen organizado y cuándo se activa— reduce tentaciones de “excepcionalidad permanente” y fortalece la prueba estructural (estructura, roles, transnacionalidad, control económico/territorial), elevando la calidad de la persecución y la sustentabilidad de las condenas.

En consecuencia, la Ley 27.786 robustece el “golpe de efecto” (investigación y castigo acelerados), pero su técnica concursal y el borrado de roles (exclusión de 46/47) arriesgan proporcionalidad y duplicaciones. El anteproyecto propone una tipificación más coherente, gradúa la autoría, resuelve mejor la concursabilidad, protege la infiltración y moderniza el decomiso anticipado con estándares internacionales y con utilidad pública real de los bienes. En términos de diseño normativo, es más armónico con la dogmática y más sostenible para la práctica judicial argentina.

7. EL ROL DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Dado el carácter frecuentemente transnacional del crimen organizado —que opera a través de fronteras, aprovecha paraísos legales y mueve bienes y dinero internacionalmente—, la cooperación internacional es un pilar esencial para combatirlo eficazmente. La propia Convención de Palermo consagra en su Artículo 1 que su propósito es “*promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional*”. Los Estados parte (Argentina entre ellos) se comprometen a asistirse mutuamente en investigaciones, procedimientos y extradiciones relacionados con este tipo de criminalidad.

A continuación, analizaremos los principales mecanismos de cooperación internacional relevantes:

Extradición: La extradición es vital porque los líderes o miembros de organizaciones suelen huir o radicarse en países distintos al de sus crímenes, o porque cometen delitos en múltiples jurisdicciones. La Convención de Palermo dedica su art. 16 a la extradición, facilitando que los delitos establecidos por la Convención (ej. participación en grupo criminal organizado, lavado, corrupción, obstrucción a la justicia) sean considerados extraditables entre Estados parte, incluso cuando no median tra-

tados bilaterales previos³⁷. Esto significa que Palermo funciona como base jurídica autónoma para extraditar entre países que la ratificaron, siempre que se cumplan las condiciones (doble incriminación, gravedad suficiente de la pena, etc.).

En Argentina, la extradición está regulada por la Ley 24.767 y numerosos tratados bilaterales, pero Palermo amplía la cooperación a casi todos los países del mundo (185 ratificaciones). En la práctica, Argentina ha utilizado la extradición en casos de narcotráfico y lavado con notable frecuencia, por ejemplo, extraditando capos narcos a EE.UU. (donde eran requeridos por cargos RICO o conspiración) o recibiendo desde países vecinos a integrantes de bandas transnacionales para juzgarlos en nuestro país. Un caso ilustrativo fue la extradición desde Argentina a Estados Unidos de miembros del cartel de Sinaloa detenidos en 2017 en Operación “Bobinas Blancas” (contrabando de cocaína), o la entrega a Perú de jefes de la organización de Marcos Estrada Gonzáles (Trata de personas) capturados en Buenos Aires. La extradición, sin embargo, enfrenta desafíos: diferencias de sistemas legales, protecciones de nacionales (algunos países no extraditan a sus ciudadanos), tiempo y costo de los trámites, etc. Por ello, se promueve también la alternativa *aut dedere aut iudicare* (entregar o juzgar): si no se extradita, que el país local juzgue con igual celo el delito transnacional.

Asistencia Legal Mutua (AMLAT, MLAT): La cooperación judicial en obtención de pruebas, notificaciones, allanamientos y otras diligencias es igualmente crucial. Los grupos criminales esconden evidencia (dinero, comunicaciones, víctimas) en múltiples países. Mediante tratados de asistencia recíproca en materia penal, o por vía de la Convención de Palermo (Art. 18), los fiscales y jueces pueden solicitar a sus pares extranjeros diversas medidas: tomar declaraciones a testigos o acusados en el extranjero, realizar allanamientos o incautaciones, transferir actuaciones, embargar cuentas bancarias off-shore, etc. La Convención de Palermo agiliza estos pedidos comprometiendo a los Estados a no rehusar asistencia por delitos de lavado o crimen organizado invocando, por ejemplo, el *secreto bancario*³⁸. Esto es fundamental,

37. Resolución 10/4. Celebración del 20º aniversario de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y promoción de su aplicación efectiva. Leer en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/COP/SESSION_10/Resolutions/Resolution_10_4_-_Spanish.pdf#:~:text=Poniendo%20de%20relieve%20la%20particular,de%20extradici%C3%B3n%20y%20asistencia

38. Álvarez Cozzi, Carlos, “La asistencia penal internacional y la extradición en los delitos de narcotráfico, lavado de activos y financiación del terrorismo y corrupción internacional”, MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales Bogotá, D.C. (Colombia) Colaboradores Externos Internacionales Núm. 10 Año 2016 Enero - Junio, pp. 77 - 91 ISSN 1794-600X.

porque el secreto bancario históricamente obstaculizó la pesquisa de dineros criminales en plazas financieras.

Actualmente, Argentina tiene tratados bilaterales de asistencia penal con muchos países y es parte de la Convención de Palermo, de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (1992) y otros instrumentos que cubren esta materia. Un ejemplo de AMLAT exitoso fue la colaboración entre Argentina, España y otros países en el caso “Carbón Blanco” (2012-2015), donde se envió cocaína oculta en cargas de carbón vegetal desde Chaco a Europa: las pesquisas requirieron exhortos para seguimiento de cuentas en Andorra, testimonios en Brasil, etc., lográndose condenas y decomisos coordinados. La asistencia mutua se canaliza a menudo a través de las Autoridades Centrales designadas (en Argentina, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Público Fiscal según corresponda).

Equipos conjuntos de investigación (ECI): Esta es una herramienta moderna donde autoridades de dos o más países conforman un único equipo investigativo para un caso específico de criminalidad organizada transnacional. Se facilita así el intercambio instantáneo de información y coordinación de operaciones simultáneas en varios territorios. La Unión Europea ha hecho amplio uso de los *Joint Investigation Teams*, y la Convención de Palermo en su art. 19 alienta a los Estados a establecer este tipo de equipos cuando sea necesario. Si bien nuestros códigos procesales aún no tienen un desarrollo extenso de la figura, existe base legal para cooperar de esta forma vía tratados regionales (Argentina suscribió en 2019 un acuerdo de creación de ECI en Mercosur). La ventaja es superar la lentitud de los exhortos tradicionales, actuando como si las fiscalías/policias extranjeras fueran extensión de la propia, con las debidas autorizaciones.

Decomiso y recupero de activos en el extranjero: Las organizaciones criminales acumulan fortunas que a menudo colocan fuera del país donde delinquen (lavado internacional). Por ello, la cooperación en materia de decomiso de bienes y ganancias es prioritaria. La Convención de Palermo dedica el art. 13 a la cooperación para el decomiso: los Estados deben asistir en la identificación, congelamiento, incautación y confiscación de las ganancias del crimen organizado en apoyo de otro Estado que lo solicite. Se contemplan incluso decomisos de valor equivalente, transferencia de bienes decomisados a otros Estados, etc. Por ejemplo, si la justicia argentina condena por lavado a miembros de una organización y detecta cuentas o inmuebles en Uruguay o EE.UU., podrá pedir que se confisquen esos activos y se repatrien los fon-

dos. A nivel internacional existen redes como la Red de Recuperación de Activos del GAFILAT (RRAG) en Latinoamérica, que conectan a los fiscales y unidades antilavado de distintos países para rastrear activos ilícitos.

En crimen organizado, incautar y decomisar bienes (dinero, propiedades, vehículos, empresas) tiene doble efecto: priva a la organización de recursos para operar y disuade a futuro (quita el beneficio económico buscado). La Resolución 777/2025 del Ministerio de Seguridad argentino justamente instruye a las fuerzas federales a realizar investigaciones patrimoniales y financieras paralelas en todos los casos de criminalidad organizada –como corrupción, narcotráfico, lavado, trata, contrabando, terrorismo– de modo de identificar activos ilegales desde el inicio y posibilitar su decomiso. Esta política de “seguir el dinero” se enlaza con la cooperación internacional en tanto muchos de esos activos pueden estar fuera del país o en sistemas financieros globales.

Armonización normativa y organismos internacionales: La cooperación no solo se da caso a caso, sino también en la convergencia de marcos legales y buenas prácticas. La Convención de Palermo obligó a todos los Estados parte a tipificar ciertos delitos (participación en grupo criminal organizado, lavado de dinero, corrupción de funcionarios, obstrucción de justicia) y a adoptar medidas para facilitar la cooperación (por ejemplo, estándares probatorios similares, protección a testigos, etc.). En el ámbito regional, la Unión Europea ha emitido directivas para armonizar la definición de organización criminal y las sanciones, así como para mejorar la cooperación policial (Europol) y judicial (Eurojust). Organismos como la Interpol brindan herramientas operativas (por ej., notificaciones rojas para capturar prófugos internacionales, base de datos de armas, etc.). Asimismo, planes globales como la “Estrategia de Combate al Crimen Organizado Transnacional” de EE.UU. enfatizan la necesidad de fortalecer inteligencia financiera, interdicción internacional de cargamentos ilícitos y la cooperación transfronteriza.

En América Latina, opera el programa EL PACCTO³⁹ (UE-AL) que brinda asistencia técnica para la lucha contra el crimen organizado en 18 países, fomentando la creación de unidades especiales, capacitación y coordinación regional. Por ejemplo, ha

39. Programa de Asistencia contra el crimen transnacional organizado. EL PACCTO 2.0 es un programa de cooperación de la Unión Europea que apoya a los países de América Latina y el Caribe en su lucha contra el crimen organizado transnacional, la corrupción y el lavado de dinero. https://international-partnerships.ec.europa.eu/policies/programming/programmes/el-paccto-20_en

apoyado la conformación de Equipos Conjuntos de Investigación en la Triple Frontera y la conexión entre bases de datos penales entre países sudamericanos.

También el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) mediante sus recomendaciones impulsa la tipificación uniforme del lavado de activos y la cooperación financiera internacional (compromiso de no invocar secreto bancario, etc., Recs. 37-40)⁴⁰. Por su parte la UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) asiste a los Estados con guías, capacitaciones y evaluaciones técnicas para implementar efectivamente la Convención de Palermo.

Para finalizar, la lucha contra las organizaciones criminales trasciende la capacidad de cualquier país actuando aisladamente. La cooperación internacional proporciona las herramientas para cerrar espacios de impunidad que surgen del cruce de fronteras. Argentina, a través de tratados multilaterales y bilaterales, participa activamente en este entramado cooperativo, aunque siempre existen desafíos como la diferencia de idiomas, culturas legales, o la obtención de pruebas digitales en la nube (lo que demanda nuevos convenios tipo Cloud Act o el convenio de Budapest sobre cibercrimen).

8. ESTRUCTURA, LUCRO Y CONTROL TERRITORIAL: CASOS QUE EXIGEN UNA FIGURA ESPECÍFICA DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN LA ARGENTINA

La necesidad de una figura penal específica para el crimen organizado en Argentina se vuelve evidente cuando se observa, en conjunto, cómo operan las redes delictivas locales y transnacionales y cómo responde el sistema jurídico frente a ellas. En Rosario, “Los Monos” (desde al menos 2014; condenas provinciales en 2018) exhibieron una estructura estable con roles definidos —jefes que, incluso detenidos, dirigían por celular; logística de transporte; vendedores barriales armados— y un repertorio de delitos que excede largamente el narcotráfico: homicidios, extorsiones, amenazas, cohecho y tenencia de armas. La dinámica de control territorial y la intimidación social —que incluyó balaceras a edificios judiciales y mensajes mafiosos a magistrados en 2018-2019— reveló un patrón típico de empresa criminal con finalidad económica y poder de hecho en barrios específicos. Sin embargo,

⁴⁰<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Standards%20-%2040%20Recommendations%20rc.pdf>

la calificación central fue asociación ilícita más delitos conexos, con investigaciones apoyadas en escuchas y cooperación con fuerzas federales, a todas luces suficientes para probar hechos, pero menos idóneas para capturar el desvalor organizacional como tal.

Algo similar se vio en tramas de narcotráfico transnacional. En “Itatí” (Corrientes, 2017), la red que ingresaba marihuana desde Paraguay operó durante años con connivencia de autoridades locales —incluido el intendente—, lo que obligó a articular pesquisas en ambos países y terminó con más de veinte imputados por narcotráfico agravado y asociación ilícita. La cooperación regional —interdicciones a uno y otro lado de la frontera, intercambio de inteligencia— fue decisiva, pero la ausencia de un tipo penal específico de organización criminal transnacional dejó al caso encapsulado en figuras tradicionales. “Bobinas Blancas” (2017) confirmó la misma tensión: una logística de exportación de cocaína oculta en bobinas de acero desde Buenos Aires hacia Canadá y Europa requirió un equipo conjunto con la DEA y policías de Canadá y Australia, con detenciones en varios países. La complejidad operativa y la proyección multinacional del grupo vuelven claro que un tipo que describa y sancione la organización en sí misma —y no sólo los actos de tráfico— facilitaría la imputación integral y la cooperación judicial.

El espejo comparado muestra por qué. En Italia, la figura de asociación mafiosa (art. 416-bis) permitió el Maxiproceso de Palermo (1986–1987; confirmaciones en 1992) contra Cosa Nostra, habilitando condenas a cúpulas que rara vez ejecutan materialmente los delitos, pero gobiernan la empresa criminal. La introducción de colaboradores de justicia (pentiti) quebró la omertà y demostró que, sin un tipo que capture la pertenencia y la estructura mafiosa, la persecución se desdibuja. En México, pese a un andamiaje especial, procesos emblemáticos —como los de Joaquín “El Chapo” Guzmán— terminaron por extradición y juzgamiento bajo RICO en Estados Unidos, lo que evidencia que, cuando el tipo local no logra abarcar la empresa criminal completa, la cooperación internacional suple, pero no reemplaza, la necesidad de herramientas domésticas eficaces. En Colombia, la caída del Cartel de Medellín y la evolución hacia BACRIM/GAO (p. ej., Clan del Golfo) motivaron ajustes normativos —“concierto para delinquir” agravado y leyes como la 1908/2018— para seguir capturando estructuras que mutan y conservan control territorial.

A la vez, el fenómeno no se agota en violencia armada o drogas: la criminalidad organizada adopta formas corporativas y financieras. Casos como *Mensalão* en Brasil,

Lava Jato con ramificaciones regionales (incluida Odebrecht en Argentina) y, localmente, “*Cuadernos de las Coimas*” (2018), exhiben redes estables de empresarios y funcionarios que cometen cohechos y fraudes licitatorios y lavan activos a gran escala. Allí la figura del arrepentido fue determinante para abrir la caja negra de la organización, confirmando que los incentivos probatorios deben ir de la mano de una tipificación que reconozca la empresa criminal económico-política como tal, y no sólo una sumatoria de cohechos o una asociación genérica.

Finalmente, la frontera entre crimen organizado y terrorismo muestra zonas de convergencia en logística y financiamiento: rutas ilícitas compartidas, contrabando y lavado. La tipificación específica del terrorismo (arts. 213 ter y quáter) convive con la necesidad de cooperación internacional (GAFILAT, Interpol, ONU) para atacar los circuitos económicos que también alimentan organizaciones criminales. La designación en 2019 de Hezbollah como organización terrorista por parte de Argentina y el mayor control sobre posibles operaciones de lavado en la Triple Frontera ilustran cómo los regímenes de terrorismo y crimen organizado deben dialogar cuando comparten soportes financieros y redes.

Leídas en conjunto, estas experiencias convergen en una misma conclusión: el patrón que se repite —estructura estable, finalidad económica, reparto funcional de roles, control territorial, proyección transnacional y, a menudo, connivencia político-administrativa— exige un tipo penal moderno que nombre y capture la organización criminal como objeto de imputación, con penas proporcionadas al desvalor estructural y con herramientas procesales y patrimoniales acordes (equipos conjuntos, técnicas especiales de investigación, decomiso eficaz). El derecho comparado prueba que esa decisión normativa mejora la eficacia sin renunciar a la proporcionalidad. Y la práctica argentina muestra que, cuando falta esa pieza, los casos terminan forzados en la asociación ilícita o en mosaicos de delitos que no reflejan el fenómeno de empresa criminal. Un diseño legal que integre la experiencia local (Rosario, Itatí, Bobinas Blancas, Cuadernos) y las lecciones internacionales (Italia, México, Colombia) permitiría, por fin, alinear imputación, prueba e intervención patrimonial con la realidad de las organizaciones que hoy desafían al Estado.

9. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: FUNDAMENTO, MARCO LEGAL (LEY 27.319, CPPF, LEY DEL ARREPENTIDO), LÍMITES Y GARANTÍAS

Enlace con cooperación internacional.

El carácter clandestino, violento y sofisticado de las organizaciones criminales hace que las técnicas investigativas tradicionales (dejar que el delito ocurra y luego recolectar pruebas físicas o testimoniales) resulten muchas veces insuficientes. Por ello, a nivel global se han desarrollado las llamadas técnicas especiales de investigación o “*herramientas para delitos complejos*”, que permiten infiltrar las organizaciones, monitorear sus comunicaciones y transacciones, inducir operaciones controladas, y obtener la colaboración de implicados a cambio de beneficios. Argentina incorporó gran parte de estas técnicas mediante la Ley 27.319 (2016), reglamentada en 2019, y a través de reformas procesales como la Ley 27.304 (2016) de Arrepentido. A su vez, el nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF) (Ley 27.063 y mod.) contempla y regula varias de estas figuras.

A continuación, describimos muy brevemente las principales:

Agente encubierto: Es un funcionario policial o de seguridad que, autorizadamente, asume una identidad falsa para infiltrarse en una organización criminal y recopilar evidencia desde adentro. La Ley 27.319 introdujo esta figura para investigaciones de “*delitos complejos*” (definidos en la ley misma). En la enumeración legal, se consideran complejos entre otros: narcotráfico, contrabando, trata de personas, secuestro extorsivo, delitos cometidos por asociaciones ilícitas, delitos contra el orden económico (lavado, financiamiento ilícito). Claramente, son los típicos del crimen organizado. Un agente encubierto debe ser voluntario, especialmente entrenado, y actúa bajo control judicial y del MPF. La ley prevé medidas para proteger su identidad y seguridad, y puede realizar actividades simuladas que de otro modo serían delito (compra de drogas, por ejemplo) con tal de mantener su cobertura, siempre dentro de límites (no puede cometer delitos violentos ni inducir nuevos delitos).

Agente revelador: Figura semejante al encubierto, pero con alcance más limitado y expreso en la ley 27.319. El agente revelador es aquel que se hace pasar por comprador interesado en bienes o servicios ilícitos (drogas, armas, personas) para descubrir la cadena delictiva. Por ejemplo, un policía se presenta como traficante que desea adquirir cocaína de una organización; logra contactar a vendedores y así revela la

trama. Es útil en investigaciones de trata (haciéndose pasar por cliente de una red de explotación sexual, por ej.) o de tráfico de armas. Comparte con el encubierto la necesidad de voluntariedad y protección de identidad. Ambos (encubierto y revelador) amplían la capacidad del Estado de *investigación proactiva*, es decir, de adelantarse y recoger información desde dentro en lugar de esperar denuncias. Garantías similares aplican: control judicial, delimitar la conducta permitida (el agente no debe sobrepasar su rol ni cometer delitos más allá de los tolerados para la investigación).

Informante: La ley 27.319 regula la figura del informante confidencial, que es una persona (no policía necesariamente) que provee datos útiles a la investigación a cambio de una recompensa monetaria y cuyo nombre se mantiene reservado. Es una herramienta delicada: el informante no tiene licencia para delinquir, solo aporta información; se suele tratar de individuos cercanos al mundo criminal que cooperan por incentivo económico o para favorecerse (aunque no con la formalidad del arrepentido). La utilidad del informante radica en recibir “puntadas iniciales” sobre hechos o planes criminales que permitan abrir una causa o enfocar vigilancias.

Entrega vigilada o “controlada”: Consiste en permitir que una remesa ilícita (drogas, armas, dinero) siga su curso, bajo vigilancia de la autoridad, en vez de incautarla de inmediato, con el fin de identificar destinatarios finales o escalones superiores de la organización. Esta técnica está prevista en Palermo (art. 20) y adoptada en la ley 27.319 y Código Aduanero. Un juez puede autorizar, por ejemplo, que un cargamento de droga atraviese la frontera hacia su destino para capturar allí a los receptores, en lugar de incautar todo en origen y quedarse solo con los transportistas de menor rango. La entrega vigilada puede implicar *postergar detenciones o secuestros* de bienes, e incluso dejar que dinero ilícito entre o salga del país bajo control.

Prórroga de jurisdicción o “competencia ampliada”: Permite que un juez o fiscal actúe fuera de su territorio habitual (p. ej., un juez federal de Capital realizando un allanamiento en otra provincia) cuando la urgencia lo exige para no frustrar la investigación. Esto fue incorporado pensando en operativos donde la organización criminal opera en varias jurisdicciones simultáneamente. En el sistema tradicional había que librar exhortos a cada juez competente local, perdiendo tiempo valioso. Con la prórroga, autorizado centralmente, un mismo equipo puede actuar cruzando límites provinciales.

Intervención de comunicaciones: Si bien no está listada en la Ley 27.319 (porque ya existía en la Ley 27.126 de Inteligencia), es central mencionar la interceptación telefónica y ahora de comunicaciones electrónicas. Casi todos los casos de crimen organizado de relevancia se han probado con escuchas telefónicas prolongadas. La nueva Ley de Telecomunicaciones y el sistema judicial argentino cuentan con una Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos (DAJuDeCO) encargada de gestionar técnicamente las escuchas. Las escuchas deben ser autorizadas por juez con indicios suficientes y suelen autorizarse por 30 días prorrogables. En crimen organizado, se justifican plazos largos dada la permanencia del delito. Un tema moderno es la captación de comunicaciones de mensajería encriptada (WhatsApp, Signal). Esto requiere herramientas tecnológicas avanzadas y cooperación (por ejemplo, con proveedores de servicios globales mediante tratados o con hackeo ético con orden judicial). La jurisprudencia empieza a admitir prueba obtenida de celulares incautados (extracción de mensajes) y hasta agente encubierto digital.

Colaborador o Arrepentido: Regulada por Ley 27.304, permite que un imputado integrante de la organización brinde información veraz y útil para esclarecer delitos más graves o identificar cabecillas, a cambio de una reducción de su pena. Esta figura, la ley establece que el acuerdo de colaboración debe firmarse antes de la elevación a juicio, con participación del fiscal, el imputado “arrepentido” y su defensor, y luego ser homologado por el juez, y debe aportar datos concretos para, por ejemplo: evitar que se cometa un delito grave, esclarecer hechos investigados, identificar autores, localizar fugitivos, ubicar bienes y ganancias de la organización o conocer su financiamiento. En cuanto a beneficios, la reducción puede llegar hasta la mitad de la pena mínima y máxima, e incluso excarcelación en casos extremos, según el valor de la información. Un control importante es que si el colaborador miente o brinda datos falsos, pierde el beneficio y además comete un nuevo delito penado con 4 a 10 años, para desalentar pactos espurios.

En conexión con la cooperación internacional, muchas de estas técnicas especiales tienen un cariz internacional. Por ejemplo, la entrega vigilada a menudo implica coordinar con aduanas y policías de otros países para que permitan el paso controlado y luego actúen en su territorio (Palermo art. 20 invita a acuerdos bilaterales para entregas vigiladas). Los agentes encubiertos podrían requerir actuar transfronterizamente: ha habido casos en que infiltrados argentinos han seguido a la organización hasta Paraguay o Brasil, para lo cual se firman convenios ad hoc o se recurre a figuras como la “unidad investigativa binacional”. La protección de testigos

y arrepentidos también trasciende fronteras: a veces se relocaliza al colaborador en otro país bajo nueva identidad si su vida corre riesgo extremo en el propio (Argentina tiene un Programa Nacional de Protección de Testigos, y hay cooperación internacional para intercambio de testigos protegidos cuando se requiere). Además, la intervención de comunicaciones puede necesitar auxilio de servidores fuera del país; por ejemplo, solicitar a una empresa en EE.UU. que entregue registros de conversaciones de sospechosos (eso se hace vía mecanismos de asistencia mutua o iniciativas como CLOUD Act o convenios sobre ciberdelito).

En este andarivel, es fundamental destacar que la adopción de técnicas especiales de investigación no habilita una “barra libre”: su uso está condicionado por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, que imponen límites sobre privacidad, debido proceso e integridad personal. La Ley 27.319, en su art. 3°, obliga al Ministerio Público a garantizar el respeto de derechos y el control de legalidad de todas estas medidas. Por regla, requieren autorización judicial previa, motivada y proporcional, y sólo se habilitan para delitos graves; las eventuales urgencias deben ser excepcionales, estrictamente definidas y con control jurisdiccional inmediato.

Entre esas las mencionadas técnicas, la infiltración mediante agente encubierto por ejemplo, permite que un miembro de una fuerza asuma identidad falsa para recabar prueba desde dentro de la organización, pero la autorización judicial debe fijar con claridad los límites operativos (qué actos simulados puede realizar, qué contactos establecer, cómo documentar su actuación), además que se prohíbe expresamente la provocación de delitos graves, y el agente no puede “crear” el delito. Se admite, por necesidad operativa, alguna conducta simulada (por ejemplo, una compra controlada) destinada a mantener la cobertura, siempre bajo control judicial y rendición de cuentas periódica. El agente revelador, aunque es una variante más acotada, también tiene sus límites.

Precisamente por su potencia intrusiva, estas técnicas suelen ser objeto de impugnaciones defensivas. La experiencia comparada desarrolló la defensa por “entrapment”⁴¹ (atrapamiento), orientada a excluir condenas cuando la intervención estatal fabricó el delito en una persona sin predisposición criminal previa. En nues-

⁴¹ En EE.UU., surgió la defensa por atrapamiento o entrapment, que lo que busca es impedir condenas cuando el delito fue fabricado enteramente por la policía y el imputado no tenía intención delictiva previa.

tro medio, la litigación se centra en nulidades por invasión ilegítima de la intimidad, afectación de la autodeterminación informativa o violación de la prohibición de autoincrimación. Si una escucha, un registro o una operación encubierta se obtienen fuera de los parámetros legales, la consecuencia debe ser la invalidez no sólo de esa prueba sino también de lo derivado de ella, conforme la doctrina del fruto del árbol envenenado (o “prohibido”). La jurisprudencia, sin embargo, ha matizado sus efectos mediante la teoría de la fuente independiente: si el hecho queda acreditado por vías autónomas no contaminadas, la prueba puede mantenerse. Aun así, el riesgo de “contaminación” probatoria es real y obliga a protocolos rigurosos de documentación, custodia y control judicial.

La ley también impone exigencias procedimentales: la designación del encubierto debe ser dispuesta por juez competente en una investigación en curso, bajo secreto de identidad, con informes regulares y control jurisdiccional de cada hito relevante, desde el nombramiento hasta su eventual declaración en juicio. En ese punto aparece un conflicto delicado entre derechos fundamentales en tensión: la protección de la vida e integridad del testigo con identidad reservada (a menudo un agente encubierto o un colaborador) y el derecho de defensa del imputado, que exige contrainterrogar con información suficiente sobre la fuente. Cuando la reserva se mantiene por razones de seguridad, la doctrina advierte —con buen criterio— que el testimonio anónimo no puede ser la única prueba de cargo: no debe ser dirimente ni único sustento de condena, sino estar corroborado por otros elementos independientes y consistentes. Ese estándar busca equilibrar la protección del declarante frente a la posible reacción mafiosa sin desnaturalizar el contradictorio ni la exigencia de prueba robusta.

En conclusión, si bien, sin las técnicas especiales de investigación, la persecución penal del crimen organizado sería prácticamente imposible o ineficaz, en combinación con la tipificación de la *organización criminal*, estas técnicas garantizan que no solo se pueda acusar a los miembros de estos grupos, sino también lograr la evidencia robusta para condenarlos. En este contexto, la cooperación internacional potencia aún **más estas capacidades, al eliminar fronteras operativas: un agente encubierto puede seguir a su objetivo al país vecino con consentimiento mutuo, un arrepentido extraditado puede declarar vía videoconferencia en otro país, una entrega vigilada puede atravesar continentes entera antes de asestar el golpe final global, etc.** Sin embargo, las técnicas especiales serán compatibles con el Estado de derecho si se aplican con legalidad estricta, control judicial efectivo, documentación

exhaustiva y una regla clara de proporcionalidad. La eficacia investigativa no puede asentarse en atajos: el agente no provoca, la escucha no pesca en ríos revueltos, la reserva de identidad no sustituye la corroboración, y toda desviación se corrige con exclusiones probatorias y, cuando corresponda, con la convalidación de lo obtenido por fuentes independientes. Ese es el equilibrio que permite perseguir a organizaciones complejas sin sacrificar las garantías que legitiman la respuesta penal. Por último y, como veremos en el último acápite, todos estos avances exigen también un fortalecimiento institucional (capacitación, coordinación, equipamiento).

10. DESAFÍOS PENDIENTES: COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL, CAPACIDAD OPERATIVA, FORMACIÓN TÉCNICA, COOPERACIÓN REGIONAL Y ADECUACIÓN LEGAL

El combate al crimen organizado exige una arquitectura estatal que funcione como un sistema, no como islas. La coordinación interinstitucional es el primer pilar: fuerzas federales y provinciales, fiscalías federales y locales, Aduana, UIF, Poder Judicial y organismos de control deben trabajar bajo un mismo mapa operativo y de inteligencia. Existen ámbitos de articulación, pero aún hay margen para robustecerlos con unidades mixtas permanentes dirigidas por el Ministerio Público Fiscal, grupos operativos conjuntos en fronteras y protocolos de intercambio de información que eliminen celos interagenciales. La implementación plena del modelo acusatorio del Código Procesal Penal Federal refuerza esta lógica: son los fiscales quienes conducen la investigación y las fuerzas deben integrarse desde el inicio, con canales informáticos comunes, tableros de riesgo y reportes estandarizados.

La capacidad operativa y la infraestructura constituyen el segundo pilar. Investigar organizaciones complejas requiere tecnología costosa y talento especializado: interceptación y análisis masivo de comunicaciones, minería de datos, trazabilidad financiera, peritajes informáticos, traductores y equipos de vigilancia discreta. Debe ampliarse el músculo patrimonial del Estado investigador: analistas financieros en las fuerzas federales y en las procuradurías especializadas (PROCUNAR, PROCESLAC, UFECA) trabajando en paralelo a la pesquisa penal para construir perfiles de activos y circuitos de lavado. La reconversión de la Policía Federal hacia investigación compleja, con formación específica y dedicación estable a eslabones altos de la narcocriminalidad, es una medida imprescindible, tanto como profesionalizar la administración y reutilización social de bienes decomisados a través de una agencia ágil que asegure destino transparente y visible, con efecto disuasivo real.

Nada de lo anterior es sostenible sin un tercer pilar: formación técnica y especialización continua. El fenómeno muta y obliga a mantenerse un paso adelante en técnicas especiales, análisis de redes, derecho comparado y cooperación internacional. Programas regulares de capacitación conjunta con pares de la región y con unidades europeas y norteamericanas deben institucionalizarse; al interior, resulta clave consolidar carreras profesionales atractivas en fiscalías y áreas de investigación para evitar rotaciones que diluyen la expertise. Guías y protocolos ya existentes tienen que difundirse y aplicarse con homogeneidad, para que la calidad de las investigaciones no dependa de la suerte del caso o del equipo.

Un cuarto pilar es la cooperación regional e internacional sostenida. Las rutas de drogas, trata y contrabando trascienden fronteras; por eso, conviene profundizar centros bilaterales de inteligencia, avanzar hacia espacios regionales de coordinación operativa y armonizar tipos penales claves —como organización criminal— para asegurar doble incriminación y extradiciones ágiles, evitando “paraísos normativos”. Las redes de fiscales de la región y los foros de la Convención de Palermo deben tener apoyo político y recursos estables, con plataformas seguras de intercambio y ejercicios conjuntos periódicos.

El quinto pilar es la adecuación legal permanente. Criptoactivos, plataformas digitales, delitos ambientales y estructuras societarias opacas reconfiguran la economía criminal. El marco debe actualizar definiciones, cerrar grietas en financiamiento ilícito y extender de modo razonado la responsabilidad penal de personas jurídicas a supuestos de crimen organizado cuando empresas sean vehículo o beneficiarias. También es necesario afinar agravantes por comisión organizada y crear tipos específicos allí donde la experiencia lo justifique, manteniendo la coherencia con el anteproyecto penal y evitando superposiciones que generen concursos simbólicos.

Este despliegue debe sostenerse, en todo momento, dentro de los límites del Estado de derecho. La intensificación de técnicas especiales requiere controles externos efectivos, motivación y proporcionalidad, preservación del contradictorio y de la presunción de inocencia. No pueden consolidarse prácticas que sustituyan corroboración por meros dichos de colaboradores; tampoco puede normalizarse la prisión preventiva bajo el rótulo de “complejidad”. La transparencia en la administración de bienes decomisados y la rendición de cuentas frente a la ciudadanía son condiciones para la legitimidad democrática de la política criminal.

Por último, toda estrategia integral incorpora la dimensión preventiva: reducir la base de reclutamiento en territorios vulnerables, cortar canales de corrupción que habilitan la captura institucional, dignificar y profesionalizar a quienes están en la primera línea, y elevar estándares éticos con controles internos robustos. El objetivo, en suma, es revertir la desactualización orgánica, funcional y doctrinal frente a delitos cada vez más complejos y, al mismo tiempo, traducir las reformas legales en capacidad efectiva sobre el terreno. Solo con coordinación real, medios materiales y humanos suficientes, cooperación sostenida y respeto estricto por las garantías será posible desarticular de manera estable el corazón económico, territorial y relacional de las organizaciones criminales, protegiendo a la población y afirmando la vigencia plena del Estado de derecho.

11. CONCLUSIONES

La experiencia comparada y los casos locales dejan una conclusión nítida: frente al crimen organizado no alcanza con sumar delitos ni con ampliar excepciones procesales; se necesita una arquitectura coherente que nombre con precisión a la empresa criminal, gradúe la responsabilidad según el aporte y neutralice sus rentas sin desbordar garantías. En ese sentido, el anteproyecto ofrece una solución más armónica: fija umbrales objetivos de organización (estructura, estabilidad, alcance interterritorial o transnacional y finalidad económica), diferencia roles, agrava de manera proporcional y ordena la concurrencia como ley especial frente a la asociación ilícita, evitando solapamientos y duplicaciones. El mismo enfoque, aplicado al decomiso, gana consistencia al integrarlo al artículo 23 del Código Penal, con reglas claras de anticipación, destino social y equivalencia, alineadas con estándares internacionales y con impacto preventivo real.

La eficacia investigativa depende de técnicas especiales aplicadas bajo controles estrictos. Infiltraciones, entregas vigiladas, colaboración eficaz e interceptaciones son compatibles con el Estado de derecho sólo si se sujetan a autorización fundada, límites operativos, documentación exhaustiva y corroboración independiente; fuera de ese marco, la consecuencia debe ser la exclusión probatoria. El equilibrio se logra cuando la excepcionalidad no se vuelve rutina y cuando la calidad de la prueba estructural sustituye a la acumulación aritmética de tipos.

La cooperación internacional es el multiplicador imprescindible. Extradición, asistencia recíproca, equipos conjuntos y recuperación de activos permiten que las

investigaciones sigan el dinero y los vínculos más allá de las fronteras. Pero esa potencia sólo se sostiene si, puertas adentro, hay coordinación interinstitucional real, capacidades técnicas estables y una cultura de medición de resultados que premie investigaciones patrimoniales, condenas sostenibles y reutilización transparente de bienes.

Por todo, la mejor política criminal no es la que más castiga sino la que castiga mejor: tipifica con claridad, atribuye por el hecho propio, desarticula la economía ilícita y coopera sin fisuras, todo ello con respeto por las garantías que legitiman la respuesta estatal. Si el Ministerio Público Fiscal encabeza esta transición —del caso a la estructura, de la urgencia a la técnica—, la evolución normativa, las técnicas especiales y la cooperación internacional dejarán de ser promesas y se convertirán en capacidad efectiva para neutralizar el poder económico, territorial y relacional de las organizaciones criminales.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

La investigación del delito de lavado de activos: desafíos y estrategias

Francisco J. D'Albora (h)

La investigación del delito de lavado de activos: desafíos y estrategias

Por Francisco J. D'Albora (h)¹

1. El Derecho Penal argentino contempla como delito el Lavado de Dinero desde el año 1989. Inicialmente, acotado al narcotráfico y delitos conexos en la ley específica², en función de la obligación generada para los países signatarios de la convención de Naciones Unidas celebrada en Viena en 1988³, y a partir de mayo de 2000, al sancionarse la Ley penal especial 25.246⁴, siguiendo los lineamientos de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF)⁵ y, además, de la convención N.U. de Palermo 2000⁶.

La estructura vigente del tipo penal acuñado por esta Ley e incorporado al Código Penal, hoy como artículo 303, es su tercera versión, conforme los estándares fijados por la Recomendación 3. Inicialmente considerado como un delito contra la Administración Pública y ubicado en el art. 278 CP, actualmente derogado, incluía relevantes elementos típicos de importancia superlativa en protección de los destinatarios, que no mantuvo su primera modificación, realizada por la Ley 26.683 en

1. Titular del Estudio Jurídico D'ALBORA & ASOCIADOS. Ex Director General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Conjuez de la Cámara Nacional de Casación Penal. Socio Fundador y Ex Presidente de FAPLA. Coordinador de la Comisión de Prevención de Lavado de Activos del Observatorio de Prevención del Narcotráfico (OPRENAR). Vocal del Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario. C.F.E. y ex Vicepresidente del capítulo argentino de ACFE. Miembro de Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Ex Subsecretario Técnico de Planeamiento y Control del Narcotráfico de la SEDRONAR. Ex Subdirector Nacional de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ex Profesor Regular, de Derecho Penal y Procesal Penal, U.B.A. Profesor en las Maestrías en Derecho Penal y Derecho de la Empresa de la Universidad Austral y en la Especialización en Derecho Penal de la U.C.A. Profesor de UADE Business School. Publicaciones y conferencias en el país y en el extranjero.

2. Art. 25, Ley 23.737 (B.O. 11/X/89).

3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena, el 19 de diciembre 1988, aprobada por Ley 24.072 (B.O. 14/IV/92).

4. B.O. 10/V/00.

5. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html>

6. Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Ley 25.632 (B.O. 30/VIII/02).

junio de 2011⁷.

Ahora está ubicado como un delito contra el Orden Económico y Financiero, bien jurídicamente protegido añadido en esa misma oportunidad como Título XIII del Libro Segundo al Código Penal y que no figuraba en dicho cuerpo desde su sanción originaria en 1921. Resulta necesario aclarar que esa reforma legislativa no precisó el contenido del nuevo ámbito de protección, neutralizando así sus posibilidades frente a la indispensable interpretación del significado dogmático de los elementos que integran el precepto de su compleja estructura; sin embargo, al tratarse inicialmente del único delito del nuevo Título, permitía considerarlo como una herramienta de lucha contra el crimen organizado transnacional, en el sentido propiciado por GAFI.

Allí se añadieron más tarde los nuevos delitos referidos por las Recomendaciones 5 y 7, a saber, el Financiamiento del Terrorismo, en diciembre del mismo año 2011 -incorporando una agravante genérica a la Parte General del código para los delitos cometidos con “finalidad terrorista”⁸-, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, en marzo de 2024⁹. Pero en diciembre de 2011 se agregaron también otros diferentes delitos¹⁰, sin relación alguna con la categoría jurídica del crimen organizado transnacional, circunstancia que, a partir de entonces, dificulta considerablemente percibir algún denominador común; por lo que sólo puede conjeturarse sobre el ámbito de protección que resultaría afectado por los delitos del nuevo título. Señalamos aquí una inquietud liminar que se proyecta, según veremos, sobre la comprensión del tema, tanto en términos jurídicos como lógicos.

Identificado previamente, de manera adecuada, el ámbito de protección penal de los diferentes bienes jurídicos en los que debiera ubicarse el delito, atendiendo a su pluriofensividad¹¹, parece claro que resultaba adecuado acudir al estado actual de la discusión y considerar los de carácter supraindividual¹² o pluripersonal, circunstan-

7. B.O. 21/VI/11.

8. Art. 41 quinquies CP.

9. Art. 306 CP.

10. Ley 26.733, B.O. 28/XII/11.

11. Ferré Olivé, Juan Carlos, “El Delito de Blanqueo de Dinero”, p. 102, Valencia, 2024.

12. Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales”, Valencia, 1999.

cia que hubiese impuesto optar por una ley penal especial y abandonar el limitado marco de opciones del Libro Segundo de nuestro Código Penal, cuyos doce títulos originarios, antes de la reforma operada por la Ley 26.683, reflejaban una concepción ya superada en la dogmática moderna; por la razón apuntada, el añadido del nuevo Título XIII, no contempló los alcances de este presupuesto¹³.

Pensar en el Lavado de Dinero como delito impone realizar un exhaustivo análisis de aquello que se quiere proteger utilizando la última razón del sistema jurídico. Ello presupone definir cuál es el objetivo real que se persigue al decidir su tipificación: ¿combatir al crimen organizado oponiéndole un frente global homogéneo que opere como una suerte de “legalidad organizada” o, muy por el contrario, crear un mero instrumento de intenso control socioeconómico que permita perfeccionar el arsenal estatal, imponiendo regulaciones que ineludiblemente restringen el ámbito de reserva garantizado por el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina?

Aceptar una ineludible y acotada injerencia estatal en la actividad de los particulares, siempre dentro del límite tolerado por el principio de reserva, en función de la necesidad de evitar que las utilidades del crimen organizado infecten los sistemas económicos legales, y como una de las pocas alternativas razonables conocidas para combatirlo eficazmente, resulta absolutamente distinto que admitir la utilización creciente de semejantes herramientas al solo efecto de controlar las actividades lícitas de los ciudadanos¹⁴.

Aunque en este último caso se declame la misma finalidad: si los instrumentos utilizados poco o nada afectan la expansión de las actividades delictivas, el marco regulatorio, aunque se adecue a los requerimientos internacionales, se limita a operar como avieso factor de control social o económico. El estado constitucional de derecho debe permanecer atento frente a este peligro.

2. El tipo básico del delito en nuestro país consiste hoy en generar la posibilidad de que bienes u otros activos procedentes de un hecho ilícito adquieran la apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita.

13. D'Albora (h), Francisco J., “La prevención y el control del Lavado de Dinero”, en “Lavado de Dinero”, 3ª edición actualizada y ampliada, Bs.As. 2020, p. 130. También en Bertazza, Humberto J. y D'Albora (h), Francisco J. (dirs.), “Tratado de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”, T.I, p. 176, Bs. As., 2012.

14. En el mismo sentido, Ferré Olivé, Juan Carlos, op. cit., p. 28.

Las modalidades comisivas o verbos típicos están descriptos con el añadido de una fórmula residual que implica que cada uno de ellos es un ejemplo de alternativas para poner en circulación en el mercado bienes u otros activos de origen ilícito, pero que no constituye una enumeración taxativa.

Es un delito doloso, que castiga con prisión de 3 a 10 años y multa de dos a diez veces el monto de la operación, al que: convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, adquiriere, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal (todos, incluyendo los tributarios, y la utilización del sustantivo “ilícito” no admite dudas en punto a que no se requiere condena), con la consecuencia posible de que “el origen de” los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita y siempre que su valor supere la suma de ciento cincuenta (150) salarios mínimos vitales y móviles al momento de los hechos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Según se ve, los verbos típicos mencionados superponen géneros y especies que, además, no en todos los casos admiten una interpretación unívoca de su significado en el ordenamiento jurídico argentino; tampoco figuran todas las especies del género, circunstancia que permite cuestionar la tipicidad de aquellas especies que no fueron expresamente incluidas.

Cabe destacar que, por razones que ignoramos, el objeto material del delito se viene modificando desde la sanción originaria de la ley: bienes (art. 278 originario), bienes o dinero (art. 303 del 2011), bienes u otros activos (última reforma en marzo de 2024).

Tampoco resulta sencillo establecer el significado dogmático de cada uno de estos elementos¹⁵:

“...con la consecuencia posible...” supera todos los límites. Como elemento típico una consecuencia posible es aquella que puede o no haberse verificado. Si se verificó será objeto de la prueba sin mayores problemas. En cambio, si no se verificó, como igual debe probarse, se enfrenta un problema de dimensiones extraordinarias.

15. D'Albora (h), Francisco J., op. cit., p. 139 y sgts.

¿Cómo puede arribarse a la certeza apodíctica de la presencia en el caso de un elemento que juega a favor de un hecho que no ocurrió? A nuestro modo de ver, no existe respuesta satisfactoria.

Y continúa el precepto: “...de que “el origen de” los bienes originarios o los subrogantes...”, cumpliendo así la pretensión del GAFI de perseguir los activos utilizados por la organización criminal tan lejos como sea posible. Claro que al no indicar el legislador el alcance final de la persecución queda librado al buen criterio de los jueces comprender que el ordenamiento jurídico argentino tiene un punto de inflexión con el tercero adquirente de buena fe. Sucede que, si el juicio del magistrado al respecto no resulta certero, la amplitud del tipo permite llegar a soluciones disparatadas. Por otro lado, más allá de la intención del legislador de iterar la fórmula del derogado art. 278 CP, resulta evidente que un error de impresión -al menos- o el descuido del responsable de esa tarea, intercaló el giro “el origen de” en el texto aprobado, generando una aberración gramatical.

Sigamos; “...adquieran la apariencia de un origen lícito...” es otra circunstancia que, como elemento típico, produce alguna inquietud. Es que el concepto de apariencia impone una nueva conjetura adosada a la inicial referida a la “consecuencia posible”, circunstancia que, para un delito conminado con una pena máxima de diez años de prisión, añade enorme preocupación por su imprecisión. Pareciera que el principio de legalidad y su exigencia en punto a los requisitos de la ley previa y estricta, se ven seriamente puestos en crisis.

Desde el punto de vista de su significación, la exigencia de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, pareciera limitar el alcance de la incriminación a aquellos supuestos de lavado en que se ha alcanzado lo que la doctrina denomina tercera etapa del proceso. Esto es, cuando luego de la segunda etapa ya no puede probarse el origen verdadero de los bienes -opción de mínima para la organización criminal que entonces podrá intentar utilizarlos en plazas financieras menos exigentes-, y se presenta la circunstancia adicional de haber desarrollado una fachada que permita aparentar licitud para aquello que, en realidad, es de origen ilícito -opción de máxima-¹⁶.

16. D'Albora (h), Francisco J., “Lavado de Dinero. El delito de Legitimación de Activos provenientes de Ilícitos”, en “Lavado de Dinero”, op. cit., p. 21.

Lo que el legislador no aclara es si tiene que parecer mucho o poco de origen lícito, dejando nuevamente a criterio del intérprete la respuesta a la incógnita. Es que entre una fotocopia simple de un billete que el cajero entrega al anciano que no puede percibir el timo y la falsificación de moneda extranjera que utiliza planchas originales en desuso al igual que papel y tinta birlados a la tesorería emisora, presentando un producto final imposible de distinguir incluso para el experto, hay una diferencia abismal. Insistimos, aunque resulte obvio que resulta imposible mutar la naturaleza ilícita de los bienes y convertirla en lícita; en el mejor de los casos, solo obtendrán apariencia de licitud.

“... y siempre que su valor supere la suma de ciento cincuenta (150) salarios mínimos vitales y móviles al momento de los hechos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”, nos enfrenta al último desafío a la hora de analizar su función dogmática. Es que puede tratarse de una condición objetiva de punibilidad o de un elemento del tipo objetivo. La posición que se adopte resultará determinante para incriminar o no casos concretos ya que, si se considera un elemento típico el conocimiento del obrar doloso incluye dicha circunstancia. En cambio, si fuese una condición objetiva de punibilidad ello resulta indiferente. Participamos de la opinión que sostiene que si le referencia normativa figura en la ley desde su sanción original es un elemento típico y sólo cuando fue añadida por una reforma posterior puede considerarse condición objetiva de punibilidad.

A la época de la entrada en vigor de la ley originaria, se fijó un límite cuantitativo a la incriminación del tipo básico equivalente entonces a cincuenta mil dólares estadounidenses, que el recurrente proceso inflacionario local redujo a límites inconcebibles, no obstante su actualización en 2011, procurando mantener la misma equivalencia que, con el tiempo, volvió a tornarse en irrisoria. Por ese motivo, se decidió ahora a fijarlo con sorprendente apartamiento de la moneda de curso legal; a todo evento, mientras la pena esté determinada con precisión en el tipo, la delegación del legislador a la norma administrativa que establece el valor del “salario mínimo vital y móvil” para completar el precepto, permite su consideración dentro de los límites constitucionales de la ley penal en blanco.

Es un tipo doloso que, de acuerdo con el sistema del código, al no exigirse ningún requisito puntual al respecto, se satisface con cualquiera de las tres especies reconocidas por la dogmática –directo o de primer grado, indirecto o de segundo grado

o eventual⁻¹⁷.

Deviene imperioso aclarar que la mencionada reforma del año 2011 eliminó: la cláusula de exclusión del partícipe en el delito precedente, y la disminución de pena de acuerdo con la pena del delito precedente¹⁸, que tuvo la versión primigenia del delito, acuñado entonces en el art. 278 CP.

Consideramos que sendas cláusulas, hoy suprimidas, concretaban las indispensables garantías constitucionales de protección para los destinatarios de las normas y fijaban ineludibles límites a la pretensión punitiva del estado. Muy especialmente, tratándose de delitos de factura compleja y cuya tipificación admite significativos reparos.

Es que el auto lavado o lavado de la ganancia generada con un delito propio, alternativa habilitada por el legislador al suprimirse la primera de las cláusulas referidas, requiere que la dogmática penal deba forzarse para tipificar delitos que consisten en la utilización del objeto material de un delito precedente, sin vulnerar la prohibición del doble juzgamiento. Si el delito que genera la ganancia ilícita ya tiene prevista una sanción de naturaleza penal, añadir otra nueva pena, diferente e independiente, acumulable jurídicamente a la anterior, para la utilización de dicha ganancia, impone acreditar válidamente que no se está duplicando su castigo¹⁹.

Diferentes desarrollos dogmáticos como el concurso aparente de leyes o tipos penales, la inexigibilidad de otra conducta o el hecho posterior copenado procuran cubrir ese objetivo, sin lograr la precisión de la mencionada cláusula de exclusión del partícipe en el delito precedente. A nuestro ver, no logran sino exponer el escollo. insistimos en que debiera revisarse muy seriamente el contenido de injusto de los delitos precedentes del lavado de dinero y analizar en profundidad si se justifica la necesidad o conveniencia de política criminal de proteger a ambos de manera complementaria, respetando los límites a la persecución penal del estado²⁰.

17. Trovato, Gustavo F, “La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal argentina”, en “Política criminal y blanqueo de capitales”, Madrid, 2009, p. 74; Rodríguez Villar, Pacífico y Bermejo, Mateo Germán, Prevención del lavado de dinero en el sector financiero”, Bs. As., 2001, p. 110.

18. “ARTÍCULO 279: 1. Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este Capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente; ...”.

19. Ferré Olivé, Juan Carlos, op. cit., desarrolla el tema en profundidad a partir de la p. 219.

20. Blanco Cordero, Isidoro, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento

Admitir a todos los delitos como precedentes no resulta sencillo en términos técnicos, pero algunos delitos evidencian más que otros los inconvenientes dogmáticos. El argumento inicial del combate global al lavado de dinero, como idea romántica de legalidad organizada, para contraponer al crimen organizado, quedó debilitado en el año 2012 al incorporarse, en el plano internacional, la obligación de incluir a los delitos tributarios como precedentes; destacamos aquí lo que consideramos un punto de inflexión que invita a reflexionar seriamente.

Lo que hasta entonces era sólo un motivo de inquietud local, porque nuestra ley de lavado incluyó a todos los delitos como precedentes desde su sanción originaria en 2000, asumió dimensión global en febrero 2012 en la última reformulación integral de las 40 Recomendaciones de GAFI. El delito de lavado de dinero ya no se trata en la Recomendación 1 sino en la 3 y si bien se mantiene la indicación de considerar como delitos precedentes a los “delitos graves” y la nota interpretativa correspondiente reitera que se debe “incluir la gama más amplia de delitos predicados”, recién en el glosario se aclara para las “categorías establecidas de delitos”, como definición “... delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos)”.

Por eso creemos que, en relación con los delitos previos, hay serios motivos para reconsiderar si incluso la totalidad de los delitos asociados al crimen organizado justifica, hoy en día, su presencia como elementos del tipo objetivo. Va de suyo que objetamos rotundamente la posición asumida por el legislador argentino, al admitir a todos los delitos de nuestro ordenamiento jurídico en tal carácter²¹.

Sólo una lectura sesgada de las 40 Recomendaciones puede concluir semejante desatino; la referencia a los delitos graves como mínimo, de la actual Recomendación 3 y la aclaración del glosario para la expresión “categorías establecidas de delitos” debiera ser entendida en su relación con el crimen organizado. Pero este baremo ya no es considerado como suficiente y con acierto se postula una precisa limitación en cuanto a admitir como delitos previos sólo aquellos con capacidad para afectar el normal funcionamiento de los mecanismos superiores de la economía²².

to normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”, San Sebastián 2009; Castaldo, Andrea R. y Naddeo, Marco, “Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio”, Pádova 2010.

21. Ferré Olivé, Juan Carlos, op. cit., p. 118 y sgts.

22. Cervini, Raúl, Ponencia para el encuentro internacional de expertos organizado por la Fundación Argentina para el Estudio y Análisis sobre la Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (FAPLA) celebrada en

En el derecho comparado, en general, la consideración de los delitos precedentes resulta más estricta que en nuestro país. Cuando el respectivo Código Penal no contiene una clasificación que distinga delitos graves de los denominados comunes, se toman como punto de partida aquellos asociados al crimen organizado o se acude directamente a una enumeración taxativa; pero el legislador argentino, en el año 2000, resguardado en la sabia limitación de las dos cláusulas comentadas, hoy derogadas, redobló la apuesta e incluyó a todos los delitos.

Volviendo al análisis típico, el mismo artículo 303 incluye además tres opciones de agravamiento y dos tipos atenuados.

La pena de la figura básica será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza. También cuando fuere cometido por un funcionario público en ejercicio u ocasión de sus funciones; se añade en este supuesto una pena de inhabilitación especial de tres a diez años. la misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

A su vez, una pena menor de 6 meses a 3 años se prevé para el que recibiere bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el tipo básico, que les dé apariencia de un origen lícito. Y, por último, si el valor de los bienes no supera el límite cuantitativo fijado en el tipo básico, la pena será de multa de 5 a 20 veces el monto de la operación.

Esta especie de pena, para esta modalidad de tipo atenuado, es consecuencia de la muy reciente modificación operada por Ley 27.739²³ en marzo de 2024, y no nos parece adecuada a los criterios de GAFI sobre el punto. Sustituyó a la considerada anteriormente, fijada también en prisión de 6 meses a 3 años, que ya había sido modificada en el año 2011 por cuestionable sugerencia del organismo. Sucede que la formulación inicial de este tipo atenuado remitía a la pena prevista en el art. 277, el delito de encubrimiento, de idéntico quantum, y que estaba contemplado en el mismo capítulo, precisamente antecediendo al art. 278.

Bs. As. los días 24 y 25 de abril de 2008.

23. B.O. 15/III/24.

Pero como el encubrimiento contiene una excusa absolutoria para los casos en que se actúa dentro de determinado círculo de proximidad parental o de hecho, GAFI pidió que se modificase la norma por el temor -infundado a nuestro ver- de que esos casos de lavado pudiesen quedar impunes por la excusa absolutoria, circunstancia a todas luces imposible porque, en el sistema del Código Penal argentino, las excusas absolutorias solo juegan en los casos y con los límites expresamente previstos. Y se modificó nuestro código para aclarar que no permite lo que nunca permitió.

Entonces, para considerar la pertinencia de haber sustituido la especie de pena a aplicarse, debe tenerse en cuenta que el art. 64 CP establece que la acción penal para los delitos reprimidos únicamente con pena de multa se extingue por el pago voluntario; ya veremos en la próxima evaluación mutua cómo resulta la novedad analizada que, sin dudas, permitirá eludir la sanción penal de esta modalidad atenuada de lavado de dinero.

La reforma del año 2011 añadió en el artículo 304 un conjunto de sanciones aplicables conjunta o alternativamente cuando el delito de lavado de dinero hubiese sido realizado en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal. A saber, multa, suspensión total o parcial de actividades, cancelación de la personería, pérdida o suspensión de beneficios. Se aclara que cuando fuera indispensable mantener la continuidad operativa, no serán aplicables la suspensión de actividades o la cancelación de personería.

En un ordenamiento jurídico que no termina de incorporar al derecho positivo la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁴, con la única excepción de una ley penal especial 27.401²⁵ que la admite exclusivamente para los cinco delitos incluidos en la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE de 1997²⁶, no deja de generar confusión que esta norma aparezca ahora en la Parte Especial del Código Penal. A nuestro ver, por las razones apuntadas por Zaffaroni en el precedente citado, no pueden ser sino de naturaleza administrativa.

24. C.S.J.N., causa Fly Machine, Fallos 329:1974.

25. B.O. 1/XII/17.

26. Aprobada por Ley 25.319, B.O. 18/X/00.

Finalmente, el artículo 305, incorporado en la misma oportunidad, refiere al denominado decomiso sin condena.

Nuestro sistema penal establece como pena accesoria a imponerse juntamente con la correspondiente al delito de que se trate en la sentencia condenatoria el decomiso, que importa para el condenado la pérdida de los elementos utilizados para cometer el delito y su producto. Pero la escasa cantidad de sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero -tres hasta el año 2011- no facilitaba el decomiso tradicional como pena accesoria, por manera que se introdujo esta alternativa, sucedánea del decomiso civil de los sistemas anglosajones, forzando su inclusión en un sistema europeo o continental, que tampoco produjo, hasta ahora, los resultados esperados, puesto que genera diversos reparos; recurrentemente se postulan preocupantes alternativas como la extinción de dominio, en lugar de afrontar las dificultades técnicas que comentamos²⁷.

3. Creemos que la clave para el dictado de una sentencia condenatoria constitucionalmente válida radica en la acreditación del origen ilícito de los bienes u otros activos puestos en circulación en el mercado. Dicho cometido, con la redacción originaria del derogado art. 278, que refería a aplicar de cualquier modo bienes o dinero provenientes de un delito en el que (el agente) no hubiera participado permitía, en la alternativa de interpretación más garantista -en el buen sentido del término-, respaldarse en una sentencia condenatoria, pasada en autoridad de cosa juzgada material, por el delito precedente.

Así, la certeza apodíctica sobre el origen delictivo no admitía cuestionamiento alguno. Eventualmente, sin condena y sin proceso penal, el objeto de la prueba, consistente en esclarecer hechos controvertidos, habilitaba al responsable de la etapa instructoria o preparatoria, a producir la conducente para esclarecer esa premisa.

Sin embargo, la inquietud de GAFI por no restringir el marco de punibilidad, alentó desarrollos teóricos que propusieron interpretar el elemento típico “delito precedente”, con un menor grado de exigencia, dando lugar a la distinción entre elementos objetivos y el elemento subjetivo, significando el concepto de injusto o, directamente, propiciando su interpretación en abstracto y prescindiendo del caso concreto y,

27. D'Albora (h), Francisco J., “Sobre la extinción de dominio”, en “Lavado de Dinero”, op. cit., p. 253.

en consecuencia, de la condena por el delito precedente.

La Ley argentina, en consonancia con la dogmática comparada, sustituyó en 2011, al derogar el art. 278 y reemplazarlo por el art 303, el sustantivo “delito” por “ilícito penal”, circunstancia que supedita a la prueba a producirse en el proceso penal y a los diferentes métodos de valoración, este aspecto crucial del asunto.

Dado que la función del elemento “ilícito penal precedente” consiste únicamente en caracterizar el origen ilícito de los bienes, pero no constituye el objeto procesal en la averiguación del lavado de dinero, basta con que se prueben las circunstancias a partir de las cuales pueda inferirse inequívocamente la comisión de un hecho ilícito que, en sus detalles, puede mantenerse relativamente indeterminado. Esto es, no resulta necesario atribuir autoría o participación, ni otras referencias de modo, tiempo y lugar, mientras pueda establecerse que fue anterior a las conductas de lavado perquiridas²⁸.

Por manera que la sana crítica, respaldada en los principios de la lógica formal, asume una función relevante para sostener la imputación. Y si bien la regla general pone en cabeza de la acusación la carga probatoria, nos parece sumamente atinado que la defensa anticipe la acreditación de una actividad lícita, compatible razonablemente con la generación de los bienes o dinero involucrados, apuntalada con la demostración del cabal cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Es que el secreto fiscal sobre la información que el contribuyente suministra a la agencia gubernamental de recaudación tributaria, previsto por el art. 101 de la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683 no impide que el sujeto cumplidor la aporte voluntariamente para refutar la imputación.

IV. Un aspecto crucial de la política criminal para la persecución de los delitos propiciados por GAFI, según se vio incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por diferentes leyes, desde el año 2000 al presente, radica en la determinación legal de las agencias estatales encargadas de dicho cometido.

Y en tanto nuestro sistema constitucional asigna el ejercicio de la acción penal pú-

28. Córdoba, Fernando J., “Delito de Lavado de Dinero”, Bs. As., 2015, p. 148.

blica al Ministerio Público²⁹, la Ley 25.246 creó la Unidad de Información Financiera (UIF) como una agencia administrativa de inteligencia financiera³⁰ y, en consecuencia, por definición, está alcanzada por la categórica limitación prevista por el artículo 109 CN.

Ello no impide que, si se considerase conveniente, la Ley le confiera la facultad expresa de coadyuvar en el ejercicio de la pretensión punitiva como querellante conjunto; sin embargo, es cuestionable que fuera de la ley formal pueda habilitarse la participación de un acusador. Al respecto, la inveterada doctrina del Alto Tribunal sostiene que la asignación de dicho rol es una mera concesión legal, susceptible de ser suprimida en todo tiempo³¹, en tanto que, si está prevista por la ley, no genera agravio constitucional. Se convertiría así en una suerte de sustituto procesal -acusador particular- que estaría en condiciones de ejercer en nombre e interés propio una serie de actividades enderezadas a proteger un derecho ajeno, tal cual es el del Estado de someter al delincuente al cumplimiento de una pena.

Diferentes leyes asignan legitimación a diversos órganos estatales para querellar. La legitimación para obrar o legitimación procesal refiere a quienes actúan en el proceso y se encuentran especialmente habilitados para pretender -legitimación activa- y para contradecir -legitimación pasiva- respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. Dicha condición es propia de la persona que, de modo especial, singular, individual y directo se presenta afectada por el daño o peligro que el delito comporte. No pareciera atenderse en debida forma a la denominada igualdad de armas cuando el imputado debe soportar una doble acusación del Estado, no obstante lo cual el tema parece -por ahora- zanjado. Ni que hablar cuando ambos acusadores sostienen criterios divergentes.

Por nuestra parte, más allá de algunas situaciones puntuales, preferimos privilegiar la función adquisitivo-probatoria de las distintas agencias a la de replicar el requerimiento de pena efectuado por el Ministerio Público. Muy especialmente en ordenamientos que asignan al Estado una situación privilegiada respecto del administrado, tal como ocurre con el Régimen Penal Tributario regulado por el art. 279 de la Ley 27.430 y

29. Art. 120 CN.

30. Art. 5.

31. Fallos 143:5.

las obligaciones del contribuyente que impone la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683. Es que recibir declaraciones juradas en sede administrativa por parte de quien luego podrá asumir el ejercicio de la función querellante no garantiza la referida igualdad de armas; un sistema acusatorio pleno debiera reconsiderar este aspecto.

El legislador asignó a la UIF todas las facultades necesarias para el desempeño de su cometido, desde el mismo momento de creación del organismo³². Fue así que la dotó de todas las atribuciones que le permiten cumplir con su cometido esencial: confirmar la licitud de los hechos contenidos en los reportes de operaciones inusuales o sospechosas cursados por los sujetos obligados; esto es acceder a toda la información disponible sobre todos -personas humanas o jurídicas, públicas o privadas- dentro o fuera del territorio nacional, e incluso habilitar el uso de la fuerza pública y requerir allanamientos de lugares públicos o privados, la requisa personal y el secuestro de documentación o elementos de utilidad. Pero no la facultó para intervenir como querellante conjunto en cualquier clase de procesos y tampoco lo hizo ninguna de las diferentes reformas legislativas a la Ley originaria, incluida la reciente Ley 27.739 que reformuló dichas facultades.

Sin embargo el Poder Ejecutivo pretendió avanzar en ese sentido con el Decreto 2226 del 23 de diciembre de 2008, cuyo anodino articulado la faculta para intervenir como querellante en los procesos en los que se investigue la comisión de los delitos tipificados por la Ley 25.246, a ese momento sólo el Lavado de Dinero en la versión del art. 278 CP. Resulta evidente que dicho Decreto no respeta el escalonamiento para la creación normativa impuesto por el art. 31 CN, pretendiendo imponer una calidad propia de la ley a través de aquél³³.

Hasta 2011 hubo criterios dispares en la jurisprudencia; en abstracto porque la actividad requirente no generó resultados procesales significativos, hasta que el proyecto de ley que se aprobó como 26.683 en junio de 2011, remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso, incluyó la facultad como inciso 11 del artículo 14 de la ley 25.246, única alternativa válida para concretar semejante decisión de la mentada política criminal.

Pero la Cámara de Diputados, luego de un dilatado trabajo en comisiones, aprobó

32. Art. 14, Ley 25.246.

33. D'Albora, Francisco J., "Puede un Decreto legitimar a un querellante?", LA LEY 2001-C, 607 - Sup. Penal 2001 (junio),18.

con media sanción exactamente lo contrario: se dispuso como artículo 25 del texto legal la decisión legislativa de que la UIF **no** podrá constituirse como parte querellante en procesos penales. Categórica precisión, incluso más amplia que el Decreto, que limitaba la atribución allí denegada, al delito de Lavado de Dinero.

Las urgencias legislativas, ante el inminente comienzo del Plenario de mitad de año del GAFI, determinaron un acuerdo político entre los diferentes bloques para que en la Cámara Alta se aprobase el texto a libro cerrado y la Ley 26.683 se sancionó el 1º de julio de 2011, tal como venía de Diputados. Pero el Decreto de promulgación parcial 825/11, dictado el 17 y publicado el 21 de julio, observó el artículo 25 que no entró en vigencia. Hecha la ley, hecha la trampa.

Durante todo este tiempo, ha carecido de sustento legal la intervención de la UIF como querellante conjunto, nada más ni nada menos. Esta situación nos preocupa intensamente, en los términos del art. 167, inc. 2, CPPN. Si no fuese un tema tan delicado, podríamos sonreír con pudor frente a las vicisitudes sobre el asunto expuestas por las últimas gestiones de gobierno.

En definitiva, aplaudimos la sensata decisión instrumentada por el Decreto 274/25 dictado el 16 de abril último, que derogó al cuestionable Decreto 226708.

Concluimos anticipando que, si bien deben ser ratificadas por ley a la mayor brevedad, coincidimos en líneas generales con las reformas allí instrumentadas, puesto que apuntan a reforzar la defensa nacional, reformulando la utilización de los avances tecnológicos para reforzar las ineludibles funciones de inteligencia y flexibilizando las sanciones aplicables por la UIF.



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

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

**El rol del Agente Fiscal
en el sistema especial
de justicia penal juvenil.**

**Breve reseña al proceso
de transición legal**

María José Lescano

El rol del Agente Fiscal en el sistema especial de justicia penal juvenil.

Breve reseña al proceso de transición legal

Por María José Lescano¹

1. INTRODUCCIÓN

En Buenos Aires en el año 1998, se introdujo al ordenamiento jurídico provincial la importante reforma al Código Procesal Penal² que instauró el sistema acusatorio. Sin embargo, extrañamente, dicho proceso de cambio legal no alcanzó en aquel entonces, al sistema de justicia de Menores que, durante 10 años más, continuó funcionando según el régimen normativo previsto en el Decreto Ley Nro. 10.067.³

Como es sabido, ese Decreto Ley contemplaba un proceso de tinte esencialmente inquisitivo, que era distante de la bilateralidad y del juicio propiamente dicho. Se centraba en la problemática de “*desamparo moral o material*” en el convencimiento de que, siguiendo las ideas positivistas, el trabajo terapéutico interdisciplinario con el menor y su entorno familiar permitiría moldear el comportamiento y la personalidad del causante para que en el futuro se convierta en un ciudadano de “*buenas costumbres*”, respetuoso del derecho.

Bajo la idea de una mayor protección estatal, esa normativa en la práctica no reconocía a los niños y a los adolescentes imputados por la comisión de un delito los mismos derechos que tenían los adultos, y en ocasiones permanecían instituciona-

1. Jueza titular del Juzgado de Garantías Nro. 1 de La Plata. Dra. en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Docente de grado y postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Docente invitada en la diplomatura de Derecho Penal de la Universidad Católica de La Plata (CALP) y también de la especialización en Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP). Presidenta de la Red de Jueces Penales de la provincia de Buenos Aires.

2. Ley Nro. 11.922 aprobada por la Legislatura provincial el 18 de diciembre de 1996 B.O. 23/1/ 1997.

3. DEC. LEY Nro.10.067/83. Texto ordenado por Dec. 1304/95. 7 de junio de 1995 B. O. 10 de Julio de 1995. Actualmente derogado.

lizados por extensos períodos de tiempo, sin haber gozado de las garantías propias del debido proceso legal.

Este tipo de intervención prevista por el anterior sistema con relación a los “*menores causantes*” fue severamente cuestionado, a la luz de los principios emanados de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En tanto que el abordaje desarrollado por el Patronato frente a los jóvenes infractores a la ley penal brindaba un tratamiento normativo discriminatorio hacia sujetos vulnerables,⁴ como son los niños y adolescentes, pues no se respetaban en el proceso surgido a causa del delito, sus derechos esenciales de jerarquía constitucional.

Recién cuando la Suprema Corte intervino para dirimir el conflicto de constitucionalidad⁵ suscitado con relación a la ley 13298,⁶ a la par que se sancionaba por el Legislativo la ley Nro. 13634⁷ -a mediados del 2008-, se comenzó a implementar en la provincia el nuevo paradigma de infancia propuesto por la CIDN. La concreción y materialización del sistema de promoción y de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, permitió poner en marcha, entre otras reformas, el nuevo Fuero de la responsabilidad penal Juvenil.⁸

La configuración de esta novel estructura judicial en la provincia venía así a homologar en términos generales, el sistema adjetivo vigente con relación a los adultos, pero también se comenzó a reconocer a los menores de edad derechos específicos. Y con esta impronta de especialidad no solo desapareció la figura del Juez de Menores, sino que también se modificaron los ámbitos competenciales y se gestaron nuevos sujetos procesales, como también nuevas interacciones institucionales.

4. El derecho a la no discriminación es relevante para toda persona que se encuentre vinculada a un proceso penal, por la prevalencia del principio pro homine en la esfera de la defensa y respeto de los derechos humanos y se debe enfatizar su aplicación cuando la persona es menor de edad, por su sola condición de niño. Cfr. OJEDA DE YNSFRAN; D.; “Aplicación de los parámetros de la justicia penal juvenil en la función fiscal” en *Revista Jurídica en Investigación en ciencias jurídicas y social*. Ministerio Público. República de Paraguay. Nro. 8. 2018., p. 54 <https://ojs.ministeriopus-blico.gov.py/index.php/rjmp>

5. Sentencia del 28 de febrero de 2007 de la SCBA (Registro Nro. 55) declaró abstracta la cuestión litigiosa y finalizó el proceso de inconstitucionalidad incoado por el Ministerio Público en causa B-68128 y su acumulada I-68116, ello condujo a la inmediata ampliación de la ley 13634 y a la consiguiente derogación del Dec. Ley Nro. 10.067.

6. “*Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños*”. Nro. 13.298. Aprobada en el Poder Legislativo el 29 de diciembre de 2005. B.O.27/1/ 2005.

7. “*Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño*” Nro 13.634. Aprobada el 28 de diciembre de 2006. B. O. 2/2/ 2007.

8. Para un amplio estudio del proceso de reforma legal, puede consultarse: *La nueva normativa de protección a la infancia y la adolescencia en la provincia de Buenos Aires*. Publicación realizada con relación a la investigación llevada a cabo por el Instituto de Derechos del Niño de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Unicef.

Desde entonces la jurisdicción quedó deslindada entre los jueces de garantías y los jueces de responsabilidad o de juicio, en el seno del Ministerio Público se crearon las figuras del Fiscal y del Defensor Oficial “*del Joven*” y, la participación en el proceso penal de los Asesores de Incapaces quedó limitada a aspectos puntuales, en supuestos de carencia en la representación legal de los niños o adolescentes o, si se exhibía vulneración de derechos.

En este escenario, la creación de la figura del Agente Fiscal con conocimientos específicos en la materia se presentó como una de las notas relevantes del mentado proceso de transformación legal, que permitió dejar atrás la omnipresencia de los jueces de menores y aquéllas tan criticadas prácticas tutelares, para construir una nueva justicia orientada a atender el conflicto social surgido en torno del delito, de manera integral y con enfoque de derechos.

Con esta decisión de política criminal, el cambio legal buscó concluir en la provincia de Buenos Aires con la denunciada criminalización de la pobreza y proceder a reconocer a todos los niños y a las niñas un trato igualitario. Se decidió desjudicializar la cuestión “*asistencial*” para ser abordada por ámbitos propios del Poder Ejecutivo, a partir del despliegue de políticas públicas que satisfagan las necesidades de la infancia de manera preventiva, llevando a cabo acciones positivas concretas.

Por su parte, la problemática del delito juvenil quedó circunscripta a la justicia penal. Ese fue el ámbito elegido por el legislador para ventilar el conflicto entre las partes en el marco de un nuevo proceso de responsabilidad, en el que los jóvenes son concebidos como verdaderos sujetos de derecho y donde pueden ejercer ampliamente su defensa y demás prerrogativas jurídicas.

Con esta perspectiva, el sistema de Justicia Penal Juvenil asentado sobre la idea de respeto de los derechos fundamentales sin dudas se ajusta más a los parámetros convencionales. No obstante, pese al tiempo transcurrido el proceso de transición legal impulsado por el nuevo paradigma de Infancia sigue su marcha, pero no se halla exento de desafíos y de dificultades.

En este escenario, si bien se ha cristalizado una nueva forma de dirimir los conflictos penales cuando se encuentren involucrados jóvenes infractores a la ley, de manera continua, se percibe como latente la subrepticia vocación de inclinar esta justicia hacia la caracterización del sistema penal de adultos.

Para evitar ese riesgo, es necesario prender la luz de alarma, porque actuar de tal modo conduciría a una desnaturalización de los fines que propone la Convención Internacional de los Derechos del niño. El antídoto para que no ocurra, es seguir predicando la defensa del principio de especialidad. Principio que adquiere una notable configuración y peculiar importancia al tiempo de perfilar la función que debe desempeñar el Fiscal en el fuero de la responsabilidad penal juvenil.

Si bien, en términos generales, en el marco del acusatorio siempre la figura del Fiscal tiene un rol protagónico, por ser el sujeto procesal que debe incoar el proceso, promoverlo hasta llegar a un juicio y lograr el dictado de una sentencia, lo peculiar en estos procesos juveniles es que el Fiscal para desempeñarse tiene entre sus funciones, deberes añadidos, en tanto también tiene la carga de reconocer en su desenvolvimiento el plus de derechos previstos constitucionalmente con relación a los jóvenes, de conformidad con lo establecido en la CIDN.

No debemos olvidar que el Fiscal es el representante de los intereses de la sociedad, atiende los intereses de víctima, mas no puede abandonar la ardua tarea de velar por el interés superior,⁹ sea el niño víctima y/o del victimario (cfr. art. 3 CIDN). También debe internalizar -para formular sus requerimientos al Juez-, que el Derecho Penal Juvenil tiene que ser de mínima intervención en términos de restricción de los derechos humanos, y que en un determinado supuesto, en la medida de sus posibilidades, debe contar con la suficiente permeabilidad para intentar derivar la resolución del conflicto surgido a partir del delito a otras instancias jurisdiccionales o, incluso, no jurisdiccionales.¹⁰

Precisamente, ello es lo que caracteriza la especial cualificación del Fiscal que es designado para desempeñarse laboralmente en este Fuero. Lo expresado, pone en evidencia la complejidad que atañe al propio ejercicio de la función asignada por la norma a este representante del Ministerio Público.¹¹

9. SIMON, F.; "Interés superior del niño: derecho, principio y garantía, en *Convención sobre los Derechos del Niño comentada*, Ed. Ministerio Público Tutelar. Ciudad de Buenos Aires, 2019, p. 49 y sgtes.

10. Entre los principios que rigen el nuevo paradigma de infancia debe mencionarse al de desjudicialización, por el cual se entiende que, si el conflicto puede ser resuelto al margen del sistema judicial, la respuesta deberá orientarse por esa vía, que quizás resulte más rápida y efectiva que si se activa todo el andamiaje previsto en el marco del Poder Judicial.

11. El principio de especialización es la columna vertebral del sistema de justicia penal juvenil. La obligación de protección especial hacia los jóvenes surge del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, la Corte IDH en el caso Mendoza en su párrafo 148 ha expresado que: "Las garantías consagradas en los arts. 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos

Por consiguiente, en estas líneas intentaré hacer una consideración a modo de reflexión, acerca de cómo durante estos 17 años transcurridos -desde que comenzó su vigencia el sistema de justicia penal juvenil, se ha ido configurando el rol de las y los Agentes Fiscales bonaerenses. A tales efectos, se torna necesario partir de una referencia a la previsión legal que delimita normativamente su accionar, para luego realizar su correlación con las prácticas institucionales. Quizás sea este modo de pensar el derecho un camino útil para seguir fortaleciendo el paradigma de la promoción y protección integral, y además permita, de algún modo, acercar la justicia a la comunidad, con el deseo de suscitar una meridiana comprensión acerca de la difícil tarea que los Fiscales desarrollan a diario, en miras a mejorar las condiciones de convivencia pacífica en nuestra sociedad.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Si bien no resulta aconsejable realizar un excesivo análisis retrospectivo del proceso de transición legal, creo que deviene ilustrativo aludir brevemente a ciertos aspectos que se presentaron como verdaderos obstáculos y que poco a poco se pudieron ir superando. Durante los últimos años, con gran esfuerzo se fue avanzando en la instauración del nuevo paradigma de infancia en el territorio bonaerense y, a esta altura, podemos afirmar que se exhibe como un esquema superador del antiguo régimen de la minoridad.

Si bien es cierto que muchas cuestiones quedan por ajustar, para llegar a dicha valoración debemos ser conscientes de cuál ha sido el punto de inicio. Con esta perspectiva podremos ver cómo en la actualidad el rol de los Fiscales Juveniles en las distintas departamentales que integran el sistema de justicia, se ha ido perfilando y asentando, y esta evolución ha permitido instalarse con solidez ante la mirada de otras instancias institucionales.

En su originaria redacción, la ley 13.298 tuvo una técnica legislativa tan poco cuidada que su redacción ocasionó graves dificultades para llevar a cabo el proceso de implementación del nuevo paradigma de infancia. Además, el impulso reformista, no

específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho Internacional de los derechos humanos." También las Reglas de Beijing, la nro. 5.1 (Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de Menores) lo mencionan y puede decirse que es un principio basal en el contexto del Corpus Iuris internacional.

fue acompañado por una robusta política pública. Estos factores incidieron negativamente en la posibilidad de lograr su aplicación efectiva, con el efecto negativo que ello ocasionó, a la restarle credibilidad al proceso de cambio legal.

Las resistencias y embates que se corroboraron a partir de tales deficiencias felizmente pudieron sortearse y no llegaron a obturar la transición hacia la consagración del paradigma de la promoción y protección integral, pero los desacuerdos políticos sumieron a esa vocación de cambio normativo a una parálisis, con las derivaciones negativas que ese letargo ocasionó respecto al efectivo reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y los adolescentes.

Para poder comprender algunas inconsistencias que la originaria ley presentaba, basta con observar el capítulo referido al Fuero del niño, -luego derogado-, en el que se consagraba una extraña premonición. Así en el art. 40 se decía que: *“La organización y procedimiento relativos al Fuero del Niño se instrumentará mediante una Ley especial que dictará la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires dentro del año calendario de entrada en vigencia de la presente.”* De ello deberíamos preguntarnos ¿no hubiera sido más claro y simple diseñar y promover una única ley con indicaciones precisas de lo que se quería gestar?

De sus propias previsiones, la ley 13.298 anunciaba con entusiasmo el surgimiento del sistema de la promoción y protección de derechos, y por otra parte, ante ciertas inconsistencias, aparecían ambigüedades con relación al concreto modelo de justicia que se pretendía construir.¹² Sólo enunciaba por ese entonces la necesidad de profundizar la actividad del legislador, entre cuyas misiones estaba la tarea de establecer concretamente los roles de los nuevos sujetos procesales,¹³ y de reformular aquellos que ya se estaban desenvolviendo en el Fuero, pero con una impronta tutelar perimida.

12. En este orden de ideas véase que el originario art. 53 (actualmente derogado) establecía que: *“Hasta tanto se ponga en funcionamiento el Fuero del Niño y se establezca un procedimiento especial, las causas que se sustancien por aplicación del Régimen Penal de la Minoridad tramitarán por el procedimiento establecido por la Ley 11.922 y sus modificatorias, con excepción de los órganos de juzgamiento y ejecución, y las normas especiales previstas en la presente Ley.”* Estos preceptos ciertamente generaron profundos obstáculos para la implementación del sistema de justicia penal juvenil que proponía la creación de un nuevo sistema, con la continuidad de los Tribunales de Menores y sin una clara diferenciación de los ámbitos competenciales

13. Esa originaria ley encomendó al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que se proceda a la asignación de las competencias previstas en la presente, a los Agentes Fiscales y Asesores de Incapaces, pudiendo limitar o ampliar en cada caso las funciones que actualmente desempeñan. Con relación al Ministerio público se preveía que *“El Ministerio Público de la Defensa del Niño, será ejercido por el Asesor de Incapaces, salvo cuando intervenga un defensor particular.”*

Frente a un panorama tan confuso, esencial fue la intervención de la Procuración General y de la Suprema Corte de esta Justicia, para destrabar en aquellos años el delicado conflicto que se desencadenó entre los Poderes Públicos. La aprobación por el legislativo de la ley 13.634 con posterioridad, fue la llave que permitió superar los desencuentros y allanar el camino hacia la instauración definitiva del nuevo paradigma de la niñez, que rige actualmente en esta provincia.

A esta altura de los acontecimientos, finalmente podemos advertir que en la provincia de Buenos Aires la justicia penal juvenil se halla en pleno desarrollo de sus funciones, ajustándose a los principios y previsiones que emanan de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Y si bien el proceso de transición normativa aún no ha concluido, es posible detenernos a evaluar sus resultados a partir de los datos estadísticos reunidos y, de manera racional, de ser necesario se podrá proponer a futuro, la adopción de otras medidas que permitan normativamente potenciarlo y proveer a su fortalecimiento.

Ahora bien, acorde al objeto del presente trabajo debemos preguntarnos puntualmente ¿A qué nos referimos cuando hablamos de Fiscales especialmente entrenados en la temática de la infancia y de la adolescencia?

De manera preliminar hay que poner de relieve que los Fiscales además de conocimientos jurídicos, deben tener una vocación transdisciplinar que les permita comprender la concreta etapa evolutiva que transitan los adolescentes. Además, es de esperar que los referidos funcionarios puedan desarrollar una escucha activa con los mismos,¹⁴ si las condiciones del proceso lo permiten. Eventualmente, deben ser permeables para pedir la colaboración a otros profesionales, como pueden ser psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales si es aconsejable en la causa recibir una orientación particular para desarrollar su tarea.¹⁵

En el plano positivo surge que el legislador provincial en el inciso f) del art. 18 de la ley 13.634 consigna al Ministerio Público del joven como órgano esencial integrati-

14. Escuchar debidamente a los niños y a las niñas produce importantes derivaciones, pues conduce a la tutela de otros derechos, es decir que esta acción constituye un puente de comunicación de amplísimas consecuencias. Cfr. LESCANO, M.J.; “La escucha de niños, niñas y adolescentes en escenarios judiciales sensibles”, en *Unidad en la Diversidad* (Dir. Conte Grand). Vol V. Tomo II, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Fondo Editorial, 2023, p.341.

15. CONTE GRAND, J; *Unidad en la diversidad*. Volumen V Tomo II. Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Ed. Fondo Editorial Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023, p. 231.

vo del Fuero de la responsabilidad penal juvenil,¹⁶ y luego incorpora en el art. 24, la exigencia de la especial cualificación que debe contar el Fiscal del Joven para desempeñarse en su labor.

La norma explícitamente establece: “Los aspirantes a cubrir los cargos del Ministerio Público creados por la presente, deberán acreditar ante el Consejo de la Magistratura, especialización en Derechos del Niño y amplio conocimiento del Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos del Niño.” Y seguidamente, impone en cabeza de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia que, una vez designados los funcionarios, reciban “la capacitación que estimare conveniente” en la especialidad.

Cabe advertir que el Fiscal del Joven, al igual que el Fiscal del Fuero de mayores,¹⁷ es quien dirige la investigación penal preparatoria, debiendo respetar el principio de objetividad. A tal efecto dispone se practiquen, con la colaboración del personal policial, las diligencias para establecer la materialidad ilícita de los hechos y su atribución subjetiva. Asimismo, es el Fiscal quien, de ser necesario, peticiona ante los jueces el dictado de medidas cautelares, o les solicita que se expidan para validar ciertos actos que son de especial relevancia para que ingresen al juicio libre de todo vicio o irregularidad.¹⁸

También deberá oír a la víctima y a toda persona¹⁹ que pudiera aportar elementos para poder llevar a cabo el eficiente ejercicio de la acción penal. De contar con elementos suficientes a tal efecto, es incluso el Fiscal quien deberá actuar en juicio oral ante el órgano respectivo, y es el encargado de supervisar o acompañar desde el interés público que representa, al joven infractor para el supuesto que se le imponga

16. El fuero de la responsabilidad penal juvenil está previsto en Título III Capítulo I de la ley 13634. Allí se menciona también: al Tribunal de Casación, a las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal, a los Juzgados de Garantías y a los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil Juzgado de Garantías del Joven.

17. BROCCA, M.; *Fuero de la responsabilidad penal juvenil. Comentarios a la Ley 13634*. Verzetti ediciones, San Martín, 2016, p.126.

18. Cfr. Art. 59 del Código Procesal Penal (Cfr. ley 11922) Dentro de los límites y con el alcance de cada medida, cuando concurren fundados motivos que le permitan creer que existe peligro en la demora, el Agente Fiscal podrá, con aviso previo al Juez de Garantías, ordenar directamente el registro de lugares de los artículos 219°, 220° y 221°, la requisa personal del artículo 225°, la orden de secuestro del artículo 226°, la orden de presentación del artículo 227° y la interceptación de correspondencia del artículo 228°. En los casos de los artículos 219°, 220° y 221°, el Agente Fiscal solicitará, también de inmediato al Juez de Garantías, la convalidación de las medidas. Si el Juez no se pronunciare en contrario dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida la solicitud, la medida se tendrá por convalidada.

19. LESCANO, M.J.; “La escucha de niños, niñas y adolescentes en escenarios judiciales sensibles”, en *Unidad en la diversidad* (Dir. Conte Grand). Vol V. Tomo II, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Ed. Fondo Editorial p. 340.

alguna medida sancionatoria como consecuencia de su declaración de responsabilidad.

Entre las peculiaridades que imprimen la función del Fiscal del Joven, podemos advertir que siendo un proceso ágil, que cuenta con plazos sumamente restrictivos, tendrá que investigar con rapidez, y de ser posible, manteniendo al joven imputado en libertad, a menos que el delito sea de gravedad y que existan peligros procesales.

Es decir que, habiendo tomado conocimiento de la presunta existencia de un delito, el Agente Fiscal ordenará inmediatamente la apertura de la investigación para establecer si existió un hecho jurídico penalmente relevante, sus circunstancias y si existen evidencias o indicios que hagan presumir de la responsabilidad penal de un menor de edad en su perpetración. Para ello, de manera liminar deberá establecer, por los títulos respectivos, si el denunciado es punible, según lo prevé la ley nacional (Cfr. Dec. Ley Nro. 22278) y seguidamente, habrá de comunicar la situación, a sus padres tutores o responsables, como también al Defensor Oficial.

Para el supuesto de que en el hecho haya tomado parte un niño no punible, solo en casos de extrema gravedad y si se acredita una concreta peligrosidad para sí o para terceros, podrá solicitar al Juez el dictado de una medida de seguridad (Cfr. art. 64 de la ley 13.634 y arts. 1 y 3 del Dec. Ley 22.278), de lo contrario es el propio Fiscal quien decidirá la clausura de la causa y derivará el caso, dando intervención del Servicio Local o Zonal de promoción y de protección de Derechos.

Antes bien, si en la comisión del delito se acredita “*prima facie*” la intervención de mayores y menores de edad, es el Fiscal del Joven quien igualmente debe instruir el proceso, con la complejidad que supone manejarse a la vez, con dos instancias Jurisdiccionales.

Así, deberá formular sus requerimientos, tanto al Juez de Garantías del Joven, como al Juez de Garantías de Adultos, pero dice la ley que, si existe complejidad para su investigación, de manera justificada podrá acudir al Fiscal General para que designe un Fiscal no especializado como encargado de la investigación penal con relación a los coimputados mayores.²⁰

20. Cfr. art. 66 de la ley 13634.

Es interesante señalar una novedosa previsión que contiene el capítulo III de la ley, en tanto reconoce a los jóvenes una garantía particular, que no existía con antelación cuando funcionaban los Tribunales de Menores, que es precisamente tener la posibilidad de estar en libertad o de ser excluido de toda imputación penal, si se comprueba que al adulto consorte de causa, se lo eximió del proceso penal.²¹ Tratamiento legal que viene a equiparar sus derechos, sin discriminación alguna en razón de la edad y que por otra parte, imprime una interacción de permanente contralor entre ambos fueros.

En esta línea vinculada al principio de especialidad también cabe citar lo establecido en el art. 38, regla que proscribía a las autoridades policiales someter a los niños o a las niñas a interrogatorios. En caso de que la policía, en sus actos de investigación iniciales, quebrante el mandato legal por indicar sus manifestaciones que fueron emitidas sin la presencia del defensor, ello es entendido por la ley como un vicio grave de insalvable reparación, y por tanto prevé la nulidad del acto, quitándole todo efecto procesal.

De la normativa especial, otra cuestión a resaltar, es la clara prohibición que se impone a los organismos administrativos con funciones de policía, de llevar un registro de antecedentes cuando se trate de jóvenes infractores a la ley.²²

Ciertamente que el Fiscal a cargo de la investigación deberá entonces controlar de manera estricta el trabajo desarrollado por el personal policial cuando investiga la denuncia de delitos atribuidos a los jóvenes, pues de alguna manera se intenta prevenir cualquier forma de hostigamiento, maltrato o sufrimiento que se pueda llegar a infligir a personas que, por su minoría de edad, están en situación de vulnerabilidad.²³

21. Cfr. el art. 67 establece que: “...Si los mayores coprocesados fueren absueltos, o condenados a pena inferior a la aplicada a los niños, procederá la revisión de oficio del proceso, para lo cual el Juez que hubiere conocido remitirá inmediatamente de ejecutoriada la sentencia, copia autenticada de la misma al Juzgado o Tribunal de la Responsabilidad Penal Juvenil a efecto de que previa vista al Agente Fiscal, al Defensor y Asesor de Incapaces, dicte un nuevo pronunciamiento.

22. Es interesante advertir que la prohibición relativa a que la policía lleve registros de antecedentes de los menores de edad, debe interpretarse de conformidad a lo previsto en el art. 51 de la ley 13.634, que dispone la creación del “Registro de Procesos del Niño”, en el ámbito del Poder Judicial, buscando el legislador de esta manera construir una fuente de información acerca de la existencia de procesos que se le pueden seguir a un determinado joven y en su caso, procederá su acumulación, para evitar un inadmisibles dispendio jurisdiccional.

23. En el caso “Bulacio vs. Argentina” de la CIDH, sent. 18/9/2003, se condenó al Estado argentino por haber realizado una detención ilegal, habiéndose violado las normas internas que obligan a los funcionarios policiales a dar aviso a los padres y a un juez sin demora, e informar a las personas menores de edad sobre las causas de la detención.

En lo que hace a la imposición de medidas privativas de libertad a los y las jóvenes que se les imputa la comisión de delitos, es dable señalar la vigencia de los principios de mínima intervención que tiene jerarquía constitucional y derivan de su fuente convencional. En efecto, es sabido que el art. 75 inc. 22 de la CN recoge el conjunto de tratados que integran el bloque de constitucionalidad nacional (Cfr. la reforma en 1994), a partir de los cuales, cabe afirmar que el *ius puniendi* del Estado con relación a los jóvenes solo se halla legitimado bajo el tamiz de la estricta necesidad. Es decir, cuando se advierta en el caso concreto que tomar esa decisión es una medida de “última ratio” de intervención estatal. Y si en un supuesto, se decide su concreta imposición, dicha medida debe ser establecida por el menor tiempo posible o bajo la modalización que menos perjuicio le pueda llegar a ocasionar al presunto infractor.²⁴

Como ha quedado expuesto, con esta orientación, la función del Fiscal del Joven adquiere puntuales connotaciones, pues para ejercer su rol requirente, debe en forma previa evaluar si para llevar a cabo la investigación resulta indispensable solicitar al Juez una medida cautelar de tanta envergadura para aventar peligros procesales, que repercute -como sabemos- seriamente en la restricción de sus derechos fundamentales.

De igual modo, en etapa de juicio, al tiempo de alegar, el Fiscal también deberá tener especial consideración sobre las pruebas producidas en correlación a los informes confeccionados respecto del joven imputado y su entorno familiar y social. Y si está en el convencimiento de lo ocurrido y si decide petitionar su declaración de culpabilidad penal, evaluará entonces también en esta etapa, con estrictos criterios de necesidad de pena, si corresponde solicitar la efectiva imposición de la sanción, indicando con precisión la clase de pena, como también la modalidad y las condiciones de su ejecución.

3. BREVE RESEÑA JURISPRUDENCIAL

La ausencia de una ley nacional que defina el régimen penal juvenil acorde a los principios derivados de la CIDN constituye una inaceptable omisión del Estado

24. De los art. 42 y 43 se concluye que el Fiscal en principio debe evaluar si existe otra clase de medidas menos gravosas en término de restricción de Derechos para solicitar al Juez, y si ello no ocurre en un determinado caso, el legislador solo admite la procedencia del dictado de una prisión preventiva, para causas graves, entendidas aquellas cuya pena en expectativa sea de prisión y que en caso de imponerse, resulte ser de ejecución efectiva, y no condicional.

argentino que lo expone de manera negativa frente a la comunidad internacional y a nivel interno también provoca en nuestro ordenamiento jurídico serias disfuncionales.²⁵

Por su parte las provincias tomaron la iniciativa y, como ocurrió en Buenos Aires, el enfoque de derechos con relación a la infancia se introdujo legalmente de manera anticipada y la justicia penal juvenil comenzó a funcionar en el marco de un complejo entramado jurídico contradictorio, que exhibía preocupantes lagunas normativas.

Ahora bien ¿Qué correspondía hacer entre tanto? El proceso reformista no podía detenerse, por consiguiente, se decidió que para promover el desenvolvimiento del proceso penal juvenil era necesario *aggiornar* o reinterpretar ciertas previsiones legales.

En efecto, algunas prácticas jurisdiccionales fueron revelando la necesidad de realizar una delicada actividad hermenéutica con relación a las reglas que emanan del derecho internacional como del derecho interno, para avalar la procedencia en este proceso especial, de ciertos institutos jurídicos. En este orden de ideas cabe citar a la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o de los programas de justicia restaurativa, modos alternativos de solución del conflicto que, con la mirada de la especialidad, comenzaron a ser considerados como instrumentos idóneos para abordar la problemática penal juvenil. Herramientas normativas que, bajo la impronta de la especialidad, resultaron efectivas en términos de seguridad pública y demostraban menor impacto en la restricción de los derechos individuales de los menores infractores.

De tal modo, acompañando la construcción del nuevo paradigma de infancia, las partes comenzaron a realizar acuerdos y a petitionar ante los Jueces de responsabilidad penal juvenil, de conformidad con ciertos institutos jurídicos que históricamente ya estaban previstos para el proceso de mayores. En estos supuestos la función especializada encomendada por la norma al Fiscal del Joven se pudo apreciar con nitidez ya que, como representante del interés público, es quien debe brindar su aquiescencia como condición esencial para su procedencia.

25. Un análisis más amplio sobre el tema: LESCANO, M.J.; “Debates preliminares para una nueva Ley de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP; nro. 47. La Plata, 2017.

Estos supuestos exhiben con claridad que la labor del Fiscal Penal Juvenil debe desarrollarse de manera diversa a las posiciones retribucionistas que por lo general los medios de comunicación reclaman. Por tal razón, es imperioso que el Fiscal realice una precisa evaluación de su proceder, con relación al esclarecimiento del acontecimiento ocurrido y respecto de los fines esencialmente educativos que guían el desenvolvimiento del sistema de justicia penal juvenil.

Con este norte, es dable señalar, que el Estado argentino se comprometió frente a la comunidad internacional a adoptar todas las medidas para alcanzar el objetivo de la reeducación o de la reinserción social del joven infractor a la ley penal. Y en esta dirección, adhiriendo a los parámetros limitativos que contiene la CIDN y el conjunto de normas que integran el “*Corpus Iuris*” en esta temática, también asumió el compromiso de buscar alternativas al proceso penal, que pueden presentarse como soluciones más efectivas. Incluso a tale fines puede decidir renunciar a la interposición de la acción penal y derivar el expediente a otras instancias institucionales o comunitarias.²⁶

Cuando a mediados del año 2008 el fuero especial comenzó a funcionar en la provincia, acudir a estas alternativas al proceso no era una costumbre habitual, no solo porque aún mantenían su inercia las prácticas tutelares, sino porque en ocasiones, la bilateralidad entre las partes fue erróneamente entendida como una activa intervención tanto del Fiscal como del Defensor en su excesiva labor litigante. Esta manera de entender la interacción entre la parte acusadora y la defensa dejaba marginada la posibilidad de articular una tercera vía, es decir de hallar una solución alternativa más acorde a los propios intereses de las víctimas y los victimarios.

En esta dinámica evolutiva, gran trascendencia tuvo la jurisprudencia, que permitió orientar el desempeño de los distintos funcionarios del Fuero y fue perfilando el rol concreto del Ministerio Público Fiscal.

Claramente que la sentencia emitida por la Corte Suprema de la Nación en el caso Maldonado arrojó luz en cuanto a la actividad interpretativa que los magistrados y funcionarios deben realizar a los efectos de compatibilizar el Régimen Penal de la

26. Cfr. Regla 11 de Beijing prevé la remisión, que supone discrecionalmente optar para que un caso determinado sea derivado a programas de supervisión comunitaria evitando el uso de procedimientos formales.

Minoridad (ley 22.278 reformada por la ley 22.803)²⁷ con los estándares constitucionales y de derechos humanos.²⁸ Este precedente asimismo permitió perfilar algunos conceptos como son el de la culpabilidad disminuida de los jóvenes y la vigencia del principio de proporcionalidad que, entre otras manifestaciones, conlleva establecer y determinar individualmente la sanción a imponer.²⁹

Allí también se consignó que el reproche de la culpabilidad del adolescente debía ser siempre menor que el efectuado a una persona adulta por ese mismo hecho, lo que justifica indefectiblemente una pena de inferior magnitud. Y si esa interpretación minimalista se irradia al aspecto adjetivo, ello conducirá a que las partes se animen a promover acuerdos que prioricen la búsqueda de alternativas al proceso para abordar el conflicto penal juvenil. En lo posible, que estas tratativas conduzcan a evitar al juicio y eventualmente la imposición de pena que, bajo ciertos parámetros, no son totalmente aconsejables cuando de jóvenes infractores se trata.

Otro precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resulta de interés citar es la causa Nro. 3202,³⁰ en la cual los señores Jueces adhirieron al dictamen del Procurador expresando que: *“la aplicación de la suspensión de juicio a prueba planteada podría constituir una de las “soluciones alternativas” a la que se refiere la mencionada convención.”*³¹ De tal modo reconoce el Alto Tribunal a dicho instituto jurídico como una buena posibilidad de abordaje del conflicto penal juvenil, siguiendo los lineamientos convencionales.

En lo que hace a la aplicación de los juicios abreviados en el proceso penales juveniles, aun cuando han existido posiciones doctrinales críticas a su utilización,³² las

27. Régimen penal de la minoridad. Promulgada el 25/08/1980. B.O. del 28/08/1980. Esta ley fue modificada por la ley 22.803 que aumentó la edad penal mínima de catorce a dieciséis años, publicada en el B.O. del 9/05/1983; por la ley 23.264. del 23/10/1985; y por la ley 23.742, publicada en el B.O. del 25/10/1989.

28. Cfr. sentencia del 7/12/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:4343.

29. FREEDMAN, D.; “Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Colección Derecho Penal Juvenil. Serie Fallos comentados. Ed. Ministerio de desarrollo Social de la Nación, Bs. As. 2021, p.4 y sgtes.

30. Sentencia del 31 de agosto de 2006. CSJN en causa R. 1734 XL. Recurso de hecho. “Rojas Machado, José Luis s/ causa “. Nro. 3202.

31. Concretamente la Corte Suprema estima que actuar de otro modo llevaría a la inobservancia de lo previsto en el art. 75 inc. 22 de la CN y apartarse de los preceptos básicos previstos en la CIDN (arts. 37 y 40). Incluso consideró que en el caso había habido un menoscabo del derecho del niño a ser oído (Cfr. art. 12 inc. 2 de la CIDN).

32. Una posición crítica acerca del recurso del Juicio Abreviado en el proceso penal juvenil ha sido sustentada por Beloff, Terragni y Kierszenbaum precisamente por considerar que dicha opción conduce a una paulatina disminución de la protección especial a la infancia entendida como un trato judicial diferenciado en relación con las normas

prácticas han demostrado su amplia aplicación en el fuero de la responsabilidad penal juvenil por estimarse que este instituto jurídico bien utilizado al amparo de la especialidad es una herramienta jurídica respetuosa de los principios en que se sustenta nuevo paradigma.³³

La jurisprudencia ha avalado su aplicación en el fuero de la responsabilidad penal juvenil, siendo relevante citar a tales efectos el Plenario Nro. 25 emitido por la Cámara de Garantías en lo Penal de Mar del Plata. Allí la posición mayoritaria expresó que el juicio abreviado no es incompatible con el artículo 4° de la ley 22.278; también considera que resultaría impropio al sistema acusatorio que el Juez quiera componer el conflicto más allá o de modo diferente de las pretensiones de las partes y que la pena acordada en el juicio abreviado es sólo el tope máximo sobre el cual luego se podrá resolver y podría contenerse aún más la punición, en tanto que queda habilitada la reducción de la sanción.³⁴

Hay que tener en cuenta que por lo general los jóvenes aprehendidos en flagrancia llegan a juicio con pruebas contundentes y puede ocurrir que el imputado cuente con informes técnicos altamente positivos, habiendo demostrado a lo largo del proceso un cambio significativo con relación a la vigencia de la norma. Estas circunstancias, confrontadas con la previsión del art. 4 del Dec. Ley Nro. 22.278, habilita a las partes a pactar un Juicio Abreviado a tenor de los requisitos que establece el 395 del C.P.P., evidenciándose esta opción como la más beneficiosa en atención a todos los intereses en juego.

Si el Juez homologa un acuerdo que establece por ejemplo una pena sustancialmente disminuida, la cual incluso puede ser acordada con una modalidad atenuada en su ejecución, y de esta manera se decide evitar el debate oral, el imputado quizás obtiene una rápida respuesta jurídica, con menor exposición y estigmatización. Y no puede soslayarse que también en dicho acuerdo, aún declarada la responsabili-

del proceso penal de las personas adultas. Cfr. BELOFF, M./TERRAGNI, M./GIERSZENBAUM; M;" La justicia juvenil y el juicio abreviado", en Revista Pensamiento Penal, 23 de enero de 2017.<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44777-justicia-juvenil-y-juicio-abreviado>.

33. Para mayor ilustración acerca de las dos posiciones interpretativas ver FREGA, G; *Responsabilidad penal juvenil, garantías procesales*. Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2010. P. 104 y 105.

34. Acuerdo Plenario nro. 25 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, en causa N° 21.317. "M., L. A. s/ robo agravado", del 21/12/2012. La posición mayoritaria estaba integrada por los Dres. Riquert, Viñas, Dominella, Madina y Mendoza. <https://procesalpenalcam.blogspot.com/2013/02/plenario-n-25-de-la-camara-apely.html>

dad penal por el hecho, eventualmente puede ocurrir que el Juez lo exima de toda sanción si se valora positivamente su comportamiento y se considera que los fines normativos derivados del art. 33 de la ley 13.634 ya han sido alcanzados.

Esta caracterización que exhibe el juicio abreviado en el proceso penal juvenil, lo distancia notablemente de las implicancias que dicho instituto puede conllevar en la esfera del proceso desarrollado en el Fuero de adultos.³⁵

Con relación a los distintos programas de justicia restaurativa que se encuentran funcionando en la actualidad en la provincia de Buenos Aires,³⁶ no viene al caso extenderme en esta ocasión subrayando los aspectos altamente positivos que han arrojado este tipo de intervenciones, pues sobre este tema reina un consenso bastante generalizado.³⁷ También en estos casos el rol especializado del Agente Fiscal del Joven tiene una importancia significativa y poco a poco la jurisprudencia se ha inclinado en apoyo de estas propuestas en el escenario de la responsabilidad penal juvenil, aunque no menos cierto es que aún quedan interrogantes por responder, ante la ausencia de una ley dedicada a perfilar este tipo de iniciativas de manera más homogénea, para aplicar a lo largo de todo el territorio provincial.³⁸

Con esta breve referencia intento destacar la importancia que tiene la función del Fiscal para brindar su acuerdo para la procedencia de tales institutos jurídicos. El Fiscal como funcionario especializado, guiado por el interés superior del niño y el principio de especialidad, es el encargado de llevar a cabo en cada proceso la polí-

35. Para mayor ilustración puede consultarse jurisprudencia habida sobre el tema a saber: B., G. J. R. /// TCP Sala V, La Plata, Buenos Aires; 15/10/2024; Rubinzal Online; RC J 11355/24, que admite el juicio abreviado pero el Tribunal de Casación consideró que se dictó una sentencia que violó el tope punitivo oportunamente acordado, de modo que se transgredió lo dispuesto en el art. 399, CPP de la Provincia de Buenos Aires. También puede consultarse: G. A., J. A. y otros. Recurso de casación /// TCP Sala I, La Plata, Buenos Aires; 02/05/2024; Rubinzal Online; RC J 7532/24 y A., M. H. R. s. Recurso de casación /// TCP Sala I, La Plata, Buenos Aires; 16/12/2022; Rubinzal Online; RC J 7336/22.

36. Con distintas modalidades se han implementado en la provincia de Buenos Aires programas restaurativos, se pueden citar por ejemplo el desarrollado en el marco de la Defensoría del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, o las experiencias llevadas a cabo a instancias de algunos Juzgados, como pueden ser en Quilmes o Mar del Plata, entre otros.

37. PAILLET, M.; "Interpelando la naturaleza de lo Restaurativo. Aportes filosóficos y epistemológicos sobre el campo restaurativo y la cultura de paz" en *Justicia Restaurativa: aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de paz*. Fundación Latinoamericana Objetivo. Lomas de Zamora: Defensoría General de Lomas de Zamora. p. 31 y sgtes. <https://www.defensoriasantafe.gob.ar/publicaciones/justicia-restaurativa-aportes-y-reflexiones-sobre-el-campo-restaurativo-y-la-cultura>

38. El art. 40.3 b) de la CIDN se establece que: "Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales". También hay que considerar lo previsto sobre el tema en las Observaciones Generales Nro. 10 (2007) sobre: "Los derechos del niño en la justicia de menores" y Nro. 24 (2019) relativa a "Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil" del Comité sobre los Derechos del Niño.

tica criminal que propone la CIDN, con relación a los jóvenes infractores a la ley, en un Estado democrático de Derecho,³⁹ pero es interesante señalar, que los caminos alternativos al proceso penal tradicional recién se están comenzando a concebir y en esta línea la academia aún tiene mucho por aportar.

En definitiva, es indispensable que, desde el Ministerio Público se puedan seguir proponiendo cauces procesales diferenciales, respecto del proceso de adultos, que resulten más acordes para trabajar la responsabilidad de los jóvenes que hayan intervenido en la comisión de delitos, bajo la perspectiva de la especialidad. Se impone explorar entonces una mayor articulación con otras instancias institucionales ajenas al Poder Judicial, proponiendo otros dispositivos de intervención que integren la red de organismos del propio sistema de promoción y protección integral de los derechos.

4. LAS PRÁCTICAS Y SUS ESTADÍSTICAS

A partir del análisis de las estadísticas que con tanta precisión confecciona la Procuración General y el área de Planificación del Poder Judicial, es posible arribar a una conclusión preliminar positiva acerca de la evolución que ha tenido hasta ahora el trabajo desarrollado en el fuero de la responsabilidad penal juvenil, no solo en la respuesta que ha ido brindando la justicia frente al conflicto penal, sino porque los sujetos procesales han ido ajustando su labor, a la luz del principio de especialidad.⁴⁰

Un análisis muy limitado, pero no por ello menos ilustrativo puede realizarse partiendo del estudio comparativo sobre los procesos que se iniciaron desde el 2008 hasta el 2024 que tramitaron ante los Juzgados de Garantías del Joven. Así podrá verse en los cuadros que se anexan, que por ejemplo en el año 2008 todos los Juzgados de Garantías del Joven de la provincia recibieron 1809 causas, en las cuales en 648 se cerraron con sobreseimientos, en 26 casos se dictaron sentencias en Juicios Abreviados y en 44 ocasiones se hizo lugar a suspensiones de juicio a prueba.

39. Es claro en cuanto a que la política criminal a desarrollarse en un determinado país va a depender de la clase de Estado de que se trate. Cfr. SANZ MULAS, N.; *Política criminal*, Ed. Ratio Legis. 4ta edición. Salamanca 2021, p. 25 y sgtes.

40. Durante el último año los datos arrojan una evolución decreciente de la tasa de criminalidad en el Fuero de la responsabilidad penal juvenil. Fuente Procuración Gral. de la Prov. de Bs. As.: <https://www.mpba.gov.ar/files/estadisticas/Litigiosidad%20FRPJ%20iniciadas%202023-2024.pdf>

Ya en el año 2009 la cantidad de ingresos subió a 12.726, procesos en los cuales se sobreseyeron 6087, se resolvieron por Juicio Abreviado 74 y se hizo lugar, en 512 casos, a la suspensión de Juicio a prueba.

El año pasado, en el 2024, pese a haber aumentado la población se advierte que ingresaron al sistema 13.287 causas, en estos procesos se dictó el sobreseimiento en 5800 procesos y en 89 causas se homologaron acuerdos de Juicio Abreviado. En lo que hace a la suspensión de juicio a prueba, en este período se registraron 731 casos resueltos en tal sentido.

No debemos soslayar que, si bien es cierto que correspondería hacer también un exhaustivo seguimiento de los procesos en la etapa de juicio, que son las causas que tramitan por delitos más graves, instancia en la que también se corrobora la homologación de los acuerdos de referencia, no menos cierto es que con esta reseña es posible inferir que el rol especializado que ejercen las partes como de los Magistrados en el Fuero,⁴¹ han permitido incrementar esta clase de soluciones procesales, las que sin dudas se advierten como prácticas institucionales superadoras a las que llevaban a cabo los Tribunales de Menores.

Respuestas que, vale subrayar, se han ido construyendo gracias a la lectura constitucional y convencional que se ha dado a la ley procesal, interpretaciones a las que se pudo arribar pese a no existir aún una ley nacional que diagrame con precisión los referidos institutos jurídicos y que establezca expresamente las distintas manifestaciones que puede presentar el *ius puniendi* del Estado en esta materia relativa al régimen penal juvenil.

5. CONCLUSIÓN

En el convencimiento de que el proceso de reforma legal que se iniciara en la provincia de Buenos Aires en materia de infancia con la sanción de las leyes 13298 y 13634 debe seguir profundizándose, creí oportuno en el presente trabajo, detenerme a analizar la importancia que la ley especial de responsabilidad penal juvenil recono-

41. Partiendo del principio jurídico por el cual los jóvenes son entendidos por la ley como sujetos de derechos y que en la medida de la autonomía progresiva pueden asumir o reparar los daños del delito cometido, en tanto se escuche a la víctima y se advierta como viable acceder a salidas alternativas al proceso, la normativa especial que rige en la materia habilita a tales opciones por estimarlas más idóneas en términos de reinserción social y de dar ágil respuesta a las víctimas.

ció en la figura del Fiscal del Joven, por concebirlo como un engranaje central en el camino hacia el cambio de paradigma y su fortalecimiento.

Los preceptos adjetivos que aluden a su función además de asignarle la responsabilidad de promover el sistema acusatorio, encomendaron al Fiscal que su labor sea expresiva del principio de especialidad, mandato legal que de algún modo le exige repensar el rol que tradicionalmente ha tenido el Ministerio Público y lo induce a buscar nuevas formas de acción para dirimir los conflictos penales cuando se encuentren involucrados jóvenes infractores a la ley.

De esta manera, quien cumple el rol de acusación pública especializada, no puede perder de vista que el fin último de cualquier intervención estatal debe ser la reintegración social de la persona joven en conflicto con la ley, dejando de lado la clásica pretensión tendiente a una respuesta punitiva más gravosa.

Ciertamente que para perfilar con mayor nitidez las funciones que los Fiscales especializados en todo el territorio nacional deban llevar a cabo, es de esperar que en un futuro no lejano pueda finalmente sancionarse una nueva ley nacional de responsabilidad penal juvenil, que con este horizonte de mínima intervención penal, establezca las fronteras de punibilidad, pero por sobre todo contemple un conjunto de alternativas de intervención, capaces de abordar la responsabilidad penal por el hecho cometido, de manera contextualizada en el escenario integral que deriva del sistema de promoción y protección de derechos.

7. ANEXO

Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

Suprema Corte de Justicia

Página 1

Juzgados de Garantías del Joven					Anual 2008						
Departamento Judicial	Nº Juzgado	Ingresadas	Requisitorias	Elevaciones a Juicio	Sentencia Por J.A.	Sobresesamientos	Incompetencias	Nulidades	Extincion de la Accion	Suspension de Juicio a prueba	total resueltas
AZUL	1	31	-	-	-	10	8	-	-	-	18
AZUL Sede TANDIL	1	14	-	-	-	4	-	-	-	-	4
BAHIA BLANCA	1	6	-	-	-	4	1	-	-	-	5
BAHIA BLANCA Sede TRES ARROY	1	6	-	-	-	4	1	-	-	-	5
DOLORES	1	18	-	-	-	15	1	-	-	-	16
JUNIN	1	37	-	-	-	-	-	-	-	-	-
JUNIN	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
JUNIN	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
LA MATANZA	1	22	-	-	-	-	-	-	-	-	-
LA MATANZA	2	39	8	8	-	2	2	-	-	-	12
LA PLATA	1	201	1	-	-	44	-	8	-	-	52
LA PLATA	2	167	-	-	-	111	1	1	-	-	113
LA PLATA	3	163	4	-	-	67	3	7	-	-	77
LOMAS DE ZAMORA	1	44	-	-	-	25	2	-	-	-	27
LOMAS DE ZAMORA	2	37	-	-	-	23	-	-	-	-	23
LOMAS DE ZAMORA	3	21	-	-	-	8	2	2	-	-	12
MAR DEL PLATA	1	12	-	-	-	-	-	1	-	-	1
MAR DEL PLATA	2	31	-	-	-	-	2	1	-	-	3
MERCEDES	1	31	-	-	-	3	-	1	-	-	4
MERCEDES Sede MORENO	1	50	2	2	-	7	6	2	-	3	17
MORON	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
MORON	2	59	-	-	-	14	-	1	-	-	15
NECOCHEA	1	19	-	-	-	17	1	-	-	-	18
NECOCHEA	2	46	9	1	-	15	-	3	-	6	19
PERGAMINO	1	30	6	3	-	5	-	-	-	-	8
PERGAMINO	2	12	-	-	-	1	-	-	-	-	1
PERGAMINO	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
QUILMES	1	196	30	3	-	152	2	-	-	18	157
QUILMES Sede BERAZATEGUI	1	125	7	2	-	74	1	-	-	2	77
QUILMES Sede FLORENCIO VAREL	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SAN ISIDRO	1	19	-	-	-	6	-	-	-	-	6
SAN ISIDRO	2	20	-	-	-	2	1	-	-	1	3
SAN ISIDRO	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SAN ISIDRO Sede PILAR	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SAN MARTIN	1	158	5	5	-	14	7	2	-	10	28
SAN MARTIN	2	107	21	2	-	11	11	9	-	4	33
SAN NICOLAS	1	50	2	-	-	9	1	-	-	-	10
TRENQUE LAUQUEN	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TRENQUE LAUQUEN	2	5	-	-	-	1	-	-	-	-	1
TRENQUE LAUQUEN	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ZARATE-CAMPANA	1	33	-	-	-	-	-	1	-	-	1
Total		1.809	95	26	-	648	53	39	-	44	766
Promedio		50	3	1	-	18	1	1	-	1	19

Secretaría de Planificación
Área de Estadísticas

IPP

26/8/2025

Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

Suprema Corte de Justicia

Página 11

Juzgados de Garantías del Joven					Anual 2009						
Departamento Judicial	Nº Juzgado	Ingresadas	Requisitorias	Elevaciones a Juicio	Sentencia Por J.A.	Sobresesimientos	Incompetencias	Nulidades	Extincion de la Accion	Suspension de Juicio a prueba	total resueltas
AZUL	1	264	27	12	-	114	11	1	-	13	138
AZUL Sede TANDIL	1	107	23	16	-	68	4	1	-	4	89
BAHIA BLANCA	1	549	55	3	-	359	13	4	-	46	379
BAHIA BLANCA Sede TRES ARROY	1	222	1	2	-	93	1	1	-	7	97
DOLORES	1	852	65	1	3	693	15	1	-	44	713
JUNIN	1	113	5	1	-	75	1	8	-	5	85
JUNIN	2	129	19	8	-	88	1	1	-	5	98
JUNIN	3	95	3	4	1	108	-	-	-	2	113
LA MATANZA	1	444	49	30	-	233	12	2	-	-	277
LA MATANZA	2	558	47	43	1	365	20	-	-	-	429
LA PLATA	1	591	15	10	1	337	7	5	-	8	360
LA PLATA	2	529	19	7	-	236	2	3	-	12	248
LA PLATA	3	460	25	7	2	258	3	1	1	13	272
LOMAS DE ZAMORA	1	514	69	69	-	229	7	2	1	-	308
LOMAS DE ZAMORA	2	465	88	88	-	292	13	2	-	-	395
LOMAS DE ZAMORA	3	562	32	32	-	213	20	1	24	-	290
MAR DEL PLATA	1	395	82	48	-	77	21	7	-	12	153
MAR DEL PLATA	2	653	59	27	-	62	106	4	-	15	199
MERCEDES	1	152	25	7	-	34	9	5	1	23	56
MERCEDES Sede MORENO	1	183	93	14	1	30	4	4	3	26	56
MORON	1	287	287	18	2	123	8	12	-	23	163
MORON	2	304	35	29	3	138	6	2	4	30	182
NECOCHEA	1	75	9	2	-	45	1	-	-	7	48
NECOCHEA	2	127	17	9	-	55	8	-	6	8	78
PERGAMINO	1	80	25	20	-	45	1	-	-	3	66
PERGAMINO	2	97	28	13	-	42	3	-	-	5	58
PERGAMINO	3	16	2	2	-	7	-	-	-	1	9
QUILMES	1	744	115	74	40	506	26	-	13	-	659
QUILMES Sede BERAZATEGUI	1	353	33	16	20	219	1	-	-	4	256
QUILMES Sede FLORENCIO VAREL	1	353	56	46	-	244	4	-	-	3	294
SAN ISIDRO	1	353	45	26	-	174	18	4	-	22	222
SAN ISIDRO	2	354	37	24	-	117	40	1	1	32	183
SAN ISIDRO	3	14	-	-	-	4	4	-	-	-	8
SAN ISIDRO Sede PILAR	1	19	-	-	-	1	7	-	-	-	8
SAN MARTIN	1	394	178	65	-	70	47	5	20	39	207
SAN MARTIN	2	357	56	48	-	49	46	2	1	31	146
SAN NICOLAS	1	306	130	80	-	67	30	-	8	30	185
TRENQUE LAUQUEN	1	82	15	15	-	18	1	1	-	9	35
TRENQUE LAUQUEN	2	105	18	13	-	36	2	2	-	19	53
TRENQUE LAUQUEN	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ZARATE-CAMPANA	1	469	47	19	-	163	65	19	3	11	269
Total		12.726	1.934	948	74	6.087	588	101	86	512	7.884
Promedio		318	48	24	2	152	15	3	2	13	192

Fuente: Planillas remitidas por los titulares de los Organos en cumplimiento del Acuerdo 3623

Secretaría de Planificación
Área de Estadísticas

IPP

26/8/2025

Juzgados de Garantías del JovenAnual 2024

Departamento Judicial	Nº Juzgado	Ingresadas	Requisitorias	Resueltos						Suspension de Juicio a prueba	Total Resueltas
				Elevaciones a Juicio	Sentencia Por J.A.	Sobreseimientos	Incompetencias	Nulidades	Extincion de la Accion		
AZUL	1	288	24	15	-	73	11	1	12	12	112
AZUL Sede TANDIL	1	86	18	8	-	37	3	-	18	11	66
BAHIA BLANCA	1	408	48	18	-	275	12	-	-	26	305
BAHIA BLANCA	2	407	61	15	-	223	30	2	19	26	289
BAHIA BLANCA Sede TRES ARROYOS	1	111	18	5	-	78	1	-	13	11	97
DOLORES	1	672	68	35	-	473	2	-	34	34	544
JUNIN	1	404	60	25	-	192	6	2	23	39	248
LA MATANZA	1	716	243	95	-	93	9	6	-	-	203
LA MATANZA	2	535	96	88	-	108	20	-	4	-	220
LA PLATA	1	632	48	52	-	365	15	2	5	3	439
LA PLATA	2	812	99	56	-	409	53	2	2	6	522
LA PLATA	3	419	54	45	-	279	85	2	9	2	420
LOMAS DE ZAMORA	1	294	46	50	-	78	9	-	-	-	137
LOMAS DE ZAMORA	2	322	36	59	-	120	26	-	1	-	206
LOMAS DE ZAMORA	3	231	50	61	-	64	29	1	-	-	155
MAR DEL PLATA	1	370	96	35	-	14	7	-	5	1	61
MAR DEL PLATA	2	257	38	31	-	20	9	1	4	4	65
MAR DEL PLATA	3	274	32	31	-	21	5	-	3	3	60
MERCEDES	1	393	64	28	-	106	10	2	11	17	157
MERCEDES	2	207	19	19	-	91	17	-	12	9	139
MORENO-GRAL.RODRIGUEZ	1	405	371	10	68	111	7	-	79	82	275
MORON	1	265	63	51	-	225	7	-	1	31	284
MORON	2	295	81	22	-	171	19	-	36	27	248
MORON	3	433	121	7	-	203	7	-	11	41	228
NECOCHEA	1	227	37	14	-	154	-	-	9	7	177
PERGAMINO	1	193	40	53	-	27	2	3	-	-	85
QUILMES	1	380	788	92	-	260	60	3	42	27	457
QUILMES	2	308	67	44	-	204	41	1	43	30	333
QUILMES Sede BERAZATEGUI	1	282	55	37	6	213	6	-	18	29	280
QUILMES Sede FLORENCIO VARELA	1	265	94	88	-	147	5	-	4	2	244
SAN ISIDRO	1	256	42	23	-	142	12	1	12	14	190
SAN ISIDRO	2	257	43	27	-	204	28	-	25	25	284
SAN ISIDRO	3	204	31	28	-	118	27	-	21	15	194
SAN ISIDRO Sede PILAR	1	308	76	53	-	129	23	5	11	4	221
SAN MARTIN	1	236	44	31	-	21	5	-	41	39	98
SAN MARTIN	2	265	48	38	-	63	22	5	45	32	173
SAN MARTIN Sede SAN MIGUEL	1	89	16	7	-	17	7	-	7	14	38
SAN NICOLAS	1	282	186	32	-	70	5	-	55	57	162
TRENQUE LAUQUEN	1	180	21	11	-	52	9	-	22	26	94
ZARATE-CAMPANA	1	319	45	7	15	150	58	-	41	25	271
Total Provincial		13.287	3.487	1.446	89	5.800	709	39	698	731	8.781
Promedio Provincial		332	87	36	2	145	18	1	17	18	220

Fuente: Planillas remitidas por los titulares de los Organos en cumplimiento del Acuerdo 3623



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

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

La teoría del delito y su utilidad para el fiscal del caso

Sandro Abraldes

La teoría del delito y su utilidad para el fiscal del caso¹

por **Sandro Abraldes**²

1. INTRODUCCIÓN

La teoría del delito ha sido, desde hace más de un siglo, el eje estructural del pensamiento penal. Su función original consistió en ofrecer un marco conceptual sistemático para ordenar y dar configuración a los presupuestos de la responsabilidad penal; y auspiciar que, de ese modo, se alcancen niveles satisfactorios de previsibilidad en las decisiones judiciales, con pretensión de eliminación de la arbitrariedad.

Sin embargo, en la práctica cotidiana, la pregunta que inevitablemente surge es: ¿hasta qué punto este entramado dogmático es útil para quienes tienen a su cargo la investigación y la acusación de hechos presuntamente delictivos? Pregunta que especialmente se intensifica ante la litigación en el modelo constitucional de enjuiciamiento: el juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN).

El fiscal, en cuanto protagonista central de la acción penal pública del sistema acusatorio, se encuentra permanentemente ante el desafío de transformar hechos dispersos y caóticos en un relato coherente, jurídicamente relevante y susceptible de ser llevado a juicio.

1. Retomo aquí con algunas consideraciones ya formuladas en dos artículos previos de mi autoría: “El juez y la teoría del delito”, publicado en *El Dial.com* - DCD64; y “El método de casos en la enseñanza en Derecho Penal”, en “Desafíos del sistema penal en tiempos de globalización: Libro homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce”, Ediciones Lerner, Córdoba, 1ª edición, 2017, ISBN 978-987-4041-21-0, pp. 19-25.

2. Doctor en Derecho (UNED, Madrid, 2009). Director de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Director de la diplomatura “La teoría del delito. Explicada mediante casos” (6ª ed.) de la Universidad de Belgrano. Profesor adjunto regular del Depto. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fiscal General, por concurso, ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional, titular de la Fiscalía General nro. 29.

En este tránsito, la teoría del delito es un instrumento de enorme valor, no sólo para seleccionar lo relevante, sino también para garantizar que la imputación se construya dentro de límites racionales y verificables.

Esta utilidad adquiere, además, un matiz particular cuando el proceso debe desarrollarse ante un jurado popular, donde la técnica dogmática debe traducirse en un lenguaje sencillo y persuasivo.

2. LA TEORÍA DEL DELITO COMO SISTEMA

1. Origen y evolución: de la construcción dogmática al instrumento práctico

La teoría del delito surgió a modo de esfuerzo de sistematización dogmática en el siglo XIX. La finalidad era otorgar coherencia interna al derecho penal, un enfoque estratificado de análisis racional, y evitar que cada caso se resolviera en función de intuiciones o soluciones casuísticas. Con el tiempo, esta arquitectura conceptual se consolidó en diversos modelos analíticos que, con matices, siguen siendo el lenguaje común de la disciplina.

2. Concepto y esencia. La teoría del delito es un conjunto sistematizado³ de reglas

3. Schönemann define al sistema científico como “ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia de que se trat”, y agrega que una “renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma”; Bernd Schönemann, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario, introducción, traducción y nota de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, p. 31. Por su parte, enseña Hruschka, en la reciente versión castellana de uno de sus múltiples trabajos, que la expresión sistemático tiene dos significados.

El primero de ellos indica que el dato le permitirá al investigador desembocar, con su actividad, en una teoría coordinada, articulada y comprensiva.

La segunda acepción se refiere a las cualidades que debe revestir una investigación, y será tal (sistemática) si se procede de acuerdo con los métodos generalmente reconocidos y sus resultados son medidos según los criterios generalmente aceptados por la disciplina científica.

Considera que la actual doctrina jurídico “penal no dispone de una teoría coordinada, articulada y comprensiva.

Sin embargo, más adelante estima que en la doctrina jurídico penal el trabajo sistemático, en el segundo sentido de la expresión, conduce a una investigación sistemática en el primer sentido. Agrega que “construir sistemas de casos y establecer las condiciones de racionalidad de las propuestas de solución de los problemas que siguen en pie “ambas tareas, además, mediante conceptos claros y distintos y observando las reglas de la lógica, algo que debería darse por supuesto”, conducirá finalmente a una teoría coordinada, articulada y comprensiva también en nuestra materia. Es aquí donde resultan eficaces los postulados que no raramente los juristas aborrecen”; Joachim Hruschka, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal?*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, en Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, edición a cargo de Pablo Sánchez Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 254 y 269.

Para Silva Sánchez, la afirmación de que la dogmática de la teoría del delito emplea un método sistemático admite cuatro concreciones distintas: 1. En el sentido del método filosófico racional de Kant; 2. Como método de interpretación: sistemática; 3. En cuanto guía para la práctica judicial; y 4. Como medio para la enseñanza del Derecho; Jesús María Silva Sánchez, Derecho Penal. Parte General, Civitas, 2025, capítulo 8, 34, p. 588.

de imputación⁴, cuya esencia comprende la determinación de la pertenencia del comportamiento prohibido que lesiona o pone en peligro el bien jurídico a un sujeto que actúa u omite; y, a su vez, cuándo el resultado producido corresponde a esa acción u omisión. Es también central en ella el juicio de reproche al autor por su acto típico y antijurídico.

Basada en el más elemental principio de Justicia, en el sentido de dar a cada uno lo suyo (lo que en Derecho Penal se proyecta en la aspiración de que cada quien debe responder por lo que es obra propia y no ajena⁵), procura mediante un sistema de principios -lo más cerrado posible⁶- indicar al Juez cómo resolver, de modo científico y con un satisfactorio estándar de justicia, un caso penal.

Estas reglas de la imputación conforman un sistema de máximas propio, constitutivo de un sistema axiomático deductivo, es decir, trata de una serie de reglas fundamentales (axiomas) de las cuales y mediante deducción va a establecer todo lo demás⁷.

4. Edgardo A. Donna, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, Astrea, 1995, t. II, p. VII.

5. Muy enriquecedores son ciertos pasajes del libro de Donna: "Imputar una acción a alguien es atribuirle tal acción como su verdadero autor -por así decirlo- en su cuenta y convertirlo en responsable de ello"; agrega que "se trata de una relación entre la atribución, la acción y su autor. Este poner la acción en su cuenta tiene un significado riquísimo que se nota en los distintos idiomas. La palabra viene del latín *putare, imputare*, que son tributarias de la 'cuenta'. En alemán la expresión es *Zurechnung*, que se relaciona con hacer responsable al hombre por su acción o por el resultado de su acción, y en el inglés *accountable*, que tiene que ver con 'responsable'. Esto implica que la palabra 'imputar' hace al problema de los méritos y deméritos de las acciones, como un libro contable con dos entradas: crédito y débito, positivo y negativo"; Edgardo A. Donna, *Derecho Penal: parte general. Fundamentos - teoría de la ley penal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, t. I, pp. 20-21.

La idea de imputar como sinónimo de -cargar en la cuenta- resulta muy útil para explicar la idea de responsabilidad por el hecho propio: así como el comensal en un restaurant espera que sólo le sea cargado en su cuenta lo por él consumido -y no el champagne bebido en la mesa que está a su lado-, la persona -en Derecho penal- debe responder únicamente de por el hecho propio -salvo, claro está, que, por ejemplo, el hecho propio consista en la vigilancia de un hecho ajeno-

6. Schünemann plantea que, en lugar de un sistema axiomático, que en su opinión no es realizable ni deseable, debe darse un "sistema abierto", de modo que no se vea obstaculizado el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; agrega que, para ello, se precisa de "materiales elásticos". Y específicamente alude a la indeterminación del lenguaje ordinario (a través de su porosidad y vaguedad) para ser aprovechada a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema, mientras que por otro lado, los elementos del sistema precisados en sentido jurídico se cuidaban de la ordenación y canalización de los puntos de vista valorativos admitidos y del mantenimiento de un contenido jurídico asentado.

Por último, explica que la opción por un "sistema abierto del Derecho penal" implica que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento y que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos "por el mismo rasero" -es decir, con rigurosa igualdad-, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado; Schünemann, *Introducción al razonamiento*, pp. 35, 36 y 37.

Hruschka (¿Puede, p. 254) explica que con la expresión "sistema abierto o flexible" no se indica sólo que nuestras reflexiones e investigaciones no están todavía cerradas, sino que operan más bien sobre la base de que el objeto del saber jurídico cambia sin cesar; y agrega: "mejor dicho: no sólo es que cambie nuestro conocimiento de dicho objeto o la perspectiva desde la que lo contemplamos, sino que el objeto mismo del saber jurídico debe modificarse, porque más o menos imperceptiblemente cambian los sistemas político y social que producen el objeto del saber jurídico, el Derecho".

7. Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 106.

Schünemann (*Introducción al razonamiento*, p. 35) se opone férreamente a la idea de orientar el sistema al modelo axiomático o matemático, según el cual la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de

Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento (que se caracterizan por tratarse de prescripciones o prohibiciones dirigidas al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o bien son reglas permisivas que indican al sujeto lo que está permitido hacer o dejar de hacer), sólo poseen una función en la retrospectiva y se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho⁸.

3. La teoría del delito: utilidad forense.

La labor dogmática permite al Juez contar con un sistema de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completas, precisas y adecuadas valorativamente que el material suministrado –en crudo– por el Legislador⁹.

En el Derecho, además del texto legal, quedan comprendidas las reglas de atribución de sentido, de valoración y de imputación, referidas de modo muy general y fragmentario en las propias leyes. Dichas reglas se construyen y elaboran “por la jurisprudencia de los altos tribunales y, sobre todo, por la doctrina académica. Así pues, esta última desempeña un papel fundamental de guía de la actividad judicial en busca de una *lex specialis* justa aplicable al caso”¹⁰.

Es que la labor de la dogmática jurídico-penal “... hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación.

fórmulas fundamentales (axiomas) de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir las tres exigencias básicas de *ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir a otro), *independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro) y *plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas); ello por cuanto estas condiciones no han sido cumplidas hasta ahora por la ciencia jurídica, y ni siquiera pueden serlo, dada la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos útiles a su ordenación. De otra opinión, Hruschka (*¿Puede ...*, p. 269), para quien cabe “axiomatizar la doctrina general del delito y expresarla en una doctrina cerrada, libre de contradicciones y que incluya todos sus aspectos parciales, manteniendo los axiomas entre sí lo más independiente que sea posible”.

8. Joachim Hruschka, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Francisco Baldó Lavilla, en *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez o Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 28-29.

9. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, 2ª edición, pp. 326-7 y 338.

10. Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 15, p. 449.

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”¹¹.

Entonces, se contribuye a la elaboración del sistema¹².

Y precisamente como el término “dogmática” se deriva de la palabra “dogma” –por cuanto para el intérprete los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que ceñirse ineludiblemente¹³–, resulta indispensable la referencia a la

11. Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3ª edición, p. 518.

12. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I. Introducción*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 71.

13. Cerezo Mir, *Obras Completas ...*, vol. 1, p. 92.

Cabría preguntarse si, en cuanto los preceptos del derecho positivo se constituyen en “dogmas”, podría adoptarse una postura discrepante a su respecto y, en su caso, qué lugar ocupa la opinión crítica.

Un desarrollo profundo y sumamente interesante al respecto puede hallarse en una de las más resonadas investigaciones de Silva Sánchez, quien llega a la conclusión de la dogmática en su actividad de construcción, sobre todo en lo referente a la teoría del delito, es significativamente “libre” respecto de las regulaciones del Derecho positivo; Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1992, pp. 103-122.

La parte pertinente destaca muy especialmente que los autores de corriente finalista representan una manifestación anti-positivista, a partir de la consideración de que el positivismo jurídico condena a la ciencia del Derecho penal al “provincianismo” (p. 107).

Sin duda fue “Welzel qu” en acentuó posteriormente que el principio metodológico del finalismo hace posible la creación, en la dogmática del Derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su validez general, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos”, Hans Joachim Hirsch, *Acerca de la crítica al finalismo*, traducción de Eduardo Demetrio Crespo y Daniel R. Pastor, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de modernidad*, Hans Joachim Hirsch - José Cerezo Mir - Edgardo Alberto Donna (directores), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 132.

Comparto con Silva Sánchez que lo decisivo es la elaboración racional del sistema.

Silva afirma que “el Derecho positivo conforma tan sólo el marco externo –obligado por el principio de legalidad– de las construcciones dogmáticas, pero no posee sobre éstas otra incidencia que la de impedir las construcciones de lege lata que desborden el marco de los sentidos posibles de los términos de la ley. Con todo el grado de vinculación de la ley sobre las elaboraciones de la dogmática es sustancialmente diferente en lo relativo a las construcciones de la Parte Especial (dogmática de los delitos en particular) y de la Parte General (teoría general del delito). Así, mientras que en aquéllas las descripciones típicas establecen un marco significativamente estrecho que limita las elaboraciones doctrinales posibles, en la Parte General, y en la obra dogmática por excelencia, la teoría del delito, las cosas son diferentes. El grado de la vinculación ejercida aquí por el Derecho positivo es mínimo, con lo que existe un significativo margen de libertad para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas, y criterios argumentativos” (pp. 118-119).

Y más adelante concluye: “el objeto central de la dogmática () no lo constituyen las proposiciones legales de un Derecho positivo concreto, sino, más bien, un conjunto permanente de problemas que se hallan ligados entre sí por determinadas conexiones lógico – estructurales y axiológicas, y a los que se trata de dar respuesta mediante un sistema de contenidos valorativos obtenidos a partir de determinadas premisas fundamentales en virtud, a su vez, de conexio-

regulación vigente¹⁴.

4. Función de la teoría del delito: racionalidad, control y previsibilidad

La teoría del delito cumple al menos tres funciones esenciales:

- **Racionalidad**, porque permite pensar el delito como una estructura ordenada en elementos;
- **Control**, en tanto limita la discrecionalidad de jueces y fiscales; “el recurso por parte del juez a los conceptos y reglas del sistema dogmático resulta decisivo como garantía de seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad”¹⁵.
- **Previsibilidad**, al ofrecer un lenguaje compartido que hace más transparente la aplicación de la ley penal.

5. Principales críticas: formalismo, rigidez y desconexión con los casos

No obstante, también se le han formulado objeciones. Se le adjudica, en ocasiones, su excesivo formalismo, que corre el riesgo de abstraerse de las particularidades del caso concreto¹⁶.

Asimismo, se advierte que su rigidez podría generar un divorcio entre dogmática y realidad, reproduciendo soluciones poco sensibles a la complejidad de los conflictos

nes lógicas y axiológicas” (p. 121).

No obstante, considero que hay decisiones del legislador que conforman una valla infranqueable a la hora de hacer dogmática, por ejemplo, el contenido general de lo prohibido, que debe ser extraído de las disposiciones generales que regulan la tentativa de delito.

14. Gimbernat Ordeig (*Concepto y método ...*, p. 36) explica que el objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídico penal, es decir, la determinación de cuál es el contenido del Derecho penal; en otras palabras, qué es lo que el Derecho penal dice. Con cita textual de Engisch (*Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, *Münchener Universitätsreden, Neue Folge*, tomo 35, 1963, p. 7), agrega: “La problemática auténtica del “descubrimiento de la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la aplicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida” y concluye que lo que el dogmático tiene que averiguar es si está y en qué modo, regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal; al hacerlo, finaliza, “hace la ciencia del Derecho penal”.

15. Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 18, p. 450.

16. Entre otras, se alude a la banalización de la teoría del delito, “que se detiene en problemas inexistentes, en lugar de buscar impactar, como constituye su mejor tradición, en el funcionamiento real de la justicia penal”; Alberto M. Binder, *Derecho Procesal Penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2021, t. V, p. 484.

sociales. El cierre sobre sí misma de la propia teoría ha llevado a priorizar, en ocasiones, la coherencia por sobre la justicia del caso¹⁷.

Es precisamente Binder quien mejor se ha detenido, recientemente, en algunas observaciones críticas que interpelan a toda la Administración de Justicia e incluso a la Academia, de modo muy consistente¹⁸. Se habla, entonces, de la necesidad de una teoría del delito orientada al litigio¹⁹.

Es que un sistema dogmático que pese a su racionalidad formal impida la Justicia del caso, “incumple su vocación decisiva”²⁰.

6. El “caso por caso” de los tribunales.

Es frecuente escuchar en los tribunales, sobre todo puertas adentro, que “cada caso es un mundo”, y que “una cosa es la teoría y otra es la práctica”²¹, y que dicho contex-

17. Binder, t. V, pp. 464 y 468.

18. Explica este autor que “lo que es rechazable en la teoría del delito de base alemana no es la precisión de los conceptos, todo lo contrario, es su creencia en que la ordenación secuencial de esos conceptos, y los problemas que ella genera, presentados como problemas de “ubicación sistemática”, son relevantes para que ella cumpla su función práctica”. Más adelante vuelve sobre ello: “no debemos aceptar de un modo completo ninguna de las dos tendencias. No se puede renunciar a la racionalidad (coherencia y consistencia)”; Binder, t. V, pp. 460 y 468.

Las consideraciones de Binder trazan, además, una vinculación entre la evolución de versiones de teoría del delito y modelos procesales.

19. Binder, t. V, p. 471. El autor agrega que “en una visión integrada del sistema de garantías que funcionan como requisito de verificabilidad y que se debe ordenar no en la vieja secuencialidad del procedimiento mixto, sino en el modo más adecuado para fortalecer esa función de garantía en el contexto del litigio adversarial, destacando los momentos analíticos que contiene el mismo litigio” (p.485).

20. Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 6, 19, p. 450.

Vuelve sobre el punto en páginas siguiente, al afirmar, que “un sistema que no contribuya a una solución más justa de los casos resulta estéril” (capítulo 8, 42, p. 592).

21. Debe quedar claro, asimismo, que hacer dogmática penal no es equivalente a citar una docena de autores extranjeros en una resolución judicial.

También es frecuente encontrar hilos argumentales distintos para fundamentar; como dice Puppe, si ellos no son desarrollados sucesivamente, el entrecruzamiento de unos con otros mediante un enredo de frases sólo puede aspirar a mantener un hilo argumental allí donde el otro resulta frágil, lo que funcionaría muy bien en el caso de una cuerda o de una soga, pero no de una argumentación jurídica; Ingeborg Puppe, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción de Percy García Caverro, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 108.

En ocasiones, aparecen citados en resoluciones judiciales, y para una misma conclusión, autores de pensamiento diametralmente opuesto. Ello solo suele venir a justificar conclusiones tomadas intuitiva y previamente.

Lo aconsejable es, en mi modesta opinión, el establecimiento de un sistema, de una teoría del delito -que claro está, no tiene que ser de factura propia-, que aplicada al caso, permita extraer soluciones.

El procedimiento inverso, de uso habitual, se da del siguiente modo: judicialización del caso - adopción intuitiva de la solución - investigación documental para dotar de ropaje científico a la solución.

Esto también aplica a la actividad de las partes litigantes. “Confiar y abandonarse a la intuición y al talento es un error que, por lo general, acaba en una sentencia desfavorable para el abogado que confía en podrá improvisar sobre la marcha”; Binder, t. V, p. 490.

Entonces, “el argumento dogmático pretende apelar a la lógica del sistema en términos generales o, de modo más común, a la lógica de una de las categorías del sistema o de una institución dentro de una categoría determinada”.

to exige una “solución para cada caso”²².

Este enfoque, en parte, recuerda al pensamiento problemático, algo que, por cierto, no es nuevo.

Está muy difundida la posición de Viehweg, quien propuso sustituir el pensar sistemático, por un pensar tópico, técnica del pensamiento problemático²³.

El procedimiento de la tópica consiste en el abordaje de los problemas de la mano de los distintos puntos de vista, que pasan a integrarse en determinados catálogos o listas de *topoi*, una suerte de “repertorios de puntos de vista”²⁴.

Por mi parte, estoy en desacuerdo con tal metodología. La complejidad de los supuestos que puedan plantearse no debe conducir a la renuncia en la formulación de parámetros dogmáticos que respondan a premisas generales, que obren a su vez de base de la teoría del delito.

Es cierto que en el caso no debe olvidarse la vinculación al “problema”²⁵. Coincido en que es productiva y posible hasta un cierto grado una síntesis entre el pensamiento sistemático y el problemático²⁶.

Concluye Silva Sánchez su exposición profunda al afirmar que la dogmática -constituye un contrapeso de las intuiciones que suscita el caso en particular -de la tópica- “; Silva Sánchez, DP-PG, capítulo 7, 134, p. 566.

22. Aguda, y con gran dosis de ironía, es la pregunta que el prof. Donna suele hacer en sus clases ante la respuesta que con frecuencia se deriva del planteo de un problema: “habría que ver caso por caso” o “depende del caso”; “pues bien, ¿qué criterio usará cuando ya le haya llegado el caso?”.

23. Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez - Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

24. Viehweg, *Tópica* ..., p. 53. Agrega el autor (pp. 129-130) que para ello son necesarios tres presupuestos: “1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla”-

25. Con motivo de la crítica a la tópica jurisprudencial propuesta por Viehweg, Gimbernat Ordeig toma posición, en lo que estimo resulta un intento por conciliar ambos extremos posibles: “La dogmática jurídica debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente. (...) La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen de las soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema. En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas. Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema; cuando no lo sean, habrá que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema de impide una solución adecuada al problema jurídico penal”; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método* , pp. 106-107.

26. Binder, t. V, p. 462, quien más adelante agrega que “por lo tanto, lo tópico es el litigio y la función práctica de la dogmática penal consiste en construir la mayor cantidad y calidad posible de herramientas limitadoras para cada

Pero el pensamiento exclusivamente problemático lleva en sí el peligro de perder de vista la conexión sistemática de todo el conocimiento jurídico penal.

En mi opinión, una esencia representativa de la crítica al pensamiento problemático se halla implícitamente en la narración contenida en “Funes el memorioso”, donde se señala que Funes “...no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico perro abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente) [...] Había aprendido sin esfuerzo el inglés, el francés, el portugués, el latín. Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”²⁷.

3. EL FISCAL Y LA TEORÍA DEL DELITO EN LA PRAXIS DEL LITIGIO

1. Selección del hecho relevante, delimitación del objeto del proceso y su teoría del caso.

La primera tarea del fiscal consiste en discriminar entre lo que es jurídicamente relevante y lo que no lo es.

La actividad del fiscal se enmarca en un proceso penal (de corte acusatorio adversarial), es decir, un proceso destinado a establecer posibles responsabilidades penales, que pone a su cargo la dirección de la investigación y la recolección de la evidencia -tanto de cargo como de descargo-²⁸.

litigio. Esto también vale para los requisitos de verificabilidad” (p. 469).

Silva Sánchez explica que la actividad realizada en el marco de un proceso tiene por objeto un caso concreto, en el que se “advierde la tensión derivada de un conflicto de pretensiones que el juez debe resolver precisamente conforme a Derecho. Por eso, el discurso procesal es distinto del debate académico. Este último puede verse, con todos los matices que se quiera, como un ejemplo de deliberación republicana, esto es, como un diálogo horizontal -sincero, transparente y argumentado- de los participantes”. Jesús María Silva Sánchez, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 445-6

27. Jorge Luis Borges, *Funes el memorioso*, en *Ficciones*, Emecé, 57ª impresión, 2000, pp. 171-172.

28. Al respecto, el Código Procesal Penal Federal establece que:

“ARTÍCULO 91.- Principios de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal.

Conforme al principio de objetividad, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado.

Conforme al principio de lealtad procesal, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL estará obligado a

Frente a las necesarias incógnitas y problemas que un proceso penal puede plantearle (la existencia misma del hecho, su carácter delictivo o quiénes son sus autores y cómplices), deberá articular respuestas posibles, es decir, hipótesis. El proceso penal continuará su marcha hacia el juicio en la medida en que una hipótesis sea delictiva, es decir tenga el atributo de resultar relevante para el Derecho Penal.

La parte siguiente de su labor central irá dirigida a la búsqueda y selección de evidencia para respaldar su hipótesis de acusación, pero sin desatender los elementos que hagan al descargo o a un mejor posicionamiento del acusado.

A este fin, la normativa establece que “El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes” y que “le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación” (art. 90 CPPF)

Hace lo propio el Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires, cuyo art. 56 establece: “ARTÍCULO 56.- (Texto según Ley 13943) Funciones, facultades y poderes. El Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria.

exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo”.

Vuelve a enfatizar en ello en el art. 135: -ARTÍCULO 135.- Reglas sobre la prueba. La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales:

a. La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, quien actuará bajo los principios de objetividad y lealtad procesal y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece;

(...)

d. Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes;”

Por su parte, en el art. 229 establece que: “ARTÍCULO 229.- Criterio de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad”.

Por su parte en el ámbito de la Pcia. de Buenos Aires, surge relevante sobre el punto el texto actualizado de la ley 14442, cuyos artículos 73 y 86 se refieren al deber de objetividad:

“Art. 73 – Criterio de actuación. El Agente Fiscal desarrollará su tarea actuando con criterio objetivo, sin ocultar elementos de prueba favorables a la Defensa”

“Art. 86 – Relaciones con el Defensor. El Fiscal desarrollará su tarea actuando con objetividad debiendo informar de todo aquello que sirva para la defensa, con excepción de los supuestos en que el Código Procesal autoriza el secreto de las actuaciones. A fin de propiciar fórmulas conciliatorias, la aplicación al caso del procedimiento abreviado o la suspensión del juicio a prueba, el fiscal interviniente deberá promover entrevista con la defensa a los fines de consensuar criterios de actuación”

En el ejercicio de su función tendrá las facultades generales que le otorgue la ley de organización respectiva y, adecuará sus actos a un criterio objetivo debiendo formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado. Formulará motivadamente sus requerimientos y conclusiones, de manera que se basten a sí mismos. Procederá oralmente en los debates y en los casos en que la ley lo permita. (...)”.

Por esta razón, el ángulo de abordaje es ineludiblemente normativo penal. Por supuesto que en muchísimas ocasiones, la actividad del fiscal deberá relevar contextos, para dar sentido a las cosas y a su mensaje. Ello siempre es a los fines de la mejor comprensión del fenómeno delictivo.

Aquí, la teoría del delito se transforma en un mapa conceptual: orienta la mirada hacia los elementos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, para ayudar a delimitar con claridad el objeto procesal.

Los aportes generados por la utilización de esta herramienta hacen al profesionalismo de la actuación fiscal. Un fiscal que, en el ejercicio de su actividad, prescinda de la utilización de una teoría del delito equivale a una labor huérfana de conocimiento científico, apoyada meramente un conocimiento vulgar.

Es que un criterio de actuación central del fiscal indica que requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado (ley 27.148, art. 9, inc. d)).

Sin el manejo sólido de una teoría del delito, será impracticable el cumplimiento de requerimiento de aplicación justa de la ley. Ya se vio que la sola combinación de intuición y casuística es insuficiente y carente de profesionalismo.

Por otra parte, la gestión pertinente de una teoría del delito es indispensable para la construcción de su teoría del caso, es decir, para que explique al tribunal o al jurado -en palabras simples y sencillas, la lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió. -, especialmente en el alegato de apertura. Previo a ello, también lo será para las instrucciones al jurado.

Esta teoría del caso requiere de tres elementos: 1) una teoría jurídica: elementos legales complejos, generales y abstractos; 2) proposiciones fácticas: afirmaciones de hecho que tienden a satisfacer un elemento legal; y 3) prueba: evidencia demostrativa de las proposiciones fácticas. El primero de los elementos requiere, para su configuración, de una teoría de la imputación y reproche²⁹, que luego deberá ser vinculada pertinentemente con los puntos 2 y 3³⁰.

Para terminar este apartado, el principio de objetividad reclamado invariablemente a la actividad procesal del fiscal, conlleva la necesidad de fundamentación de los dictámenes y la actividad de la fiscalía en criterios objetivos respecto de la construcción de la verdad acerca del objeto procesal³¹; de tal modo que la construcción de la verdad por los fiscales, para fundar sus decisiones, es gobernada por las mismas reglas que rigen para la judicatura³².

En esta misma línea, la objetividad impone al fiscal la construcción de hipótesis no arbitrarias ni antojadizas, sino que estén en conexión razonable con la progresión de la investigación³³. Y para su consolidación, también forma parte de la expectativa normativa que de su parte exista un sometimiento de las pruebas a refutación y contraprueba posible, es decir que la pretensión apunta a que el fiscal someta su propia hipótesis acusatoria a las pruebas más rigurosas³⁴.

29. Muy esclarecedoras resultan sobre el punto las afirmaciones de Lorenzo, al explicar que la teoría jurídica es el primer componente de la teoría del caso; y que “quienes toman a la ligera el trabajo de litigación (pensándolo como simple oratoria o buena teatralización) suelen olvidar que, para construir una teoría del caso sólida, es de fundamental importancia el conocimiento del derecho penal sustantivo. Definir un delito no implica simplemente abrir el Código Penal y buscar un artículo, sino que significa conocer los elementos constitutivos del tipo penal en cuestión, conocer la doctrina y jurisprudencia sobre los mismos y estar en capacidad de hacer una subsunción correcta en el caso de que se trate. No podemos perder de vista que el tipo penal es lo que no variará de caso en caso, sino que se mantendrá con las mismas exigencias (es decir: un fiscal no podrá decir que probó “casi el delito” si no llegó a constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo que se trate)”; Leticia Lorenzo, *Manual de Litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, p. 138.

30. Debe recordarse aquí que, de todos, el que manda es el caso (manda y ordena todo el resto, como dice Binder, t. V, p. 465)

Pero claramente lo fáctico y probatorio necesita del parámetro de referencia normativo para el sentido y esencia de la responsabilidad penal. Entiendo que esto es lo que el autor mencionado en esta misma nota pretender expresar al señalar que “el litigio se organiza sobre la base de necesidades prácticas del caso, y la organización del análisis se adapta a las necesidades del litigio” (p. 488).

31. Nicolás Guzmán, La objetividad del fiscal (o el espíritu de autocrítica). Con la mirada puesta en una futura reforma, en *Revista de Derecho Procesal Penal. La actividad del Ministerio Público Fiscal – III* (Dir. Edgardo A. Donna), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008-2, pp. 207-8.

32. Guzmán, *op. cit.*, p. 246.

33. Guzmán, *op. cit.*, p. 217.

34. Guzmán, *op. cit.*, pp. 224 y ss.

El modelo acusatorio adversarial toma por punto de partida que la verdad se construye sobre la base de la contradicción de las partes, que tienen sobre ella distintas miradas y distintas formas de “narrar y persuadir, que suponen distintas formas de analizar”³⁵.

2. Tipicidad y criterios de imputación: guía para la acusación

El análisis de la tipicidad no se reduce a la mera subsunción formal de la conducta en la ley penal. Requiere examinar cuestiones atinentes al principio de lesividad constitucional (art. 19 CN), la determinación de la conducta prohibida la imputación objetiva, la relevancia del riesgo creado y su conexión normativa con el resultado y todos los aspectos pertinentes para la imputación subjetiva, entre ellos el dolo, los diversos elementos subjetivos distintos del dolo (por ej., el ánimo de lucro, la codicia, el odio de género, etc.) y los supuestos de culpa o imprudencia. También ingresarán aquí algunos supuestos de error.

La teoría del delito ofrece al fiscal las herramientas para argumentar con solidez en este terreno, evitando imputaciones vagas, imprecisas o arbitrarias.

En este sentido, es una exigencia común de las regulaciones procesales que la acusación fiscal integre hechos y derecho. Además de la “relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; en caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos” y los “fundamentos de la imputación, con expresión de los medios de prueba que la motivan”, la acusación debe contener “la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos” (arts. 274, incs. b) y c) del CPPF; y art. 335 del CPPPCiaBA).

La “correlación” exigida entre disposiciones legales aplicables -punto de partida indiscutidos metodológicamente: por eso se los llama “dogmas”-³⁶ y los hechos e

35. Binder, t. V, pp. 488-9, donde añade que “2a opción de un sistema acusatorio dice relación con el sistema de cargas sobre el acusador; la opción por la adversarialidad es la apuesta a que sea el debate público sobre la prueba y sobre el derecho lo que mejor nos acerca a que se cumplan esas cargas. En la planificación del litigio no se sigue un orden estricto, que determine que primero se vea la existencia de la acción, etc., como pretendía el modelo mixto. Todo es presentado por las partes mediante una organización particular favorable a sus intereses; tendrá un núcleo que organizará a los demás, tendrá puntos fuertes y débiles o discusiones de mayor o menor importancia. ¿Quién mejor que el acusador o el defensor para saber cómo organizar la presentación de su caso? (...) La variedad de situaciones es la que lleva a una variedad de casos y estrategias”.

36. Enseña Cerezo Mir que la dogmática del Derecho penal “tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos

intervención atribuida al imputado es inviable sin la teoría del delito en contexto de litigio³⁷. En cuanto la dogmática penal ha encontrado en la teoría del delito a su principal herramienta, ella es imprescindible -y por tanto irrenunciable- para el fiscal.

En el juicio por jurados, este conocimiento técnico debe ser traducido en imágenes y argumentos comprensibles.

Queda en evidencia que la sala de audiencias siempre es un espacio simbólico -la audiencia debe ser preservada en cuanto institución tributaria de la gobernabilidad democrática-³⁸ y de pacificación -el litigio en la sala de audiencias presenta ante la comunidad el drama original, reconstruido y analizado en sus detalles-³⁹, cuyo valor en ambos sentidos aparece potenciado en el juicio por jurados.

Conceptos como “riesgo permitido”, “imprudencia”, “dolo eventual”, “legítima defensa”, “estado de necesidad disculpante” o “inimputabilidad” no deben exponerse en su formulación abstracta, sino a través de ejemplos claros y narrativas propias del litigio que trasuntan, y que permitan al jurado captar por qué una conducta es generadora de responsabilidad penal; es decir, es típica, antijurídica y culpable.

3. Culpabilidad y reproche: límites de la pretensión punitiva

La dogmática recuerda al fiscal que no basta con acreditar la existencia de un hecho típico y antijurídico. Es indispensable demostrar que las capacidades individuales del autor le permitieron, en el momento del hecho, orientar su comportamiento en función de las exigencias del mundo normativo.

jurídicos penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema; José Cerezo Mir, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2006, I, *Obras Completas*, I, p. 92.

Para Schünemann (Introducción, p. 33), son varias las funciones pragmáticas del sistema: la oferta de una panorámica de modo rápido y completo sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden; la corroboración de un acceso rápido expedito, sin comprobaciones superfluas, a la parte del sistema relevante para el problema concreto; la ordenación y regulación del saber existente; la averiguación de las contradicciones dadas; la disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al caso.

37. Binder, t. V, pp. 470 y 483.

38. Alfredo Pérez Galimberti, *Oralidad en el proceso penal*. En búsqueda de la eficiencia, publicado en *elDial.com*, 19.0.14, *elDial* DC1D49

39. Pérez Galimberti, *op. cit.*

El eje protagónico aquí está situado sobre la noción de reproche normativo por su comportamiento típico e ilícito.

La teoría del delito funciona así como un recordatorio permanente de los límites al poder punitivo.

En un juicio con jurados, esta exigencia se convierte en un terreno de persuasión: el fiscal debe mostrar que el acusado actuó libre y conscientemente, de manera que la sanción resulta justa. La teoría del delito le da las categorías para estructurar esa explicación, mientras que la oratoria forense le exige llevarlas a un relato claro y convincente para ciudadanos legos.

4. El peligro del uso mecánico vs. la necesidad de flexibilidad interpretativa

No obstante, la utilidad de la teoría del delito para el fiscal no radica en aplicarla como una receta mecánica.

La verdadera destreza profesional consiste en emplearla de manera flexible, adaptándola a la singularidad de cada caso. Esto vale tanto en un proceso con jueces técnicos como en uno con jurados, con la particularidad de que, en este último, el fiscal debe evitar tecnicismos incomprensibles y, al mismo tiempo, no perder el rigor conceptual que garantiza la solidez de la acusación.

4. LA UTILIDAD REAL DE LA TEORÍA DEL DELITO PARA EL FISCAL

1. Mapa conceptual para orientar decisiones estratégicas

En la práctica, la teoría del delito opera como brújula. Permite ordenar la investigación, formular hipótesis de cargo y orientar la estrategia acusatoria.

En el juicio por jurados, este instrumento que orienta el propio rumbo cobra mayor valor: le permite al fiscal seleccionar qué hechos y pruebas son realmente centrales y cuáles deben ser comunicados al jurado con claridad pedagógica.

2. Garantía de control frente a la discrecionalidad

El fiscal dispone de un poder considerable en la etapa de investigación. El recurso a la teoría del delito funciona como límite y garantía: evita que sus decisiones queden libradas a meras intuiciones o preferencias personales. Hacen a su objetividad y rigurosidad, caracterizada en este punto por su observancia desinteresada y desapasionada en torno a los resultados de su investigación, es decir, una búsqueda de la verdad independiente de los deseos e intereses personales⁴⁰.

Al mismo tiempo, este control se proyecta en la etapa de juicio con jurados: la teoría del delito asegura que la acusación conserve una base racional, evitando que la apelación emocional al jurado suplante la necesidad de un razonamiento jurídico sólido.

3. Lenguaje común con jueces y defensores

Finalmente, la teoría del delito constituye un lenguaje compartido. Permite que fiscales, jueces y defensores discutan sobre bases conceptuales comunes, lo que redundará en mayor transparencia, racionalidad y calidad en el debate penal.

En el juicio por jurados, este lenguaje común se mantiene entre los profesionales, pero se acompaña de un esfuerzo de traducción para los ciudadanos. El fiscal debe ser capaz de “pensar en dogmática” y “hablar en lenguaje llano”, sin sacrificar el rigor de la imputación.

5. LA TEORÍA DEL DELITO EN EL JUICIO POR JURADOS: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

El juicio por jurados introduce un escenario novedoso para la teoría del delito.

A diferencia de los tribunales técnicos, donde los jueces comparten el bagaje conceptual de la dogmática penal, en el juicio popular la decisión recae en ciudadanos sin formación jurídica.

40. Guzmán, *op. cit.*, p. 213, con cita de Eduardo Gavlich.

Este hecho plantea un doble desafío para el fiscal: preservar la solidez conceptual de la acusación y, simultáneamente, comunicarla de manera accesible.

En este contexto, la teoría del delito conserva toda su utilidad, pero exige un plus de ejercicio de conversión y accesibilidad.

Categorías como dolo, culpa, imputación objetiva o estado de necesidad deben ser transformadas en relatos sencillos y ejemplos concretos que el jurado pueda comprender sin deformar el contenido jurídico. La capacidad del fiscal para construir narrativas basadas en la dogmática, pero expresadas en lenguaje cotidiano, se vuelve decisiva.

Asimismo, el juicio por jurados potencia la dimensión garantista de la teoría del delito. Al estructurar su acusación con base en los elementos típicos, antijurídicos y culpables, el fiscal evita recurrir a apelaciones meramente emocionales o intuitivas, demostrando que la pretensión punitiva se apoya en razones jurídicas verificables. De este modo, la teoría del delito no sólo guía la estrategia procesal, sino que también contribuye a legitimar el veredicto del jurado, al mostrar que su decisión se funda en criterios de racionalidad jurídica.

Por último, el juicio por jurados expone a una exigencia de renovado dinamismo de la teoría del delito. Lejos de ser un esquema abstracto reservado a los manuales y tratados, se convierte en una herramienta viva, que organiza la acusación y al mismo tiempo impulsa al fiscal a ejercitar su capacidad de comunicación, pedagogía y persuasión.

La dogmática penal, entonces, no se debilita en este foro popular, sino que adquiere una nueva dimensión práctica: se vuelve el puente entre el conocimiento técnico y la deliberación ciudadana, y contribuye así, de modo muy consistente, a la legitimidad democrática del proceso penal.

6. REFLEXIÓN FINAL

La teoría del delito no es un corsé que deba aprisionar la práctica del fiscal. Tampoco un mero artificio académico, carente de relevancia en el terreno procesal. Es, más bien, una carta de navegación: orienta, organiza y limita, sin sustituir la imprescindible sensibilidad que exige el contacto con los casos concretos.

En el juicio por jurados, su valor se multiplica. Allí el fiscal necesita un doble ejercicio: utilizar la teoría del delito para garantizar la coherencia y legitimidad de la acusación, y, al mismo tiempo, traducirla en un discurso claro, persuasivo y comprensible para ciudadanos legos.

Entonces, la antigua y conservadora idea de que las reglas de imputación tenían por destinatario al juez ha quedado desactualizada: también lo es fiscal.

Sólo así la dogmática se convierte en verdadera herramienta de Justicia: como garantía frente a los excesos y como vehículo de racionalidad en un proceso donde la verdad de la acusación debe ser explicada y corroborada, no sólo afirmada.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

**Etapas intermedia en el
Código Procesal Penal
Federal desde la óptica
del Ministerio Público
Fiscal. Importancia de
la preparación de la
prueba ofrecida.**

Federico Zurueta

Etapa intermedia en el Código Procesal Penal Federal desde la óptica del Ministerio Público Fiscal. Importancia de la preparación de la prueba ofrecida.

Por Federico Zurueta¹

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el 10 de junio de 2019 comenzó a regir en la jurisdicción federal de las provincias de Salta y Jujuy el Código Procesal Penal Federal² en su plenitud.

Durante el transcurso del año 2024³, se implementó en el ámbito de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario⁴; en la jurisdicción Mendoza (que incluye toda la provincia de Mendoza, y las provincias de San Juan y San Luis)⁵; y en los distritos de General Roca y Comodoro Rivadavia⁶. Luego, se difirió su puesta en marcha en el ámbito territorial del Juzgado Federal de Reconquista, en donde finalmente se concretó el 1° de marzo de 2025.

1. Abogado especialista en Derecho Penal. Doctorando en Derecho Penal. Profesor titular de Derecho Penal II. Profesor de postgrado en diversas universidades. Autor de seis libros jurídicos. Autor de decenas de artículos jurídicos. Fiscal Federal en el Ministerio Público de la Nación.

2. Ley N.º 27.063 con las incorporaciones dispuestas por Ley N.º 27.272 y las modificaciones introducidas por Ley N.º 27.482. En adelante CPPF

3. Cfr. Resoluciones resoluciones N°165/2024 y 216/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación.

4. Comprende la totalidad del territorio de la provincia de Santa Fe y el departamento judicial de la provincia de Buenos Aires en el que resulta competente la justicia federal con asiento en la ciudad de San Nicolás. Luego, se difirió la puesta en marcha en el ámbito territorial del Juzgado Federal de Reconquista, en donde finalmente se concretó el 1° de marzo de 2025

5. A partir del 05 de agosto de 2024.

6. A partir del 4 de noviembre y 2 de diciembre de 2024, respectivamente.

En el año 2025 se implementó en el distrito Mar del Plata⁷. Y a la fecha⁸, se encuentra dispuesta su ejecución también para el corriente año 2025 en el distrito Bahía Blanca (que comprende a esa ciudad del sur bonaerense y a la provincia de La Pampa)⁹; en el ámbito de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico; y en los distritos de Corrientes y de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia¹⁰.

Por su parte, para el próximo año 2026, por el momento está prevista su implementación en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas y de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata¹¹

Es sabido que no estamos en presencia de una simple modificación legislativa en el fuero federal, sino frente a un cambio total de paradigma del proceso penal. Semejante desafío exige -entre muchas otras cuestiones- readecuación de la función que desempeña cada uno de los actores en ese proceso penal.

Si los actores no adaptan su accionar a ese nuevo paradigma, puede que el cambio, en definitiva, no se produzca, que se quede a mitad de camino, que sea solo aparente, que sufra contra reformas fácticas que lo impidan -aun inconscientes-, etc. Es decir, todas consecuencias negativas que pueden derivar no necesariamente de la norma en sí, sino de la falta de adaptación al nuevo modelo.¹²

Así, desde la óptica del Ministerio Público Fiscal¹³ y frente al amplio abanico de desafíos que plantea un sistema adversarial como el previsto por el CPPF, uno de ellos se centra en el desempeño durante el desarrollo del proceso, pero especialmente

7. A partir del 07/04/2025, cfr. Resolución N°377/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación.

8. Agosto de 2025

9. 29/09/2025 cfr. Resolución 233/2025 del Ministerio de Justicia de la Nación

10. Cfr. Resolución 143/2025 del Ministerio de Justicia de la Nación. Luego, por resolución 530/2025 se difirió para el 10/11/2025 la entrada en vigencia en las jurisdicciones de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal Económico.

11. Cfr. resolución 530/2025 del Ministerio de Justicia

12. La adaptación al nuevo sistema también exige mucha gestión institucional. He sentado opinión en relación a esto en "La importancia de una gestión eficaz en la implementación del sistema acusatorio Federal en Jujuy desde la óptica del Ministerio Público Fiscal", en Gestión Judicial en la Justicia Argentina, Editores Fondo Editorial, Revista Jurídica AMFJN, 2025.

13. En adelante MPF

en aquellos actos y etapas que resultan novedosas o diferentes en comparación al anterior sistema mixto regido por el Código Procesal Penal de la Nación.

Sin duda alguna, una de esas etapas es la conocida como “etapa intermedia” sobre la que nos ocuparemos en el presente trabajo.

2. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Luego de formalizado el caso¹⁴, el MPF cuenta con un plazo para el desarrollo de su investigación preparatoria¹⁵.

Durante ese período, puede practicar todas aquellas diligencias probatorias que entienda necesarias para sustentar su teoría del caso. Lo hace en base a una hipótesis de trabajo que debe diseñarse desde el inicio de la investigación, aun con anterioridad a su formalización. Independientemente, claro está, de la flexibilización propia de toda tesis inicial.

Una vez agotadas todas aquellas medidas que el fiscal del caso considere pertinente y útiles a ese fin, o eventualmente agotado el plazo que disponga para el desarrollo de su investigación, por disposición normativa¹⁶, tiene solo dos opciones procesales:

- a) solicitar el sobreseimiento de la/s persona/s investigadas, y
- b) acusar.

En caso de que optare por la primera posibilidad, debe hacerlo por alguna de las causales previstas en el art. 269 del código y se le imprime al caso el trámite previsto por los artículos 270 y ss.¹⁷

14. CPPF, art. 254 y ss.

15. Esta puede extenderse por el plazo de un año (CPPF, art. 265), o de dos con la posibilidad de prórroga por uno más en casos complejos (CPPF, art. 334, 335 inc. b). Corresponde tener en cuenta que, como se advierte, el legislador ha previsto la extensión de algunos plazos para el trámite de casos complejos (CPPF, arts. 334, 335). Sin embargo, ello se ha considerado solamente para algunas medidas procesales y para etapas posteriores a la formalización. Es decir que, en principio, la investigación previa a la formalización (CPPF, art. 253) continuaría exigiendo el mismo plazo, independientemente de la naturaleza del caso. No obstante, jurisprudencialmente se ha aceptado declarar el caso como complejo aún previo a su formalización y extender también esta etapa (Juzgado Federal n.º 1 de Jujuy, Casos FSA 11173/2022; FSA 1495/2024; FSA 8233/2024; entre otros).

16. CPPF, art. 268

17. No nos explayaremos sobre esta cuestión ya que excede el ámbito de este trabajo.

Por el contrario, si entiende que ha logrado evidencias necesarias para fundamentar su teoría del caso, y éste merece avanzar hacia etapas procesales posteriores, formula acusación.

Con esta última decisión del MPF, nace formalmente lo que se conoce comúnmente como etapa intermedia del proceso penal y -como dijimos- es el ámbito temporal sobre el que pretendemos desarrollar el presente trabajo.

3. FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL

El MPF presenta su acusación ante la oficina judicial de garantías. Se interpone por escrito y se trata de un acto formal que debe cumplir necesariamente con los requisitos enumerados de manera específica y concreta en los ocho incisos que prevé el art. 274 del CPPF.

Solo de manera genérica, podemos recordar que éstos se centran en la debida identificación de la/s persona/s acusada/s y su defensa; descripción de los hechos que son objeto de la acusación, con el lógico cumplimiento de las exigencias propias de todo acto de esta naturaleza en cuanto al relato de circunstancias de modo, tiempo y lugar; separación de hechos en caso de que se acusare por dos o más; fundamentos que sustentan la acusación; calificación legal de esos hechos con la debita cita de la normativa legal correspondiente; intervención y tipo de participación de cada acusado; determinación del daño en caso que se solicitara su reparación; ofrecimiento de los elementos de prueba con los que se pretende demostrar la teoría del caso en la etapa del debate oral y público -debe ofrecerse tanto para la etapa de determinación de responsabilidad penal como para una eventual etapa de cesura-; circunstancias relevantes para determinar la pena o medidas curativas/educativas, analizando atenuantes y agravantes a tal fin¹⁸; el requerimiento de pena estimado para el caso.

Este último requisito, según indicación expresa del legislador, tiene como fin la determinación de la integración del órgano que deberá intervenir en el debate¹⁹ oral y público en caso de que la acusación fiscal supere esta etapa intermedia.

18. No puede obviarse a ese fin las reglas previstas por los arts. 40 y 41 del CP.

19. CPPF, art. 274 inc. h in fine

Esta exigencia de un estimativo de pena a la parte acusadora constituye una apreciación provisoria de la sanción que será en principio requerida luego de la realización del juicio oral. Resulta obvio que no puede exigirse al acusador un “adelanto” concreto y definitivo de la pena que pretende, cuando aún no se ha diligenciado la prueba propuesta para el juicio. Sería a todas luces insostenible jurídicamente pretender que el fiscal o el querellante realicen en esta etapa intermedia un examen o determinación concreta de una circunstancia que es consecuencia necesaria del resultado de la prueba ventilada en el juicio. Y en donde, además, se diligenciará prueba ofrecida por la defensa que -en general- hasta ese momento el órgano acusador desconoce.

La jurisprudencia ha precisado que la estimación prevista por el legislador no se encuentra satisfecha si la parte acusadora simplemente refiere a la escala penal prevista en abstracto para el delito atribuido, sino que debe delimitar un monto²⁰.

También se plantea el interrogante acerca de si esa pena en concreto estimada por el fiscal durante esta etapa intermedia, opera como un límite rígido e inalterable para el pedido de pena final luego de culminado el juicio de cesura.

Si eventualmente, en ese momento final del juicio, el representante del MPF optara por un pedido de pena menor, no parece generar mayor debate. Recordemos que, en los delitos de acción pública, el MPF es el único órgano estatal encargado de la pretensión punitiva. Por ende, puede sostener -por supuesto de manera fundada y en base a las pruebas reunidas durante el debate- que la pena que satisface esa pretensión es menor a la oportunamente estimada²¹.

Mas problemática resulta la hipótesis contraria. Es decir que, el fiscal, al momento de solicitar la imposición de la pena luego de culminado el juicio, pretenda un monto mayor a aquél que fuera estimado en su acusación escrita. Sin embargo, en alguna oportunidad, al menos, la jurisprudencia ha aceptado esta posibilidad²²

20. Tribunal de Revisión Salta, Carpeta Judicial n.º 12541/2019/3, Caso Corion 26046/2019, “Delgadillo Vidal, Juliana s/ Audiencia de control de acusación, 23/09/2019.

21. Para un supuesto distinto del que estamos analizando pero que guarda relación con la limitación punitiva, téngase en cuenta el art. 307 del CPPF en cuanto establece que “los jueces... no podrán imponer una pena mas grave que la solicitada por los acusadores”

22. TOF Jujuy (Dra. Marta Liliana Snopek), Carpeta Judicial FSA 3624/2020/6 Incidente N° 6 “Martínez Ibarra René Martín s/ audiencia de debate”, 22/02/2021

Independientemente de la postura que se tenga con respecto a ello, resulta indiscutible que en este último supuesto deben verificarse algunos requisitos. Por citar solo algunos, tal aumento de pena debe basarse en ciertas condiciones no conocidas por el MPF al momento de formular su acusación escrita, esto es, que hayan surgido durante la etapa del debate oral; que éstas nuevas tengan una magnitud tal como para impactar necesariamente en el monto punitivo pretendido; que la/s persona/s acusada/s haya/n tenido la posibilidad real de ejercer, a partir del surgimiento de estas nuevas condiciones, su efectivo derecho de defensa; que tal requerimiento no resulte sorpresivo en términos de vulnerar derechos esenciales de toda persona sometida a un proceso penal y más aún en su etapa final de juicio; etc.

No obstante esto último, entiendo importante destacar que por el diseño propio del proceso adversarial y fundamentalmente por el conocimiento cierto, acabado, preciso, concreto, que deben tener las partes sobre las pruebas que ofrecen y pretenden que sean desarrolladas en el juicio -sobre lo que nos explayaremos más adelante-, las posibilidades de que durante esa etapa surjan circunstancias desconocidas para el acusador público deberían ser sumamente excepcionales y estar vinculadas fundamentalmente a prueba ofrecida por la defensa. Por ello, resulta difícil imaginar que esa prueba defensiva pueda agravar la situación procesal de la/s persona/s que está/n siendo juzgada/s.

Por último, mencionar que la acusación escrita solo puede referir a hechos y personas que hayan sido oportunamente considerados e incluidos en la formalización del caso. Solo podrá invocarse un eventual cambio de calificación legal con respecto a la escogida en ese entonces.

Este precepto no hace más que receptar de manera expresa el principio general de congruencia como pilar fundamental del derecho de defensa. Debe existir correlación entre la acusación y la sentencia. En el derecho argentino el principio de congruencia deriva del derecho de defensa y del debido proceso, reconocidos en el art. 18 de la Constitución Nacional. Tiene como finalidad evitar que los jueces arriben a decisiones arbitrarias y sorpresivas para el acusado, quien debe conocer los pormenores de la imputación en su contra.

En ese sentido, el objeto procesal está compuesto por las proposiciones iniciales de la parte acusadora, hechos constitutivos y conducentes, más los hechos impeditivos

y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes.²³

Esta congruencia se asienta sobre la plataforma fáctica, pero no prohíbe ajustes razonables en la calificación legal, ya que “la determinación definitiva del encuadre jurídico (incluidas las agravantes) corresponde específicamente al juicio y no al control de acusación”²⁴.

4. DEBIDO ANÁLISIS DE LA PRUEBA ANTES DE SU OFRECIMIENTO

Si bien el MPF debe tramitar todo caso desde su inicio con perspectiva de juicio -independiente de las resoluciones alternativas que pudiesen adoptarse durante el desarrollo del proceso, y que generen, en definitiva, que el debate finalmente no tenga lugar-, lo cierto es que esa perspectiva se afina y se concreta aún mucho más una vez concluida la etapa de investigación preparatoria.

Resulta paradójico que la preparación de la acusación por escrito no constituye aun técnicamente parte de la “etapa intermedia” del proceso, y, sin embargo, desde la óptica del MPF, tal preparación puede sellar el éxito o no de esa etapa para la teoría del caso del órgano acusador público, y resultar, quizás, aún más importante que la etapa intermedia en sí.

Para ello, el MPF debe delimitar claramente su teoría del caso; identificar aquellos extremos que necesita probar en juicio para demostrar tal teoría; individualizar a ese fin sus puntos fuertes y también los débiles que -en general- toda acusación presenta; encuadrar adecuadamente los hechos objeto de la acusación en la calificación legal correspondiente; seleccionar y preparar adecuadamente cada uno de los elementos de prueba que va a ofrecer para que, en caso de superar exitosamente esta etapa intermedia, sean diligenciados durante el debate oral y público.

Esta última tarea, sin duda, determinará el destino procesal del caso desde la óptica del MPF. Y en esa selección y preparación cobra especial relevancia la debida

23. LEDESMA, Ángela Ester, “Modelo acusatorio y persecución estatal: sobre los aciertos y desaciertos en la disputa por la relevancia de las conclusiones del Ministerio Público Fiscal”, p. 362.

24. CNCrim. Corr. Sala de turno, Sentencia A., Jorge s/ Recurso de casación, 24350/2019/TO01/CNC001, Reg. 430, 09/03/2022.

organización, planificación y gestión de la prueba en general y especialmente de los testimonios propios. Ello incluye no solo conocer detalladamente y sin margen de error los dichos que cada testigo puede aportar durante el juicio, sino también, de qué manera lo hará, cuáles son sus habilidades o limitaciones para expresarse, sobre qué cuestiones no podrá expedirse por no resultar de su conocimiento, etc.

Todas estas circunstancias, por citar solo algunos ejemplos entre muchos otros, permite al MPF evaluar y luego justificar la pertinencia, utilidad y no sobreabundancia de cada uno de los elementos de prueba que ofrece. Recuérdesse que todo ello debería ser analizado y resuelto por el órgano jurisdiccional durante esta etapa intermedia, y solo en caso de superarse este “filtro” que la instancia supone, ingresará a la etapa final como prueba admitida.

Me permito hacer mucho hincapié en toda esta preparación previa a la presentación de la acusación por escrito, ya que, reitero, si el MPF realiza este trabajo antes del inicio del debate, pero luego de superada esta etapa intermedia, seguramente advertirá cuestiones que ya no puedan ser corregidas procesalmente al encontrarse “sellada” la prueba admitida para cada parte y por ende precluida tal posibilidad con las únicas excepciones de las hipótesis prevista en los artículos 295 y 301 del CPPF.²⁵

5. AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

Una vez que el MPF presenta por escrito su acusación ante la oficina judicial de garantías²⁶, ésta emplaza a la/s persona/s acusada/s y su defensa por un plazo de diez días²⁷ -con posibilidad de una prórroga justificada por igual término- a fin de la celebración de la audiencia de control de acusación²⁸.

25. Claramente estas normas prevén hipótesis excepcionales. El artículo 295 contempla la posibilidad de una ampliación de la acusación por parte del MPF en caso de tomarse conocimiento de una circunstancia relevante del hecho no contenida en la acusación. Ello, lógicamente, también permitirá un nuevo ofrecimiento de prueba en relación a esa nueva situación. Por su parte, el artículo 301 permite la recepción de prueba no ofrecida oportunamente -en la etapa intermedia- si no hubiese sido conocida al momento del ofrecimiento; o también si fuese indispensable para acreditar la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba sí ofrecida con anterioridad y siempre y cuando no hubiese sido posible prever su necesidad.

26. Con los requisitos del art. 274 del CPPF referidos anteriormente, eventualmente con la posibilidad que contempla el art. 275 del CPPF acerca de acusación alternativa y luego de cumplido -en caso de corresponder- e tramite reglado por el art. 276 del CPPF para supuestos con querellantes.

27. CPPF, art. 277

28. CPPF, art. 279

Durante ese plazo las demás partes pueden ofrecer su prueba²⁹ aunque también pueden hacerlo durante la celebración de la audiencia propiamente dicha.

Jurisprudencialmente se ha sostenido, a mi juicio con acierto, que esta etapa representa un acto procesal complejo, ya que se integra, por un lado, con la formulación de la acusación por escrito del MPF y el eventual ofrecimiento también por escrito de las otras partes, y, por otro lado, con la posterior celebración de la audiencia oral.

Así, cuando la jurisprudencia³⁰ habla de acto procesal complejo, refiere básicamente al hecho de que la audiencia prevista por el art. 279 del CPPF, más allá de las cuestiones específicas previstas por la norma que deben ser debatidas en esa oportunidad, también puede ser una vía para complementar, corregir, precisar, afinar, etc. circunstancias introducidas por las partes en sus respectivos escritos. De lo contrario -se afirma- la audiencia se transformaría en una especie de simple reproducción oral de lo expresado por escrito y ello claramente desnaturaliza el acto procesal en su esencia³¹.

Recuérdese que no hay norma alguna del cuerpo normativo que impida a los jueces con funciones de revisión a cargo del control de acusación³², tener acceso previo al escrito de acusación formulada por el MPF y, eventualmente, a los escritos con ofrecimiento de pruebas que pudiesen haber presentado las otras partes.

Esto último es importante destacar ya que, independientemente de que, en la práctica, hay algunos jueces que tienen por costumbre no hacerlo³³, lo cierto es que, como se dijo, no hay prohibición normativa alguna.

Por tal motivo, puede ocurrir, y de hecho es lo más habitual, que se trate de una audiencia en la que todos los intervinientes, incluido el/la juez/a, conozcan de antemano toda la teoría del caso del órgano acusador y también la prueba que ofrece para poder probarla. En similar sentido, también puede conocer la prueba ofrecida

29. Con los requisitos establecidos en el art. 278 del CPPF

30. Audiencia de control de acusación en Caso FSA 12495/2023; entre otros

31. En ese mismo sentido, ver también lo expuesto por la Dra. Mariana Catalano, jueza federal de cámara y doctrinaria, en “Programa Nacional de Formación en el Código Procesal Penal Federal” – UNISA – MPF, 11/06/2025

32. CPPF, art. 53 inc. e)

33. Es la posición claramente minoritaria en las jurisdicciones federales donde ya rige en plenitud el CPPF

por las otras partes -en caso de que lo hubiesen hecho por escrito- y, en consecuencia, también tener una aproximación a las hipótesis de trabajo de éstas.

Esto, por un lado, resulta una excepción a la regla de audiencias orales que prevé el digesto procesal ya que, como es sabido, son muy limitadas las oportunidades en que las que los/as jueces/zas que intervienen puedan tener tal conocimiento con anterioridad. Por otro, también impacta en el desarrollo de la audiencia oral ya que, si bien no pueden en principio omitirse cuestiones que son propias de la oralidad en esta etapa intermedia, aquellas que sean conocidas por todos de antemano y no generen controversia, pueden ser abordadas con menor profundidad de lo que se lo haría en una audiencia de otra naturaleza³⁴.

Otra característica fundamental de esta audiencia se centra en que representa la primera oportunidad en que el MPF tiene un conocimiento, al menos general, de la teoría del caso de la defensa.

Recordemos que, con la formalización del caso, la/s persona/s investigada/s y su defensa ya conocen con certeza -y así debe ser, además- el hecho atribuido y que constituye, por ende, la hipótesis sobre la que asienta su labor la fiscalía. Además, más allá del derecho a la información durante la etapa previa a la formalización previsto por el art. 256 del CPPF, en esa audiencia también se interioriza cabalmente de las evidencias con las que cuenta el MPF y, además, a partir de ese momento, tiene acceso al legajo fiscal por disposición del art. 230 del CPPF.³⁵

Como se advierte, en esa instancia inicial el MPF ya “muestra sus cartas” en el proceso. En contraposición, claro está, la defensa puede no mostrar sus evidencias ni exponer su teoría del caso³⁶ durante toda la etapa de investigación.

34. Por citar un ejemplo, el relato de hechos en la audiencia puede ser claramente más sucinto que la descripción realizada en la acusación por escrito por parte del MPF. Siempre y cuando, claro está, ese relato mas breve cumpla con las exigencias de describir las principales circunstancias de modo, tiempo y lugar que hacen al hecho por el que se acusa.

35. Las diferencias entre el acceso a la información para el imputado y eventualmente la víctima, previsto en el artículo 256 del CPPF, y el acceso al legajo fiscal en sí luego de la formalización del caso establecido en el artículo 230 del mismo cuerpo normativo, han sido largamente debatidas y resueltas por la jurisprudencia en la jurisdicción Salta/Jujuy. Ver al respecto los antecedentes “Fretes” (Caso Coirón 1765/2022- Carpeta Judicial 3656/2022; votos unánimes de los Dres. French, Solá y Rabbi Baldi Cabanillas) y “Ruiz” (Caso Coirón 73902/2021/DIV1 Carpeta Judicial 3224/2022; votos unánimes de los Dres. Catalano, Elías y Castellanos), de ambas salas de revisión del Tribunal de Revisión de la jurisdicción.

36. Independientemente, por supuesto, que decida hacerlo para llegar a eventuales acuerdos; evitar litigar cuestiones sobre las que no haya contradicción, etc. Esto, más allá de no estar prohibido, constituye además una muy

Por ello, como se dijo, el ofrecimiento de prueba durante esta etapa intermedia es la “primera muestra de algunas cartas” por parte de la defensa, y, a partir de ello, el MPF puede tener una noción, aún imprecisa, sobre la hipótesis que la defensa pretende sostener en el juicio. Tal noción se concreta con certeza recién con la presentación del caso por parte de la defensa en el llamado alegato de apertura del debate ante el tribunal de juicio.

Ahora bien, la audiencia de control de acusación en sí, inicia con un relato de hechos por parte del representante del MPF conforme lo plasmado en su acusación. Lógicamente que, respetando el principio de congruencia como uno de los pilares rectores del proceso penal, éstos deben ser los mismos³⁷ que hayan sido oportunamente expuestos en la audiencia de formalización³⁸.

Luego, la/s persona/s acusada/s tienen la posibilidad de plantear diversas cuestiones preliminares. Éstas han sido expresamente previstas por el legislador en el catálogo de incisos (desde a hasta g) incorporado en el artículo 279 del CPPF.

Un análisis específico y profundo de cada una de estas cuestiones preliminares excede largamente el objetivo de este trabajo. No obstante, entiendo de utilidad hacer referencia, al menos, a la instancia de sobreseimiento³⁹, ya que es uno de los planteos mas habituales en la practica durante el desarrollo de esta audiencia.

Esta es la primera oportunidad que el legislador ha reconocido expresamente legitimidad procesal a la defensa para un planteo de esta naturaleza. Si bien el art. 270 regula el trámite del sobreseimiento, lo cierto es que allí solo pone en cabeza del MPF tal posibilidad, una vez que éste entienda concluida su investigación⁴⁰. No incluye a la defensa, como si lo hace expresamente, en cambio, en esta etapa intermedia. De allí que, como se dijo, en la práctica sea una cuestión preliminar que se plantea de manera muy frecuente en la audiencia de control de acusación.

buena práctica.

37. CPPF, art. 274 *in fine*

38. CPPF, art. 254, 258 y cc.

39. CPPF, art. 279 inc. c

40. CPPF, art. 268 inc. a

Sin embargo, si bien el planteo es formalmente admisible en este momento porque justamente así ha sido previsto por el legislador, no puede negarse que las chances de que prospere resultan bastante limitadas ya que la verificación de alguna de las causales de procedencia⁴¹ debiera ser palmaria y sin relación directa con la prueba sobre los hechos, toda vez que, claro está, ésta aun no se ha diligenciado en la etapa correspondiente.

Podríamos pensar, por ejemplo, en un caso de atipicidad manifiesta. Aunque cuesta imaginar que un supuesto de tal magnitud no sea considerado por el propio MPF con anterioridad a la presentación de su acusación, en cumplimiento de su deber de objetividad.

También el planteo podría centrarse en un problema de legalidad o de invalidez insalvable de formas procesales. Puede ser que no se necesite valorar prueba propia del debate oral y que la presentada y debatida durante la audiencia de control sea suficiente para la demostración de esos extremos.

Estas limitaciones son explicadas por nuestra más calificada doctrina. Binder entiende que “la defensa puede discutir en esta instancia el mérito de la acusación, esto es, si tiene causa probable o no, pero nada más. Afirma que resulta obvio que toda acusación contiene un elemento de duda; por lo tanto, para que proceda un sobreseimiento en esta etapa, deberá quedar demostrado que la acusación no tiene ninguna causa, que bajó los estándares de causa probable. Todo ello tiende a la fijación de criterios más objetivos y racionales. La defensa no puede pretender que a “la duda del juicio” se la aplique en oportunidad del control de acusación. Eso es muy difícil en términos de litigio, resulta difícil de imaginar como un defensor puede pretender que el juez controlando la acusación se anticipe al juez de juicio y traiga el estándar de juicio razonable de allí hacia aquí sin haber escuchado la prueba. Seguramente el juez dirá que no puede hacer eso, que no tiene cómo hacer eso, que no es posible. En definitiva, lo único que se podrá discutir aquí es la causa probable y procederá el sobreseimiento cuando notoriamente no haya causa probable para la acusación presentada. Más de esto no se le puede sacar al juez al momento del control de la acusación en el litigio de causa probable”⁴².

41. CPPF, art. 269

42. BINDER Albert, Charla Abierta, 23/06/2020. https://drive.google.com/file/d/1e7yrALXHdECp2OWMno-6Lu9fS6-nIU_tu/view

En caso de que se hiciese lugar al sobreseimiento requerido, tal decisión es susceptible de revisión a instancias del MPF o eventualmente de la parte querellante⁴³. Por el contrario, la decisión del juez de revisión de no hacer lugar a tal pretensión, no es causal de impugnación. No ha sido previsto por el legislador y también así lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia⁴⁴.

Independientemente de esta situación en particular, lo cierto es que no solo el dictado de un sobreseimiento, sino también otras decisiones en relación a cuestiones preliminares planteadas, pueden ser objeto de impugnación.

Si ello ocurriese, la audiencia de control de acusación no puede avanzar hacia el ofrecimiento de prueba. En consecuencia, corresponde suspender la audiencia y que la oficina judicial otorgue intervención a otro/a juez/a de revisión⁴⁵ para que lleve adelante un control horizontal sobre esa resolución cuestionada.

Si bien en la práctica se estila que, una vez resuelta la impugnación y si correspondiere continuar la audiencia inicial para el ofrecimiento de pruebas, el caso vuelve al primer/a juez/a que intervino; en lo personal, no advierto objeciones ni perjuicio alguno para las partes en que esta “segunda etapa” de la audiencia pueda desarrollarse directamente con el/la magistrado/a que resolvió la impugnación si su decisión quedara firme en ese momento.

Independientemente de ello, lo cierto es que, una vez resueltas las cuestiones preliminares, cada parte debe ofrecer la prueba para el debate. Debe incluirse -como ya se adelantó- la prueba para ambas etapas, es decir, tanto para el juicio de responsabilidad penal como para el eventual juicio de determinación de pena.

La prueba ofrecida ya debe encontrarse incorporada en el legajo de las partes. Es una etapa procesal en donde se pretende que la prueba con la que se cuenta sea ventilada en el debate, pero no es un momento procesal oportuno para requerir la realización de una prueba a futuro. Las evidencias deben necesariamente ser re-

43. Arts. 353, 355 inc. a del CPPF

44. Cfr. caso FSA N.º 12495/2023, Coirón N.º 143300/2023, caratulado “TP - Av. s/ posible trata de personas con fines de explotación laboral”. Audiencia de control de acusación -Dra. Catalanano- y audiencia de impugnación -Dr. Solá-; entre muchos otros.

45. CPPF, art. 53 inc. e

unidas durante la etapa investigativa. Aquí solamente se hace un análisis sobre la pertinencia, utilidad y no sobreabundancia de esa prueba con la que ya se cuenta y no sobre prueba futura que pretenda solicitarse. La jurisprudencia, al denegar pedidos de esa naturaleza, la ha definido como “preclusión operada para producir prueba”⁴⁶.

Como vemos, en este momento cobra especial relevancia la debida preparación de ese ofrecimiento al que hicimos referencia anteriormente en el capítulo correspondiente. Una buena audiencia debe funcionar como verdadero filtro de la prueba pretendida por las partes. Y para ello se analiza fundamentalmente su pertinencia, utilidad y no sobreabundancia. Para superar con éxito tal filtro, se debe contar con fundamentos sólidos que demuestren esos extremos en base a la teoría del caso que se pretende probar en juicio.

La audiencia de control de acusación debe desarrollarse con extrema rigurosidad y exigencia a las partes en cuanto al fundamento de cada uno de los elementos de prueba que pretenden diligenciar en el debate. Cuando no se cumple de esa manera, el impacto negativo se advierte luego en el juicio. Si no se realiza un abordaje profundo de la prueba y, de corresponder, una selección de aquella que realmente corresponde, luego el debate se transforma en un litigio mucho más complejo. Y en este supuesto la complejidad no proviene necesariamente de las características del presunto delito bajo juzgamiento, sino justamente de la falta de filtro en cuanto a la pertinencia y utilidad de la prueba.

6. ACUERDOS PROBATORIOS

El artículo 279 del CPPF en su párrafo 5° prevé expresamente la posibilidad de que las partes soliciten al órgano jurisdiccional que tenga por acreditados ciertos hechos que no serán luego debatidos en el juicio.

Más allá de esta previsión legal expresa, lo cierto es que constituye, además, una muy buena práctica de litigio.

46. Control de acusación Caso FSA 12495/2023, 28/08/2025 -Dra. Catalano-

Una de las características de todo proceso penal acusatorio exitoso se centra en que el litigio se limite solo a aquellas cuestiones que generan contradicción entre las partes y que por ende merecen ser discutidas y resueltas por el órgano jurisdiccional.

Si bien este es un principio que atraviesa tangencialmente a todas las etapas del proceso, se intensifica aún más en el juicio oral. Y allí radica la importancia de la celebración de estos acuerdos probatorios.

Como se dijo, éstos deben versar sobre cuestiones fácticas. Es decir, sobre circunstancias de modo, tiempo y/o lugar que guarden relación con la teoría del caso de cada parte y sobre las que no se van a plantear disidencias ni discusiones.

Ello, además de evitar el litigio sobre cuestiones no controvertidas, también impacta directamente en la prueba admitida para la etapa de juicio, ya que, claro está, aquellos elementos probatorios ofrecidos por las partes para pretender demostrar esos extremos sobre los que en definitiva se genera un acuerdo, ya no será necesario diligenciarlos en el debate y por ende así debe ser resuelto en esta etapa intermedia.

Independientemente de ser un derecho reconocido a las partes por la norma y, como se dijo, una muy buena práctica de litigio que éstas intenten celebrar esas convenciones, también se entiende como buena práctica que sean los propios jueces de revisión que dirigen la audiencia quienes intenten ese acercamiento de partes frente a cuestiones que adviertan como no controvertidas.

Claro está que con esto no pretendemos desconocer o desnaturalizar el principio general de separación de funciones en el proceso penal, ni mucho menos sugerir la posibilidad de que el órgano jurisdiccional intervenga o dirija la teoría del caso que es propia de las partes. Lejos de ello. Pero si entendemos que, con el debido respeto de esos principios de actuación, el juez/a puede generar ese canal de diálogo y, a partir de ello, las partes convenir ciertas cuestiones de hecho que, reitero, tiene gran impacto en la etapa siguiente del proceso.

Incluso, el código en su artículo 326 también establece la posibilidad de que durante la etapa preparatoria y hasta esta audiencia de control de acusación, las partes puedan hacer un acuerdo parcial hasta sobre los hechos en su totalidad. De tal ma-

nera, si ello se produjere y así fuese resuelto en esta etapa intermedia, el juicio solo recaería sobre la determinación de culpabilidad y la eventual imposición de la pena.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con estas líneas no pretendemos agotar -ni mucho menos- un análisis sobre la cantidad de vicisitudes, desafíos y hasta interpretaciones diversas que plantea el desarrollo de esta etapa intermedia del proceso penal en un modelo adversarial.

Solo buscamos generar un disparador para que el lector profundice, comparta, disienta, etc., pero sobre todo tome real conciencia de la enorme importancia que esta etapa presenta y la influencia que genera sobre el rumbo del caso, la preparación previa de la prueba que pretende ofrecerse.

Si bien esto es un denominador común que atraviesa a todas las partes, hemos enfocado nuestro análisis principalmente desde la óptica del MPF. Ello, como dijimos, con el único fin de contribuir a dimensionar la relevancia de esta etapa procesal que todo representante de la acción penal pública necesariamente debe internalizar. Esperamos haberlo logrado al menos como punto de partida.



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

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

Paradigma probatorio y reforma judicial

**Evidencia, estrategia,
deliberación.**

María Victoria Huergo

Paradigma probatorio¹ y reforma judicial

Evidencia, estrategia, deliberación

por María Victoria Huergo²

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal bonaerense ha experimentado transformaciones significativas en las últimas décadas. Hasta 1998 imperaba un sistema mixto, en el cual el juez reunía tanto las facultades de investigación como las de valoración de la prueba, basándose principalmente en actuaciones escritas y en un enfoque documental. La primera gran revolución se produjo con la adopción del sistema acusatorio adversarial, que jerarquizó la figura del fiscal y fortaleció la separación de roles, aunque mantuvo la predominancia de las actuaciones formales: muchas decisiones procesales, como las medidas de coerción o los juicios abreviados, continuaron sustentándose en prueba formalizada. Sin embargo, con la promulgación de la ley 14.543 de juicio por jurados, comenzamos un auténtico cambio de paradigma probatorio. La prueba dejó de girar únicamente en torno al expediente y comenzó a narrarse frente a personas ajenas al ámbito jurídico, que escuchan y deliberan desde su experiencia, dejando expuestas las diferencias entre lo que legos y letrados entendemos convincente.

Este giro no solo modifica la presentación de los elementos probatorios, sino que redefine las estrategias de litigación y las expectativas de fiscales y defensores en

1. He seleccionado la expresión “paradigma probatorio” partiendo de la primera acepción de “paradigma” que ofrece la RAE, donde se define como “ejemplo o ejemplar” y sus sinónimos son: prototipo, modelo, arquetipo, muestra, pauta o canon (RAE, www.rae.es). Como observa Horacio Rosatti: “En las ciencias sociales –a diferencia de las ciencias naturales– el paradigma reinante es justamente el disenso sobre un paradigma o, lisa y llanamente, la ausencia de paradigma.” (Rosatti, H. *¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial*, www.juezsosatti.com.ar) Con esto, quiero subrayar que el “paradigma probatorio” alude a un modelo abierto al debate y al cuestionamiento. Lejos de presentar verdades absolutas, su propósito es fomentar la discusión sobre nuestras prácticas de investigación y litigación, para adaptarnos a este sistema de enjuiciamiento. Aunque el juicio por jurados no es completamente nuevo en la provincia, sigue siendo un mecanismo complejo incluso para quienes, como los fiscales, debemos implementarlo.

2. Es Agente Fiscal desde 2009. Trabajó en Instrucción y Juicio en la UFJ n.º 8 de Investigaciones Complejas hasta noviembre de 2016, en que fue designada en la UFI n.º 3 de Juicio. Es docente regular de grado y postgrado en la UCALP y en la UDE y docente invitada en UCALP. Especialista en Criminalidad Económica por la Universidad de Castilla La Mancha. Autora de numerosos artículos publicados y participaciones en obras colectivas.

una contienda por captar la atención de los doce ciudadanos, para obtener su apoyo en la deliberación. El enfoque oral y la intermediación promueven una interacción más directa con los testigos y peritos, y requieren que la narrativa probatoria se construya en función de las necesidades cognitivas y culturales de los jurados. Desde lo personal, considero que cada juicio por jurados que llevamos adelante constituye un desafío de creatividad con miras a la eficacia que nos vuelve mejores fiscales, más humanos y más técnicos a la vez.

Las ideas expuestas en estas líneas no son originales, ya que autores como Binder, Harfuch y Sabelli, entre otros, las han desarrollado con mucha mayor profundidad y experticia. Me llevó varios juicios por jurados con resultados dispares, aceptar la necesidad de incorporar dichas enseñanzas. Me refiero a la importancia de tener una clara teoría del caso que dé respuesta a los interrogantes básicos (qué, quien, cómo y porqué), la selección de elementos probatorios fiables para sostenerla, una teoría jurídica acorde, entre otras. Mi resistencia inicial se fundaba en la imposibilidad de cumplirlas en la etapa de juicio, a pesar de las múltiples audiencias y la instrucción suplementaria. Hoy estoy convencida de que todos los actores de la investigación (fiscales y auxiliares) debemos trabajar con un paradigma probatorio a la altura de las exigencias del juicio por jurados, si no los resultados nos van a seguir siendo adversos, al menos en mi Departamento Judicial. Cuando hago referencia a la adversidad de los resultados desde la perspectiva de los acusadores, no sólo tomo en consideración las diferencias entre las pretensiones fiscales y los resultados de los juicios. Cuando un caso, por ejemplo, de tentativa de homicidio culmina con una condena por lesiones, los fiscales perdimos ya que los recursos materiales y humanos, el tiempo y los espacios de agenda ocupados en un caso que podría solucionarse ante un juez correccional con una suspensión de juicio a prueba o un juicio abreviado o un juicio oral ante un sólo juez ponen en evidencia el error en la estrategia inicial del caso. Y si dicha calificación, vino acompañada con una medida de coerción personal, además le generamos al imputado la pérdida de su libertad.

Una mirada sobre los números de la provincia de Buenos Aires aportados por la SCBA en su página oficial y de público acceso, nos permite afirmar que:

1. Más del 80% por ciento de las investigaciones penales preparatorias elevadas a juicio ante Tribunales criminales se resuelven por acuerdos de juicio abreviado³.
2. En materia de juicio por jurados las estadísticas reflejan un comportamiento desigual entre departamentos judiciales. Mientras en Lomas de Zamora los porcentajes de condenas no varían según el sistema de enjuiciamiento, otros departamentos judiciales como Pergamino o La Plata poseen notorias diferencias entre el porcentaje de condenas y absoluciones según la modalidad⁴.

Lo que sí advertimos de los mismos, es que aun teniendo en cuenta dentro del porcentaje de condenas de juicio por jurados los “delitos menores incluidos” los estándares probatorios⁵ exigidos por los ciudadanos para condenar “más allá de toda duda razonable”⁶ son más altos que los de los jueces técnicos.

3. Según las estadísticas de la SCBA (www.scba.gov.ar) durante el año 2024 se llevaron a cabo 2.108 juicios orales, 109 juicios por jurados y 12038 juicios abreviados. Lo que indica un porcentaje de 84. 4%. tomando los números brindados con relación a los Tribunales criminales.

4. La primera aclaración que corresponde hacer tiene que ver con el universo de casos analizado. Las estadísticas disponibles no permiten discriminar dentro de los datos de los tribunales, las sentencias por delitos con escalas inferiores a 15 años, ni en juicios orales ni en abreviados por lo que las cifras deben leerse sin perder de vista que los delitos susceptibles de litigarse en jurados son muchos menos que los abarcados por la justicia criminal. También, que dentro de los números se excluyó en materia de juicio por jurados de las cifras oficiales la correspondiente a pronunciamientos mixtos del jurado, ya que al importar la desestimación de uno o más cargos y al carecer de la información correspondiente no resultaba sencillo considerarlos. La tercera aclaración se encuentra vinculada con lo que se llaman “delitos menores incluidos” que se les brindan a los jurados como opción, pero en la carga de datos no se discriminan. Por ejemplo, si un fiscal acusa por homicidio simple y es condenado por homicidio en estado de emoción violenta u homicidio culposo, estadísticamente se toma como una condena, más allá de que el resultado, en definitiva, resulte alejado de la pretensión fiscal originaria. Por último, los departamentos judiciales informados fueron elegidos al azar tratando de que reflejen las distintas realidades de la provincia. Entiendo que los números exhibidos no me permiten establecer un patrón vinculado con la geografía humana o territorial, sin embargo, la circunstancia de que Lomas de Zamora cuente con una excelente fiscal especializada en juicio por jurados puede ser una de las causas que expliquen los números de dicho departamento judicial.

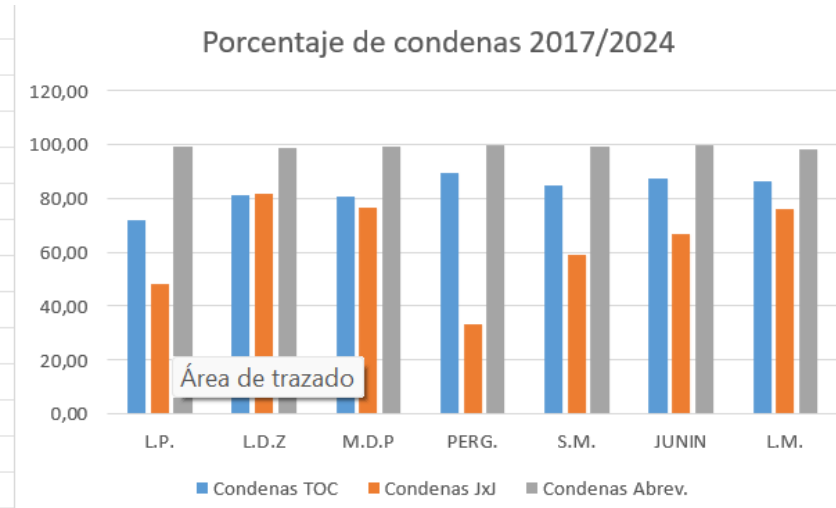
5. Las funciones básicas que cumple un estándar de prueba son el establecimiento del nivel de prueba para habilitar una condena y la distribución de errores. Mientras más exigente sea un estándar de prueba en el proceso penal, habrá menos inocentes condenados, pero más culpables absueltos, en Zvilling, F. Relaciones entre los “estándares de prueba” y la actividad de las partes, en Juicio por jurados y procedimiento penal; coordinación general de Letner, G. y Piñeyro, L., - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbares, 2017 p. 112.

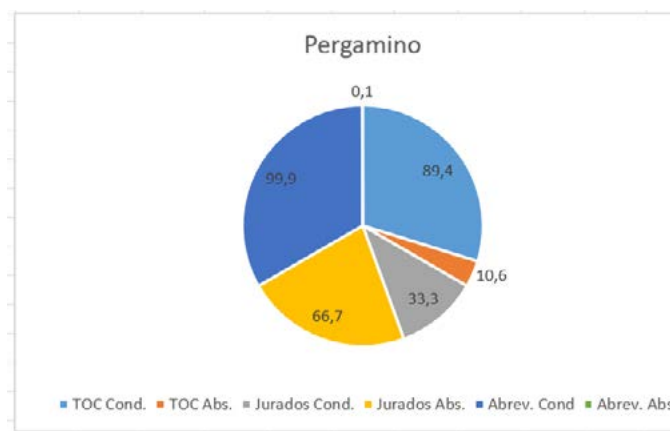
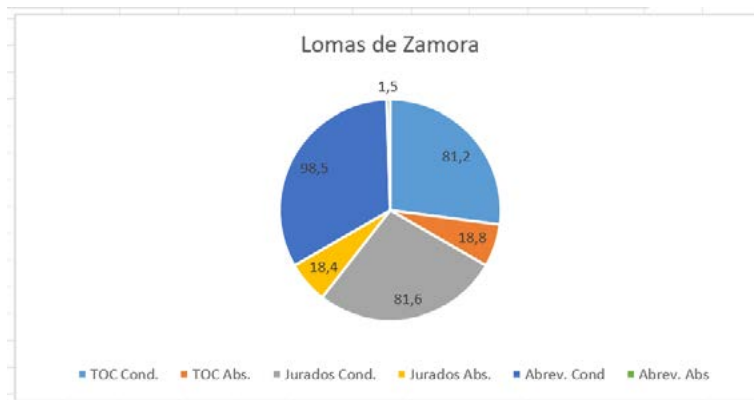
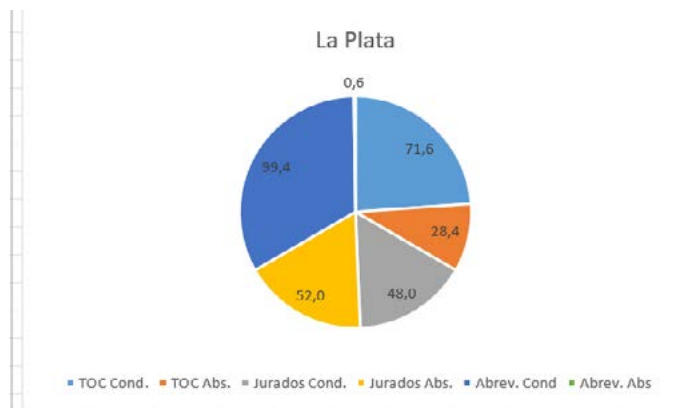
6. Señala Carral, D a propósito del estándar de duda razonable: “Este modelo, que implica reclamar a la acusación un estándar verdaderamente exigente para dar por corroborada su hipótesis, se apoya en la lógica de la distribución del error orientada a la protección del acusado inocente de una potencial condena falsa. Está claro que, por los valores en juego en un proceso penal, los costos por una condena errónea son más graves, social y políticamente más significativos, que los que eventualmente debieran soportarse por una absolución errónea. En este esquema de distribución de riesgos para despejar la proliferación de falsos positivos, que, en términos de Larry Laudan (s/f), son aquellas decisiones en que se declara probada una hipótesis siendo esta falsa, se privilegia entonces la posibilidad de error al absolver”, en Juicio por jurados y veredictos inconsistentes. A propósito del caso “Aref y otros” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite Año: 01/Nº1 - 2021, p. 294 <https://revista.cmagistraturabsas.gob.ar/escuelajudicial/article/view/13/12>

Año	Pergamino					San Martín						Junín					
	Jurados		Abrev.			TOC		Jurados		Abrev.		TOC		Jurados		Abrev.	
	Abs.		Cond.		Abs.	Cond.		Cond.		Cond.		Cond.		Cond.		Cond.	
	Abs.		Cond.		Abs.	Cond.		Cond.		Cond.		Cond.		Cond.		Cond.	
2017	5	1	0	82	0	164	33	6	5	887	15	46	11	0	0	64	0
2018	6	0	0	101	0	156	34	6	8	878	10	54	11	0	0	79	1
2019	3	0	0	73	0	155	29	7	3	1051	19	60	5	0	0	46	0
2020	0	0	0	63	0	12	4	0	0	624	5	20	2	0	0	78	1
2021	1	0	0	68	0	116	16	1	0	873	7	64	4	0	0	80	0
2022	5	0	1	70	0	135	19	7	5	1094	9	65	9	0	0	67	0
2023	1	0	0	117	1	147	21	7	3	1181	5	49	5	1	1	106	1
2024	1	0	1	119	0	126	24	2	1	1269	6	17	8	1	0	168	0
Totales	22	1	2	693	1	1011	180	36	25	7857	76	375	55	2	1	688	3
%	10,6	33,3	66,7	99,9	0,1	84,9	15,1	59,0	41,0	99,0	1,0	87,2	12,8	66,7	33,3	99,6	0,4

Año	La Plata						Lomas						MDP					
	TOC		Jurados		Abrev.		TOC		Jurados		Abrev.		TOC		Jurados		Abrev.	
	Abs.		Cond.		Abs.		Cond.		Cond.		Abs.		Cond.		Cond.		Abs.	
	Abs.		Cond.		Abs.		Cond.		Cond.		Abs.		Cond.		Cond.		Abs.	
2017	135	58	0	1	482	2	268	68	1	1	1276	24	124	37	0	2	373	7
2018	155	56	1	0	587	2	250	70	12	0	1310	20	98	22	3	0	363	4
2019	152	57	1	2	626	5	216	68	7	2	1424	26	108	17	4	0	445	3
2020	15	14	0	0	423	6	34	8	0	0	870	11	13	3	0	0	383	1
2021	56	17	0	0	594	3	146	17	0	0	1413	24	67	11	0	1	487	0
2022	137	72	1	2	836	4	221	20	14	2	1380	12	83	22	6	1	485	2
2023	141	40	5	5	828	5	214	50	1	2	1308	19	81	27	7	2	586	6
2024	141	55	4	3	812	6	200	57	5	2	1312	18	90	19	9	3	466	10
Totales	932	369	12	13	5188	33	1549	358	40	9	10293	154	664	158	29	9	3588	33
%	71,6	28,4	48,0	52,0	99,4	0,6	81,2	18,8	81,6	18,4	98,5	1,5	80,8	19,2	76,3	23,7	99,1	0,9

Año	La Matanza					
	Jurados		Abrev.			
	Abs.		Cond.		Abs.	
	Abs.		Cond.		Abs.	
2017	88	15	6	1	540	4
2018	110	16	6	1	701	15
2019	128	25	2	2	804	15
2020	35	5	0	0	650	11
2021	118	13	0	0	886	11
2022	97	16	1	0	852	18
2023	91	18	6	3	849	15
2024	97	14	4	1	1004	25
Totales	764	122	25	8	6286	114
%	86,2	13,8	75,8	24,2	98,2	1,8





2. LA NECESIDAD DE INVESTIGAR CON TEORÍA DEL CASO: UNA MIRADA ESTRATÉGICA ORIENTADA AL JUICIO POR JURADOS

Una de las transformaciones más significativas que introduce el juicio por jurados en el proceso penal es la exigencia de repensar el modo en que se construye la prueba

desde las primeras etapas⁷. En este contexto, la teoría del caso se convierte en un eje estructurante de toda la investigación penal preparatoria. No como una construcción artificial *post hoc*, ni como una fórmula de alegato, sino como una guía que orienta desde el inicio la selección, producción y análisis de los elementos probatorios⁸. Como sostienen Baytelman y Duce, la teoría del caso es “(...) nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de “lo que realmente ocurrió”. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio⁹.

Este enfoque adquiere especial relevancia cuando se proyecta hacia un juicio por jurados, en el cual ya no se dialoga con un juez profesional habituado a decodificar signos técnicos, sino con ciudadanos legos, que evaluarán los hechos en clave de sentido común y verosimilitud narrativa. La prueba no “habla por sí sola”: debe ser significada, articulada y contada¹⁰. En esa dirección, storytelling y teoría del caso son caras de una misma moneda. La teoría del caso provee el esqueleto racional; el relato lo vivifica¹¹. Presentar un caso ante jurados implica construir una historia creí-

7. Si bien este trabajo se encuentra orientado a la labor fiscal, no es menos cierto que el juicio por jurados modificó también el trabajo de la defensa ya que en el mismo no se puede pretender llevarla delante de forma eficaz simplemente marcando deficiencias de la fiscalía sin contar una historia propia, una versión alternativa del hecho y ello también debe ser construido desde la instrucción. Señala al respecto Benavente Chorres “(...) es verdad que, frente a una deficiente investigación realizada por el fiscal va a conllevar que su estrategia se funde en yerros que en nada le favorecerá. Sin embargo, sería un error del abogado defensor, si siempre va a pensar que va ganar su caso por los errores incurridos por el fiscal; eso sería jugar con el azar, con la rueda de la fortuna; máxime si en el diseño de corporatividad aplicado en el Ministerio Público, el caso puede ser respaldado por todo un equipo de fiscales y asistentes, donde no siempre todos se van a equivocar. Por el contrario, la defensa debe contar con un plan de trabajo, cuyo éxito, además de la calidad de contenido y aplicación que presenta, se vería respaldado por errores en la estrategia de su contraparte, pero es solo eso, un respaldo, no el sustitutivo” en Benavente Chorres, Ht, “La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio”, Bosch editor, 2011, p. 41

8. “Como se aprecia, la teoría del caso no consiste en solamente narrar una historia, desde la óptica de la parte expositora, con la finalidad de persuadir al juzgador; sino que, es, por un lado, la herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio; los cuales, no solamente benefician a las partes (las cuales procuran el amparo de sus pretensiones o intereses en sede de proceso penal), sino también al juez, dado que, se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto de intereses jurídico-penal al cual ha tomado conocimiento” en Benavente Chorres, op.cit. p.45

9. Baytelman, A y Duce, M, Litigación penal Juicio oral y prueba, Universidad Diego Portales, 1ra. Edición, Santiago de Chile, p. 61

10. Se sugieren como pasos metodológicos para una teoría del caso los siguientes 1. Estudio del caso. 2. Identificación de los hechos relevantes: elemento fáctico de la teoría del caso. 2 Las proposiciones fácticas constituyen la información del caso que favorece una versión sea acusadora o defensiva 3. Elaboración de proposiciones fácticas que satisfagan los elementos del tipo penal o que, por el contrario, revelen su falta de cumplimiento: elemento jurídico de la teoría del caso. 4. Identificación de los medios de prueba que acrediten las proposiciones fácticas: elemento probatorio. 5. Identificación del móvil de los hechos. 6. Elaboración de un relato. P. en Contreras Melara, J.R, Manual del profesor para la materia técnicas de litigación, CEEAD www.ceedad.org.mx, 2011, p.162/163

11. De esa forma lo puso de manifiesto el Tribunal de Casación Penal: “La hipótesis acusatoria incluyó, como dato relevante en la explicación de los hechos, que el imputado había sido docente de las víctimas, que generó un vínculo estrecho con ellas y que era un referente importante en sus vidas; al igual que la inexperiencia en el ámbito de la

ble, emotiva, verosímil, en la cual los hechos encuentren su cauce en una narrativa comprensible, despojada de tecnicismos, pero fiel a la verdad jurídica. La estrategia narrativa no es un adorno comunicacional, sino una herramienta epistemológica imprescindible para que la prueba tenga sentido en el marco deliberativo ciudadano.

De allí que el proceso de investigación no pueda pensarse como una actividad acumulativa, meramente orientada a “probar los extremos de la imputación”, sino como un proceso estratégico de construcción de sentido. El proceso penal debe restituir racionalidad al juicio a través de garantías formales que impongan la lealtad argumentativa y la transparencia epistémica. Y esas garantías deben comenzar a operar desde el primer momento: cuando se elige a quién escuchar, qué diligencias ordenar, qué hipótesis sostener y cuáles descartar.

En la práctica cotidiana, sin embargo, la investigación penal suele quedar escindida de la lógica del juicio. Se produce prueba sin seleccionar la información útil ni construir un hilo conductor¹². Los fiscales de juicio —como ocurre en muchos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires— recibimos la causa ya cerrada, con una cantidad de elementos dispersos y muchas veces sin una línea argumental clara. El juicio se vuelve entonces un esfuerzo por reconstruir sentido *a posteriori*, en vez de ser la culminación de una investigación que ya contenía la matriz del relato a ser defendido ante el jurado. Para superar esta fragmentación, es imprescindible que la teoría del caso comience a ser diseñada desde el inicio mismo de la investigación, y que se la revise y refine durante todo el proceso¹³. Cada acto investigativo debe responder a la pregunta: ¿cómo contribuye este elemento a sostener, reforzar o reestructurar mi teoría del caso? De no ser así, se corre el riesgo de acumular pruebas sin dirección, perder tiempo y recursos, y llegar al debate con un caso incoherente o débil¹⁴.

sexualidad de las adolescentes, especialmente ante una persona que tenía 30 años. En definitiva, la fiscalía estimó que aquel avanzó sobre las adolescentes, de manera imprevista, porque conociendo todos aquellos factores contó con que las jóvenes no iban a reaccionar de la manera que parece exigir la defensa” TCBA, B., J. M. s/ Recurso de casación, Sala I, 27/04/23

12. Lo que entiendo que ocurre es que en los albores de las investigaciones se reúnen elementos para verificar distintas hipótesis de la que luego progresará una sola. Sin embargo, la información queda agregada al expediente y muchas veces en juicio no terminamos de entender su sentido o, peor aún, las ofrecemos acriticamente “por las dudas”

13. No estoy proponiendo con la revisión una afectación de la congruencia sino procurar durante todo el proceso previo contribuir a la máxima satisfacción de los interrogantes básicos

14. El filtro más importante lo constituye la audiencia del art. 338 del ritual donde las partes nos vemos compelidos a explicar, elemento por elemento, su importancia dentro de la hipótesis que llevaremos a juicio. Esta audiencia (o audiencias porque suelen ser varias) resulta de capital importancia y los fiscales de juicio debemos prepararnos,

Advierto que en las investigaciones penales preparatorias se reúne prueba que resulta pertinente y válida para justificar el dictado de la prisión preventiva a criterio de los jueces de garantías y las alzadas, pero que luego es rechazada en las audiencias preliminares. Un ejemplo de ello es el testimonio de oídas (*hearsay*) que no se encuentra prohibido en nuestro código procesal pero que muchos jueces técnicos lo rechazan por entenderlo incompatible con el sistema de jurados, señalando su “baja fiabilidad”.

Sostuvo la Sala I del TCBA en el fallo “Suarez” refiriéndose al filtro probatorio en materia de juicio por jurados¹⁵: “[L]a jueza debió analizar la admisibilidad de la prueba desde la perspectiva de la pertinencia, pero también desde el rol y competencias que se le asignan en un juicio por jurados: controlar el debido proceso, es decir, que sea un juicio justo, y para que haya un juicio justo, la decisión del jurado se tiene que basar exclusivamente en la prueba válida y pertinente para probar o refutar el hecho atribuido al acusado, excluyendo aquella que pueda condicionar indebidamente su decisión. En términos concretos, no debe dejar que ningún sesgo, prejuicio o lástima inflencie la convicción del jurado (y por ello, en ocasiones, se permite incluso que excluya prueba pertinente para la acusación, cuando el riesgo de perjuicio indebido es mayor que el valor probatorio de la evidencia cuestionada)”. “Es fundamental comprender la importancia que tiene el juez técnico en el sistema de jurados, al determinar qué prueba ingresa al juicio, de qué modo y a qué fin, y ello se vincula con su función, pues debe controlar que los litigantes no ingresen evidencia que el jurado no está en condiciones de valorar” (causa 124.974 15/8/24). De allí la necesidad de que los criterios utilizados en las distintas etapas se homogeneicen. Resulta imperioso un acuerdo acerca de los estándares probatorios que hay que alcanzar para justificar el tránsito a la etapa de juicio.

De lo expuesto se concluye en la necesidad de que los fiscales, pero también los instructores, ayudantes fiscales, investigadores y auxiliares se formen acerca de los criterios de ingreso y valoración de la prueba¹⁶, análisis narrativo de la misma y desarrollo de hipótesis estratégicas, sin perjuicio de que se mantengan separadas

sin embargo, no vamos a poder en muchos casos, por más esfuerzos que se hagan, suplir aquello que el fiscal en la investigación dejó inconcluso o directamente sin abordaje.

¹⁵. En el caso se trataba del ingreso de información vinculada a un proceso anterior de abuso sexual en que el el imputado resultó condenado, a un nuevo juicio de abuso sexual.

¹⁶. Se encuentran en desarrollo proyectos de “Reglas de evidencia” para que todos sepamos qué es o no prueba y si puede ingresar al debate.

las funciones por etapa procesal. Lo que planteo, es que deben generarse instancias de colaboración entre fiscales de instrucción y fiscales de juicio, de modo tal que el caso no se “entregue” sino que se trabaje de manera articulada desde el inicio. Esto permitiría anticipar objeciones, preparar a los testigos clave, asegurar la integridad de la cadena de custodia y, sobre todo, alinear la producción probatoria con la estrategia narrativa que será desplegada ante el jurado. Se advierte que el ejercicio de la defensa en la etapa de instrucción no resulta, muchas veces, proactivo. Las razones pueden ser estratégicas, pero no es menos cierto, que, si un fiscal de instrucción facilita la producción de la prueba de descargo en la etapa respectiva, puede evitar que la misma quede diferida a la etapa de juicio tornando inconsistente o insuficiente la teoría del caso de la fiscalía; así como puede evitar medidas cautelares prolongadas en procesos con pocas probabilidades de condena. Es importante que el ministerio público fiscal actúe con un objetivo común, independientemente de la división de las funciones por etapas; que procure el arribo temprano a salidas alternativas y que, en los supuestos en que la prueba no resulte suficiente para avanzar, articule el sobreseimiento en favor del imputado en los términos del art. 326 inc. 6to. del CPPBA. De nada sirve el monólogo del acusador, la mejor manera de verificar si tenemos una teoría del caso sólida, es confrontarla lo más tempranamente posible con la teoría del caso de la defensa.

En síntesis, la irrupción del juicio por jurados nos obliga a replantear la investigación penal como un proceso narrativo y estratégico, orientado por una teoría del caso coherente y confrontable. La prueba se convierte en parte de un relato capaz de ser asumido y compartido por doce ciudadanos en una sala de deliberación. El desafío está en contar siempre con una buena historia. Y una buena historia comienza con una teoría del caso construida desde el primer día.

3. PRESENTACIÓN ESTRATÉGICA DE LA PRUEBA: ATENCIÓN, NARRATIVA Y TOMA DE DECISIONES DEL JURADO A LA LUZ DE LAS NEUROCIENCIAS

Una vez diseñada la teoría del caso y sostenida con elementos probatorios admisibles, el siguiente desafío es lograr que esa construcción estratégica pueda ser comprendida, recordada y aceptada por los doce ciudadanos que integran el jurado popular. Ya no se trata solo de reunir pruebas suficientes, sino de presentarlas de manera tal que capten la atención, mantengan el interés y faciliten una toma de decisiones coherente con los principios de verdad, justicia y razonabilidad. Este objetivo requiere comprender cómo funciona el cerebro humano cuando recibe, procesa y

evalúa información compleja. En este punto, los aportes de la neurociencia, la psicología cognitiva y la psicología jurídica resultan fundamentales para repensar las técnicas de litigación probatoria desde una perspectiva humanizada y estratégica. Como advierte Daniel Kahneman, nuestra mente opera en dos sistemas: el Sistema 1, rápido, intuitivo y emocional; y el Sistema 2, lento, analítico y racional. En el contexto de un juicio, ambos sistemas están en juego simultáneamente¹⁷.

Esto significa que el jurado no delibera únicamente desde una lógica racional: también reacciona ante estímulos, imágenes, emociones, silencios, contradicciones y formas narrativas. El proceso de toma de decisiones está profundamente influido por sesgos cognitivos¹⁸, atajos mentales (heurísticas¹⁹) y marcos interpretativos previos. Por eso, la forma en que se presenta la prueba es tan importante como su contenido: el modo en que se narra un hecho puede determinar su credibilidad o su rechazo²⁰. La presentación de la prueba debe organizarse en torno a núcleos temáti-

17. Cuando un jurado escucha un testimonio, su cerebro se debate entre dos sistemas complementarios. El **Sistema 1**, veloz e intuitivo, capta patrones y despierta emociones en milisegundos: un gesto tembloroso, un tono de voz quiebre. El **Sistema 2**, más lento y deliberativo, coteja esa impresión con conocimientos previos y preguntas críticas, pero consume energía y requiere motivación. “El Sistema 1 prepara un relato atractivo; el Sistema 2 actúa como un fiscal interno que examina la coherencia de ese relato” (Kahneman, 2012, p. 45). Sin un buen encendido del Sistema 1 —una escena impactante, una pregunta intrigante—, el Sistema 2 raras veces abandona su piloto automático. Por ello los fiscales tenemos que buscar encender la chispa de la curiosidad sea con un elemento gráfico, con un testimonio emotivo o con alguna destreza propia para generar interés. Nuestro primer objetivo, y nunca dejo de repetirlo, es captar la atención y sostenerla en el tiempo. Para lograrlo resulta fundamental utilizar un lenguaje común con el jurado. No podemos permitir que se deslicen conceptos técnicos o palabras que no comprendan porque no pueden preguntar. Tenemos que tener el control del desarrollo de la prueba y poder darle una coherencia. Los bloques temáticos son una buena opción. Con estos cuidados, vamos a lograr que Sistema 1 y Sistema 2 cooperen en nuestro beneficio.

18. El sesgo de confirmación nos lleva a buscar información que reafirme nuestras creencias previas, ignorando o desestimando aquella que las contradice, En Ferrer Arroyo, F. *Psicología Jurídica*, filad.com, 2015, p.17.

19. “(...) las heurísticas mentales son estrategias prácticas que emplea nuestra mente para ayudarnos a resolver cuestiones cotidianas de manera veloz, y que la mayoría de las veces son efectivas” en Ferrer Arroyo, F. ob. cit., p. 69.

20. “En cuanto a los heurísticos y sesgos cognitivos, Kahneman y Tversky concluyeron que el juicio intuitivo juega un papel muy relevante en la manera en que los seres humanos realizan valoraciones y toman decisiones, al recurrirse a atajos lógicos que facilitan y simplifican la ardua tarea de decidir. Por tal razón, el juicio intuitivo” Arceri, S y Bruzzone, M “A vueltas con la imparcialidad del juzgador. La influencia de lo irracional en la toma de decisiones” en *Neurociencias y Derecho I*ra. ed., Hammurabi, p.41, Buenos Aires, 2019). Por ejemplo, si escuchan primero una cifra impactante, todo lo que siga se medirá con esa vara, de modo que es mejor arrancar con la prueba más contundente. También evocamos con más facilidad aquello que nos es familiar, así que acompañar cada dato técnico de un ejemplo cotidiano —una historia vecinal, un objeto del día a día— facilita que la información se ancle. No menos importante es el peso de los estereotipos: un acusado bien presentado en su entorno suele despertar simpatía, mientras que una víctima con antecedentes penales genera recelo. El fiscal debe aprovechar el *voir dire* para llevar esas predisposiciones al plano consciente y neutralizarlas desde el comienzo. Y como el ánimo influye en la credibilidad, conviene alternar datos “fríos” con relatos emotivos, sin saturar, para mantener un equilibrio que permita al jurado valorar la prueba con la cabeza y con el corazón.

Hubo un juicio por jurados que tuvo gran repercusión llevado adelante en 2022 por la fiscal Marcela Dimundo en la que utilizó muñecas en el *voir dire* para confrontar a los aspirantes a jurados con sus propios prejuicios y con ello neutralizar el impacto posterior haciéndolos conscientes de los mismos. Por ejemplo, antes de revelar estadísticas complejas, relate la historia de Rosa, la vecina testigo, y describa su puesto en el barrio. Al presentar luego el gráfico,

cos comprensibles, sostenidos por una línea narrativa coherente y emocionalmente resonante. La prueba no debe presentarse de modo acumulativo o desordenado, sino como parte de una historia que se desarrolla escena por escena.

La atención, como función cognitiva, es un recurso limitado. Las neurociencias han demostrado que los picos atencionales se producen ante estímulos novedosos, significativos o emocionalmente intensos. Por eso, es esencial abrir la presentación de la prueba con elementos que generen impacto y despierten interés: un testimonio vívido, una imagen clara, una contradicción llamativa o un objeto significativo pueden funcionar como disparadores de la atención sostenida. El relato debe alternar momentos de intensidad con pausas que permitan procesar la información.

El uso de apoyos visuales, gestos, silencios estratégicos y una modulación adecuada de la voz también son herramientas valiosas. En consecuencia, no basta con una exposición lógica: se requiere una puesta en escena que estimule múltiples canales sensoriales y que convierta la prueba en una experiencia significativa para el jurado.

Además, la memoria de trabajo del ser humano —es decir, la capacidad de retener y manipular información en tiempo real— es limitada. Si la presentación de la prueba es excesivamente técnica o abstracta, el jurado tenderá a olvidar los detalles o a sustituirlos por interpretaciones intuitivas. Por ello, es recomendable utilizar recordatorios, metáforas, resúmenes parciales y repeticiones estratégicas que refuercen los puntos clave de la teoría del caso.

Durante el contraexamen, las neurociencias también ofrecen claves relevantes: los errores de memoria, las inconsistencias, las reacciones no verbales y las respuestas emocionales deben ser abordados con sutileza, sabiendo que el jurado valora más la coherencia emocional y la credibilidad espontánea que la precisión técnica. Es preferible dejar en evidencia una contradicción con una pregunta corta y un silencio que con un alegato extenso y técnico. En los dos primeros juicios por jurados que llevé adelante (2016 y 2017) cometí errores graves en los contrainterrogatorios. En el primero, ante respuestas ilógicas del imputado, me dirigí hacia él con excesiva dureza. En el segundo juicio por jurados se repitió la situación, pero esta vez con un testigo de la defensa que, a mi criterio, mentía abiertamente. Considero que, en am-

ese rostro ya servirá de ancla emocional.

bos debates, mi actitud operó en contra, generando empatía hacia ellos y de alguna manera alineación de los jurados tanto con el imputado como con el testigo mendaz, generando que dejen de valorar las contradicciones e ilogicidades de sus versiones.

En definitiva, presentar la prueba ante un jurado exige una preparación cuidadosa, no solo en términos jurídicos, sino también comunicacionales y neuropsicológicos. Es un ejercicio que requiere empatía, claridad, ritmo narrativo y dominio emocional. Cada dato, cada objeto, cada palabra debe estar al servicio de una historia que tenga sentido para el jurado, que pueda ser creída y sostenida en la deliberación²¹. El desafío, entonces, es lograr que el jurado piense, sienta y recuerde aquello que da vida a nuestra teoría del caso

a) La planificación de la investigación

El lector seguramente en este momento se debe preguntar qué relación existe entre lo explicado precedentemente (que es propio de la preparación del caso para debate y el rol del fiscal de juicio) y la investigación penal preparatoria.

Me permito la licencia de realizar una analogía gastronómica, que si bien no es exacta puede ayudar. Los fiscales de juicio trabajamos cual cocineros con los ingredientes y el plato señalado desde la instrucción. Algo podremos sumar con la instrucción suplementaria, el orden de los ingredientes, los tiempos de cocción, la presentación para servirlo, pero no podremos modificarlo sustancialmente, sin riesgo de cambiar el plato prometido. Señala Zvilling *“En el sistema tradicional de jueces técnicos, lo importante es la meta: motivación de la sentencia. Frente a los jurados, lo más importante es el camino que construyen las partes. Son las cargas de producción y persuasión las que construyen –o mejor, satisfacen– el estándar de la duda razonable, tan indefinido conceptualmente como indefinible, en la medida en que no se analice el funcionamiento real del sistema probatorio. El litigante que no sabe qué y cómo probar,*

21. Es imprescindible brindarle a los jurados elementos que generen una marca en su memoria porque una vez emitido el veredicto tanto de culpabilidad como no culpabilidad) resulta prácticamente inmodificable. “La tarea revisora de un veredicto emanado de un jurado popular se encuentra imposibilitada de cuestionar la logicidad o el absurdo de razonamientos que no fueron exteriorizados, puesto que se trata de un instrumento inmotivado que sólo expresa una declaración de culpabilidad o inculpabilidad basado en un proceso de deliberación regido por el sistema de las íntimas convicciones, debiendo el órgano revisor verificar la sujeción normativa de las conductas, colocarse en un correcto lugar para la estimación de la cantidad y calidad de la prueba a fin de verificar que el veredicto haya superado el test de duda razonable, o lo que es lo mismo, que la prueba tomada en consideración permita llegar a un convencimiento sobre la culpabilidad del imputado, sin que permanezca en el ánimo de los jurados una duda razonable a su respecto, entendiéndose por tal a aquella que proviene de un razonamiento lógico sometido al sentido común: TCBA, M. A. R. s/ recurso de casación Sala V, 8/6/17.

aunque suene muy básico, no recibe la ayuda de un juez técnico, ni en la producción de la prueba –esto ya quedó muy lejos en los verdaderos sistemas acusatorios– ni en la carga de satisfacción del estándar probatorio mismo” (p.123).

El fiscal a cargo de la investigación, además de obtener los elementos probatorios, debe considerar como resguardarlos de su pérdida o deterioro en función de los tiempos totales del proceso penal; ya que desde la comisión del hecho hasta el debate oral suelen transcurrir varios años²². En ese lapso los testigos pueden fallecer, olvidar detalles o volverse inaccesibles. Por eso, el fiscal debe anticipar desde la instrucción cómo preservar las huellas más frágiles que son las de la memoria, registrar actos irreproducibles y asegurar registro gráfico de lugares y objetos antes de que el tiempo borre su significado. Además, el trabajo de recolección de pruebas no es un mero acopio de elementos: debe diseñarse pensando en cómo un jurado diverso, sin formación técnica, procesará esa información. Por ello, las decisiones que hoy toman en la investigación —a quién convocar, cómo documentar, qué reconstruir— determinarán en gran medida la claridad con que doce ciudadanos sin antecedentes jurídicos podrán armar su propio itinerario mental.

La teoría del proceso penal clásico olvida que un juicio oral puede retrasarse años²³. El código procesal incorpora figuras como los **anticipos extraordinarios de prueba**²⁴ para proteger testimonios clave, pero a menudo se ejecutan tibiamente y sin una estrategia cognitiva. Para diseñar con proyección se necesita identificar a los testigos

22. Más allá de que lo deseable fuera que los plazos procesales se respetaran, por ejemplo, los 6 meses para realizar el debate luego de la resolución del artículo 338 del CPPBA, en la práctica los tiempos de los juicios criminales distan mucho de ese plazo. Hasta tanto ello se corrija, con la designación de suficientes operadores judiciales entre otras modificaciones, los fiscales de instrucción no pueden perder de vista esa realidad al recolectar la prueba.

23. En este punto la prueba testimonial para un juicio por jurados resulta más vulnerable al paso del tiempo que la utilizada ante jueces profesionales. Ello, debido a que el art. 366 del código procesal bonaerense permite la incorporación por lectura de testimonios de personas fallecidas o de la que se acredite que no están habidas. Más allá de que se alzan voces en contra de la disposición o la condicionan a la participación previa de la defensa, sigue siendo una práctica habitual y la fuerza convictiva de las mismas queda sujeta a la valoración del juez. Este procedimiento no es factible ante jurados populares porque se encuentra prohibida la incorporación por lectura de cualquier pieza, lo que aunado a la necesidad de acreditación testimonial de los restantes medios de prueba vgr. Informes, documentos, pericias, coloca al fiscal ante el desafío de localizar y contar para el juicio con todos los intervinientes, sean testigos directos o intervinientes en actos procesales.

24. “Otro de los puntos a favor de la “adversarialidad” es la estricta prohibición de introducir al debate prueba por lectura, con la sola excepción de aquella que constituya un anticipo extraordinario y haya sido incorporada de conformidad con el procedimiento legalmente establecido en la parte general del Código de rito. Lo propio podrá hacerse —excepcionalmente— en caso de pruebas que hayan sido convenidas de común acuerdo entre las partes. Nótese que las partes procesales, ante tal disposición, tendrán la necesidad de incorporar como anticipo extraordinario toda aquella prueba que resulta de vital importancia para la acreditación —positiva o negativa— del objeto del procedimiento ello, sin perjuicio de que resulta competencia exclusiva del juez de garantías de la instrucción penal la aceptación o no de dicho elemento probatorio excepcional”, en Damonte, L., Juicio por jurados: la interpretación jurisprudencial como herramienta de comprensión del modelo legal bonaerense, TR LALEY AR/DOC/707/2018.

de alto riesgo (ancianos, enfermos, desplazados, migrantes) y someter sus declaraciones a protocolos de registración fidedigna en cuanto estén localizables. En los supuestos en que no se habilite la realización como acto irreproducible se sugiere la filmación del testimonio. Lo ideal es incorporar la grabación audiovisual de todos los testimonios relevantes como metodología de trabajo. También resulta indispensable si se va a instrumentar por actas, que quien escribe respete lo más fidedignamente posible la manera de expresión del testigo. Cuando se trata de Cámara Gesell resulta útil el subtítulo si el testigo menor no se expresa fuerte y claro. La llamada estrategia de preservación debe arrancar en la primera orden de investigación desde que se advierte que por la calificación posible le puede corresponder una pena superior a los 15 años.

b) Fotografías y videos: la inspección ocular virtual.

Una visita real al lugar es muy útil, pero de muy compleja implementación. La logística de traslado de los 18 jurados jueces, secretarios, encargados de la videograbación, las partes, el imputado y si se encuentra privado de libertad la custodia, a lugares lejanos o incluso riesgosos aunado al tiempo que conlleva torna esta prueba en casi impensable. Sin embargo, la **inspección ocular virtual**, planificada, permite revivir la escena tantas veces como se desee, se puede realizar con control de la defensa y ser exhibida incluso a los testigos. Además, como el lugar del hecho puede modificarse por el paso del tiempo, resulta un elemento valioso para evitar eventuales confusiones en los testigos. De ello se desprende que desde los albores de la investigación debe procurarse resguardar esa información. A tal fin existen distintas opciones según con los recursos con que se cuente. Desde filmaciones en el lugar del hecho sin referencias, tomas realizadas con drones, hasta videos narrados. Va a depender de lo que se litigue en la audiencia del art. 338 del CPP. Este archivo visual se ofrece al jurado durante el debate, como un objeto de consulta. Su valor cognitivo radica en que convierte la fugacidad de la escena real en una vivencia inalterable que constituya un marco de referencia fundamental para que los jurados evalúen la credibilidad de los restantes elementos de prueba.

c) Cronología y reconstrucciones: dar forma al relato

Si el cerebro humano almacena mejor **historiales secuenciales**, la prueba debe presentarse como una narración construida antes de la audiencia. Resulta útil la implementación de una **línea de tiempo interactiva**: documento digital que pueda

mostrarse en sala, en el que cada hora y minuto aparezca acompañado de la prueba asociada. Podría, por ejemplo, utilizarse en el alegato de clausura una vez producida la prueba. También como forma de lograr generar una huella en la memoria, podría utilizar el fiscal en su exposición de cierre breves cortes que amalgamen testimonio, peritaje y visualización del lugar. Ejemplo: la toma de la bala, el corte a la trayectoria 3D del proyectil, la reacción de la víctima. Este relato es el esqueleto de la argumentación, la estructura sobre la que se colgarán emociones y razonamientos²⁵

d) Prueba pericial: traducir lo complejo

Los dictámenes forenses acostumbran a leerse en jerga técnica: un muro infranqueable para el lego. La meta es la prueba comprensible. La simplificación no es reductora si cada paso va acompañado de confirmación documental y apoyatura científica. Siempre tenemos que tener presente que los operadores judiciales, entre los que incluimos a los jueces profesionales contamos con un bagaje de información vinculada a aspectos periciales que nos permiten entender las conclusiones, aunque sean escuetas o técnicas. En el caso de los ciudadanos no sólo vamos a necesitar exhaustividad si no también claridad expositiva, por supuesto que va a depender del delito ya que si no se discute la materialidad si no la autoría la prueba pericial puede ser estipulada en lenguaje claro para los jurados. En un juicio por jurados que realice en 2023 la discusión giraba en torno al suicidio por ahorcadura u homicidio por estrangulamiento. En dicha oportunidad el médico forense realizó los lazos sobre el cuello de un colaborador de la fiscalía para mostrar las diferencias entre ambos. Considero, en base a mis experiencias personales en juicios por jurados, que la recreación resulta clave no sólo para la comprensión sino también para el recuerdo de las pruebas en la deliberación. No se trata de banalizar la ciencia, si no lograr que ésta impacte en la memoria del jurado y sea persuasiva de su decisión.

e) Test de perdurabilidad: anticipar el olvido

Daniel Schacter identificó siete pecados de la memoria: transitoriedad, distracción, bloqueo, distorsión, sugestionabilidad, sesgo y olvido insustituible. El jurado sufrirá varios de ellos si el fiscal no contrarresta. Para ello, existen algunas estrategias que

25. La línea temporal si esta adicionada con elementos visuales, la secuencia fáctica actualizada, y los soportes de alegatos sí deben ser realizados por el fiscal de juicio a medida que la prueba se va produciendo en debate o con aquella que diera lugar a una estipulación probatoria ya que en instrucción no se puede saber efectivamente con cuáles de los elementos colectados efectivamente se va a contar y cuál va a ser su rendimiento.

en algún punto nos remiten a las técnicas de enseñanza en las que la repetición estratégica, el destacado de los aspectos fundamentales en distintos momentos del juicio para reforzar la banda neuronal, la multisensorialidad (por ejemplo dejarle los efectos secuestrados para que los analicen en la sala de deliberación o el empleo de *power point* en los alegatos con fotos que ya habían sido exhibidas entre otros, son herramientas útiles para luchar contra el olvido²⁶. La perdurabilidad de la prueba no es azar, es obra de un diseño paciente que debe trazarse desde la pesquisa.

f) Ritmo y espacio físico: cuidar la energía cognitiva

Para los jurados, el juicio es una maratón mental. La fatiga favorece atajos y errores. Si para los jueces profesionales mantener la concentración es complejo, para los jurados lo, es más. Mantener la atención es una meta fundamental para el fiscal ya que cualquier distracción resulta funcional a las dudas. Por ello es que al organizar la prueba tenemos que priorizar que los testimonios más importantes se lleven a cabo en horas tempranas o luego del descanso. También tenemos que requerirle al tribunal que programe pausas cada 60 minutos pues la atención es muy difícil luego de una escucha prolongada. Al momento de exponer sea en el alegato de apertura o de cierre y también en los interrogatorios debemos cambiar tonos e intensidades de la voz, incorporar herramientas audiovisuales o apoyos demostrativos. Por ejemplo, en el último juicio por jurados que llevé a cabo le suministré a la médica forense una calavera recubierta para que fuera marcando con un fibrón rojo todas las heridas del rostro y del cráneo. Por último y más allá de los tiempos pautados el juez o sus colaboradores deben velar por los signos de agotamiento (miradas perdidas, inquietud) o necesidades fisiológicas y ajustar pausas.

4. PROPUESTAS PARA ARMONIZAR LA PRUEBA FORMAL CON LA ORIENTADA AL JURADO

La coexistencia de modelos procesales diversos dentro del sistema penal bonaerense —uno orientado a la resolución anticipada por medios como el juicio abreviado, y otro regido por el paradigma adversarial con juicio por jurados— ha generado tensiones estructurales que comprometen la coherencia del trabajo probatorio. Si bien

26. Ferrer Arroyo, F. J., & Dieuzeide, M. C. (2018, 10 de septiembre). Psicología del Testimonio: Los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas. *La Voz Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (10).

esta dualidad tiene fundamento legal, en la práctica produce una fragmentación que desalienta la preparación de casos con miras al debate oral y público ante un tribunal popular.

Uno de los principales factores que explica este desajuste es el contexto material en el que se desarrolla la labor fiscal. Los recursos humanos y materiales son escasos, y la carga de trabajo en las fiscalías de instrucción es abrumadora. Aproximadamente el 10% de las denuncias llegan a la etapa de elevación a juicio, y de esas, la mayoría no culmina en debate, sino en salidas alternativas como la suspensión del juicio a prueba o el juicio abreviado. Los juicios orales con jurados populares son una minoría. Además, el artículo 308 del Código Procesal Penal bonaerense establece un plazo máximo de diez meses entre la declaración del imputado y la conclusión de la investigación, lo que impone una lógica de urgencia que empuja a resolver los casos por la vía más expeditiva, elevando las causas cuando se reúnen los elementos suficientes para sortear el filtro de garantías (inexistencia de certeza negativa) aunque se hubieran podido coleccionar otros elementos útiles de carácter complementario o contextual, referidos al móvil o relativos a la futura mensuración de la pena en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Este panorama genera un fenómeno contradictorio: hasta tanto los fiscales de instrucción no ajusten sus prácticas a los parámetros anteriormente descriptos en la recolección probatoria cuando de jurados se trate, los déficits en la investigación motivarán que cada vez más imputados —asesorados por sus defensores— opten por esa vía, especialmente cuando se presentan debilidades en la prueba de cargo. El jurado es visto, en algunos casos, como una oportunidad para obtener una absolución más probable que ante un juez profesional, o una condena por delito menor incluido que en términos de libertad les puede resultar equivalente.

A su vez, si bien el Código Procesal bonaerense no distingue entre fiscales de instrucción y de juicio, la organización del trabajo en departamentos como La Plata ha cristalizado una división funcional entre quienes investigan y quienes litigan, lo cual diluye la responsabilidad por la calidad probatoria acumulada en la etapa preliminar. Esto repercute directamente en los casos que sí llegan a juicio por jurados, donde muchas veces se arriba con una prueba insuficiente para los estándares requeridos por los ciudadanos. Sin embargo, creo que la solución no pasa sin más por la reunión de funciones en un mismo fiscal, sino por la articulación, la capacitación y la creación de unidades de apoyo especializadas. Sin pretensión de exhaustividad,

propongo la implementación de:

1. Protocolos internos de recolección probatoria con perspectiva de juicio: es necesario establecer criterios mínimos para que, al producir prueba en la instrucción, se garantice su utilidad futura en juicio por jurados. Por ejemplo, tomar declaraciones testimoniales con registro audiovisual y guion de relato, no con formato puramente acta.
2. Revisión del trabajo sobre teoría del caso desde etapas tempranas: se debe fomentar que las unidades funcionales estructuren desde el inicio una narrativa de los hechos orientada al juicio oral, incluso si luego el expediente se resuelve por vía alternativa. Esto mejorará la coherencia investigativa y facilitará la litigación si no se arriba a un acuerdo.
3. Promover la firma de juicios abreviados durante la I.P.P.: se propone incentivar que los acuerdos de juicio abreviado se concreten antes de la elevación a juicio. Para ello, debería acordarse que el monto punitivo pretendido por el acusador se incremente con el avance del proceso. Con ello también se evitarían distorsiones en la prisión preventiva y el recurso de la morigeración como instancia de negociación de los juicios abreviados.
4. Evaluación periódica de desempeño con indicadores de litigación efectiva, debe incorporarse como criterio de gestión departamental el porcentaje de casos elevados con prueba organizada para juicio oral y, especialmente, para juicio por jurados. Entiendo que la información suministrada por los fiscales de juicio frente a desistimientos o absoluciones debería ser discutida en talleres con participación de los actores del ministerio público fiscal de la etapa precedente.
5. Desarrollo de herramientas informáticas de apoyo al análisis probatorio: el Ministerio Público debería implementar sistemas que, durante la instrucción, permitan clasificar la prueba según su valor narrativo y su potencial de visualización en juicio. Esto mejoraría la preparación y evitaría sobrecarga de información irrelevante. Si bien excede el contenido del presente, actualmente, mediante el empleo de inteligencia artificial, podrían llevarse adelante de forma automatizada muchas tareas de las fiscalías, generando mayor disponibilidad de fiscales, funcionarios y empleados hacia actividades creativas.

6. Creación de unidades de apoyo a los fiscales en juicios por jurados: se propone crear en el ámbito de cada Fiscalía General Departamental una Unidad Interdisciplinaria de Apoyo a Juicios por Jurados, destinada a asistir a los fiscales tanto en la etapa de instrucción como en la litigación oral. Estas unidades brindarían asesoramiento técnico en la construcción de teoría del caso, análisis de prueba, presentación persuasiva de evidencia, y diseño estratégico del alegato de apertura y cierre. Estarían integradas por personal especializado en comunicación, psicología jurídica, ciencias cognitivas y manejo de herramientas de inteligencia artificial. Su función también incluiría la preparación del *voir dire*, ayudando a formular preguntas que detecten sesgos y asesorando en la selección de jurados con criterios racionales. No se trata de sacarle el caso al fiscal. Se trata de que no trabaje solo. Un equipo que ayude a pensar cómo presentar la prueba, cómo anticipar objeciones o cómo hablarle al jurado puede marcar la diferencia entre un caso débil o fragmentado y uno sólido²⁷.

7. Se discuta la posibilidad de reformar el art. 338 del CPPBA otorgándole al fiscal derecho al recurso contra la decisión del juez técnico de inadmisibilidad de prueba²⁸, y el art. 341 del CPPBA para facultar al fiscal interviniente en la etapa de juicio en caso de no contar con una teoría probatoria suficiente, promover un

27. “Trabajar en equipo es un requisito indispensable para abordar un juicio por jurados, no es una tarea para un solo operador y más aún si debemos abordar estas conflictivas. Es indispensable que todos los que lleven adelante el juicio (colaboradores, psicólogos, entre otros) estén capacitados con perspectiva de género para poder hacernos cargo de cuestiones propias de los casos, con mirada diferencial. Por ejemplo, ante una retractación. Si debemos abordar ese tema en un juicio, es necesario saber entender las razones que llevan a una mujer o a un niño/a víctima de abuso sexual a retractarse y con base en ese conocimiento y entendimiento de la situación, también encarar nuestro juicio por jurados desde el inicio, sabiendo sus debilidades y sus fortalezas y, principalmente, teniendo en cuenta en la selección del jurado justamente esta circunstancia. También un juez en Juicio por Jurados con perspectiva de género: un análisis práctico, técnico capacitado en este sentido será capaz de adoptar decisiones adecuadas y acordes con cada una de las aristas que se vayan presentando que pueden ser muy diferentes y dinámicas en este tipo de casos. En Carballido Calatayud, Carolina - Santamaria Guglielmetti, Victoria, TR LALEY AR/DOC/1388/2022

28. Es frecuente leer definiciones sobre esta audiencia tales como la que desarrolla con claridad Bonavento, C., en cuanto “La audiencia preliminar deviene, entonces, en el filtro entre la discusión técnico-jurídica y la fáctica, para lo cual es necesario que el juez determine si la acusación tiene sustento probatorio para llevar el caso a juicio. Ello implica, necesariamente, someter a evaluación el trabajo de la investigación y, además, es el momento oportuno (y no en el debate) para discutir en torno a la calificación legal, la falta de prueba, el sobreseimiento o desestimación...” (TR LALEY AR/DOC/658/2016). Yo considero que dicha audiencia debería, dada su trascendencia, contar con la posibilidad de revisión de la decisión por la Cámara de Apelaciones y Garantías pues causa un agravio que, en el caso del fiscal, es de imposible reparación ulterior ya que no cuenta con una instancia recursiva en la que sostener la arbitrariedad de una absolución por no contar con un medio de prueba negado por el juez profesional en la audiencia. Zvilling en ob. cit. p. 121 “Ahora, más allá de la relevancia –y aun siendo relevantes–, las pruebas pueden ser excluidas si su valor probatorio es superado sustancialmente por la presencia de uno o más “peligros” (Regla federal de evidencia, 403). Por ejemplo, el prejuicio. Vale aclarar que muchas veces, como consecuencia de este criterio pueden producirse decisiones paternalistas que subestiman al ciudadano que intervendrá en el juicio como jurado. Suele suceder que se catalogue de “prejuiciosa” cierta información verdaderamente relevante para la decisión, lo que la condiciona, y en definitiva es materia de hecho, reservada a los jurados y en cuyo terreno no podrían inmiscuirse los jueces técnicos. Esto podría llevar a indebidas manipulaciones de la prueba, por lo que este criterio debe aplicarse en forma muy cuidadosa” De lo expuesto se advierte la necesidad de la reforma propuesta.

desistimiento anticipado, en audiencia oral y pública y con conformidad del Fiscal General²⁹

5. PALABRAS FINALES

Este trabajo no pretende dar respuestas, sino contribuir a los intercambios necesarios en este proceso, que, si bien tiene años, aún es muy joven en términos cuantitativos. La consolidación del sistema adversarial y del juicio por jurados en nuestra práctica cotidiana no es un punto de llegada, sino un proceso dinámico que todavía estamos construyendo. Hasta 2024 se celebraron en toda la provincia sólo 769 juicios por jurados y en el Departamento Judicial La Plata 31.

Adoptar una lógica de litigación estratégica, clara y orientada al ciudadano-jurado no solo mejora nuestras intervenciones individuales, sino que fortalece al sistema en su conjunto. Exige planificación, revisión constante, capacitación, diálogo constante con los fiscales de instrucción y sus auxiliares y una mirada crítica sobre nuestras propias rutinas de trabajo, no olvidemos que las prácticas pueden distorsionar un modelo hasta anularlo.

El futuro de la justicia penal se juega, en buena medida en nuestra capacidad para adaptarnos a estas nuevas exigencias sin perder el foco en lo esencial: presentar casos bien fundados, comprensibles y legítimos ante quienes tienen la responsabilidad de juzgar. El desafío es grande, pero también lo es la oportunidad.

29. Resulta útil contar con la facultad de desistir anticipadamente de la acción cuando entendemos que no tenemos una teoría probatoria que lo sostenga, lo cierto es que el art. 341 del ritual bonaerense sólo lo admite ante la aparición de nuevas pruebas o por la orfandad de las mismas. De allí que considero necesaria una reforma legislativa. En el mismo sentido Sicilia, F, El rechazo de prueba por parte del juez técnico en juicio por jurados dentro de la provincia de Buenos Aires. Singularidades en la acusación pública o privada, TR LALEY AR/DOC/156/2023 quien desarrolla de manera fundada la necesidad de incluir una instancia de revisión ante la decisión adversa hacia la admisibilidad de la prueba



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal en la Constitución

Armando Rafael Aquino Britos

El Ministerio Público Fiscal en la Constitución

Por Armando Rafael Aquino Britos¹

Origen. Desde los tiempos en que el proceso se hizo público y el juez garantizaba la aplicación de ley implicó un avance que no fue pleno, sino que se advirtió la necesidad de otro órgano estatal que representara los intereses de la sociedad para satisfacer el principio de legalidad: el ministerio público.

En tiempos más cercanos se advierte que el diseño del ministerio público fiscal se encuentra en la naturaleza del juicio (acusación- defensa- prueba- sentencia) como el argumento fundamental de su reconocimiento histórico; al igual que su reconocimiento en otros procesos – no penales- para satisfacer el control del principio de legalidad propio del diseño estatal que viene del Estado de Derecho que se asienta sobre el principio jurídico (legalidad) que junto al principio político (soberanía popular) permiten que se busque la dignidad del hombre como finalidad de la sociedad estructurada y organizada a través del derecho.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la imprecisión legislativa que regulaba su funcionamiento le quitaba la precisión, organicidad y sistematicidad para la prestación del servicio público llamado a brindar, pues solo realizando una fina compulsa en la vasta dispersión normativa existente se puede llegar a precisar cuál es el derecho aplicable en la materia. Las leyes 27, 1893, 3367, 4162, 4055, 17.516, 18.345, 19539, 20.521 y el decreto ley 1285/58 son el derecho vigente a lo que debemos agregar los códigos de procedimientos, civil, comercial y penal” explica Quiroga Lavie²

1. Abogado. Se inició en la docencia universitaria en Derecho Constitucional (1988 adscripto Cátedra B- resolución 4195) como jefe de Trabajos Prácticos Ad honorem, a partir de abril de 1989, jefe de Trabajos Prácticos por concurso en Cátedra A derecho Constitucional desde 1989 a 1993. Jefe de Trabajos prácticos Cátedra B de Derecho Político desde el 1º de junio de 1992. Jefe de Trabajos Prácticos cátedra B de Derecho Político cátedra B, por concurso. Profesor adjunto Cátedra B de Derecho Político por concurso desde el 1º de Abril del 2004 siendo revaluado (art.116 Resolución Nro. 956) hasta la actualidad. Profesor Adjunto Cátedra C Derecho Constitucional el 18 de febrero del 2002 designado por Resolución H.D.C. N° 1453/02. Profesor titular por concurso cátedra D de derecho constitucional UNNE. Obtuvo el título de doctor en el área del derecho de la UNNE. Fue designado para el fuero provincial y federal como conjuez de ambas jurisdicciones. Asesor de la Cámara de Diputados de la Provincia, Asesor de la Convención Constituyente Nacional en Santa Fe en 1994. Fue diputado provincial en 1999, Fiscal de Estado, Asesor del Poder Ejecutivo Provincial, convencional Constituyente Provincial en el año 2007, Diputado Provincial desde el año 2007-2011 y actualmente asesor del Senado de la Provincia de Corrientes.

2. Quiroga Lavie, Humberto, “Nuevos órganos de control en la constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público” en AAVV “La reforma de la constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción”. Ed Rubinzal

A tal situación, de verdadera anarquía legislativa, se sumaba el rol y función que tenía dentro del aparato estatal, ya que la vieja división de funciones del poder organizado constitucionalmente estaba dividido – en la parte orgánica- en poder legislativo, ejecutivo y judicial; y en esa división de funciones dependía del Poder Ejecutivo- el que lo instruía y le impartía directrices de actuación en política criminal, como también en el ámbito civil cuando se trataba de cuestiones de la defensa del patrimonio del Estado, que le daba un rol “fiscalizador”, pero actuaba en la órbita del poder judicial.

Cierto es que el diseño constitucional primigenio de la Constitución Nacional de 1853/60 permitía claramente observar que la sociedad se organizaba a partir de una finalidad (preámbulo), el conjunto de principios, declaraciones y garantías (primera parte) y la división orgánica del gobierno federal, para concluir con la parte de los gobiernos de provincias con lo que satisfacía el propósito de la organización de un Estado Federal; mas lo central es que fluía de tal ingeniería institucional que la *garantía sistémica de la división de funciones*³ – Ejecutivo, legislativo y judicial- permitía edificar un verdadero Estado de Derecho donde la voluntad innominada de la ley se manifestaba en el diseño de controles mutuos y cruzados, sumado a la división y respeto de las funciones diferentes de cada órgano.

Al funcionamiento, previsto constitucionalmente, se reconocieron *garantías de funcionamiento* para impedir un conflicto de poderes donde uno de los órganos se apropiara o invadiera la esfera de actuación o competencia de otros, tal como surgía del art 29⁴ o el 109 donde dispone “ *En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas*”, el límite para el poder legislativo en resguardo de los derechos fundamentales aparece en el art 119 cuando dice “*La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este*

Culzoni Editores. Santa Fe Buenos Aires, 1994 pag.279

3. Esto se advierte con nitidez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde en su art 16 dice “*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución.*

4. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades *extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

delito; pero ella no pasará de la persona del delinciente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

La garantía sistémica sumado a las garantías de funcionamiento (juicio político, desafuero etc) dieron la fisonomía de acorde a un modelo estatal subordinado al imperio de la ley, de manera formal donde se advirtieron falencias del funcionamiento propios del final del siglo XX.

Se advierte entonces la verdadera “esquizofrenia institucional” de este órgano llamado “ministerio publico fiscal” ya que las instituciones no son otra cosa que reconocimientos del sistema de derechos para que unos órganos puedan, con su intervención – y por su intermedio- garantizar y satisfacer derechos fundamentales específicos.

El antiguo ministerio publico fiscal – dado su diseño legal y funcional – aparecía asumiendo funciones contradictorias como ser parte de la acusación a la par de la defensa, sumado a que el diseño de las políticas públicas las efectuaba el Poder Ejecutivo.

Maier describe bien la situación cuando califica la institución como adolescente ya que fue concebido como un “hibrido” “... ministerio público, concebido como acusador estatal distinto de los jueces, encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública. A tal punto es así, que la evolución aún no se ha cumplido totalmente y subsisten ámbitos de fricción, en los cuales los tribunales conservan tareas propias de la persecución penal (y el ministerio público tareas que le son ajenas”⁵

Es que la legislación infraconstitucional más avanzada no permitía dilucidar las posiciones en que se ubica este instituto que son la Dependencia institucional del Poder Judicial. b) Dependencia institucional del Poder Ejecutivo. c) Dependencia institucional del Poder Legislativo, d) Independiente o como órgano extrapoder.⁶

5. Maier, Julio B “El ministerio público: ¿un adolescente? en AA VV El Ministerio público en el proceso penal” Compilador: Dr. Julio B. J. Maier AD-HOC S.R.L. 1993 pág. 32 y sig.

6. Rusconi, Maximiliano A “Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público “en AA VV El Ministerio público en el proceso penal” Compilador: Dr. Julio B. J. Maier AD-HOC S.R.L. 1993 pág. 63 y sig.

Del estado de cosas así relatado, antes de la reforma constitucional de 1994, cabe concluir que el diseño institucional le reconocía a este organismo un rol de fiscalizador (del fisco) que las propiedades de un ministerio público que cumpla su rol de custodio de la legalidad, razón por la cual no podría depender de quien tiene a su cargo la administración del Estado y sea justamente éste quien le diseñe las políticas públicas, imparta instrucciones y emita directrices. Podría ser válido para los cobros de empréstitos, deudas fiscales, pero no en materia penal.

El ministerio público, así caracterizado, con una organización y posición institucional como la actividad en el proceso penal reflejaban en gran parte de esa contradicción impropia del mismo diseño constitucional que refiriéramos antes, donde quien investiga no puede juzgar dada la matriz adversarial y contradictoria que expresaba como finalidad y propósito nuestra constitución; sin embargo, pervivía – y lo hace aun– y está presente en el régimen formal de realización del Derecho penal.

En los procesos penales (aún hoy) por aplicación de la ley 23.984 – código procesal penal de la Nación todavía vigente en gran parte del país– se da esta situación, aunque morigerada por leyes posteriores.

La definición de los intereses que representa la institución, los derechos que protege, los intereses públicos que debe velar fueron reconocidos en el art 120 de la constitución nacional.

2. La norma constitucional. En la sección cuarta del título segundo (gobierno federal) se plasmó el reconocimiento expreso como un órgano extra poder. El art 120 de la constitución nacional dice *El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.*

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”

La ubicación sistémica nos devela que la clásica división de funciones del poder en tres partes (Ejecutivo, Legislativo y judicial) tiene, con este órgano de naturaleza

colegiada un cuarto órgano (poder) de allí que se lo denomina el órgano extra poderes pues ya no depende funcional ni administrativamente del Poder Ejecutivo, pero tampoco integra el poder judicial.

Creemos que constituye un “cuarto poder” aunque actúe ante el poder judicial pues no lo hace como auxiliar del mismo sino cumpliendo una misión constitucional conforme al rol asignado por la carta magna.

Bidart Campos con mucha autoridad dice “para nosotros el Ministerio Público, si bien no forma parte del poder judicial, es un órgano auxiliar que se le adosa como órgano extrapoderes, de modo que después de la reforma constitucional de 1994, con sección y normas propias, mantiene la naturaleza que habíamos preferido atribuirle antes de la reforma. Así la innovación es solamente normativa; ahora hay en la constitución una norma expresa que regula el ministerio público, y es el art 120; pero no ha cambiado su fisonomía ontológica, ni el sentido orgánico, ni el sentido funcional: es un órgano extrapoderes al lado del poder judicial”⁷

2.1 Naturaleza: para nosotros es un órgano independiente, bicéfalo, con autonomía funcional y autarquía financiera que actúa en defensa de la legalidad y en el ámbito judicial, pero no integra ni es parte del poder judicial donde actúa guiado por los principios de legalidad y objetividad.

Ello es así pues en ejercicio de la facultad de poder preconstituyente, la norma habilitante Ley 24.309 declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución, que en su art. 3 inc. G disponía la habilitación para su debate y resolución en la Convención Constituyente, con expresa indicación de que debería ser regulado como se receptó.

En la convención constituyente de 1994 prevaleció la propuesta de incorporarlo como órgano extrapoder; que en realidad es un cuarto poder, más allá de autorizadas voces que no opinan igual. Lo cierto es que si bien se desempeña en la órbita del poder judicial y sirviendo a la función judicial, su actuación con independencia frente a los poderes políticos como ser la actuación en cuestiones de corrupción, como también teniendo la posibilidad de deducir la inconstitucionalidad de una

7. Bidart Campos, German J “Manual de la constitución reformada” T III Ed Ediar, Bs As. 1997 pág. 361

ley,⁸ permite fundamentar esta posición: es un 4º órgano en que se divide el poder constituido del orden federal.

La lacónica redacción del mandato constitucional no impide arribar a esta conclusión, no obstante, se advierten las garantías operacionales o funcionales para que su actividad se efectúe sin restricciones, por mas que se las remita a las leyes orgánicas que debe dictar el congreso.

Además, el recaudo de que se actúe en *coordinación* con las demás autoridades de la Nación, también es una evidencia de que es “cuarto poder”, de lo contrario se diría “subordinado a”; o “dependiendo de”. El mandato constitucional es claro y preciso.

Autonomía e independencia: al determinar esta característica, aunque remita a la ley reglamentaria que dicte el congreso, es claro que existe un limite al legislador para la garantía de funcionamiento de esta institución, y cualquier regulación que “pusiese al órgano bajo la dependencia de cualquier poder en general y del Ejecutivo en particular”⁹ seria inconstitucional.

Por disposición del mandato constitucional el órgano Ministerio publico esta dividido en Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación y los demás miembros de cada parte reconocidos por la ley reglamentaria de cada órgano, por ello es que con cita del dictamen del procurador del tesoro de la Nación, y antes de sancionada las leyes reglamentarias, se le reconoció un status de cuarto poder, lo que se manifiesta con la intangibilidad de sus remuneraciones y la inmunidad de arresto.

La norma es operativa, más allá de los alcances de la reglamentación que no puede tornarla inoperante.

La ubicación sistémica y el claro mandato devela que estamos ante una garantía institucional, que es aquella que se le reconoce a una institución, no por el órgano, sino por la función social que cumple cuando por su intermedio, con su participación y

8. Ver Gelli, María Angelica, “Constitucion de la Nación Argentina” 4ª edición LA LEY Bs As 2011, pag582

9. Gelli, María Angelica, ob cit , pag583

función, se protegen derechos fundamentales, aunque sea de modo indirecto, de toda la sociedad.

Las instituciones son la expresión de normas y costumbres que presiden los comportamientos sociales en un momento dado y que se centralizan en el llamado Estado.

Por ello es imperativo el análisis del rol de las instituciones políticas en cuanto dotan de las reglas de juego básicas como fundamento del ordenamiento de la sociedad y el marco para que funcione el sistema social. De allí que nos interesa la visión y el análisis de estas reconocidas por la constitución, o que surgen de ella; que tienen el propósito de asegurar con su funcionamiento la satisfacción efectiva del conjunto de derechos fundamentales que le dieron origen a una sociedad para conformar un estado.

Más allá del diseño institucional que tengan los órganos creados por el Estado a partir de su constitución, obedecen al propósito de garantizar, de modo indirecto, pero igualmente efectivo, los derechos fundamentales que las constituciones modernas reconocen “ab initio” a los hombres que habitan su territorio.

El mandato constitucional que crea o reconoce al órgano o institución constituye entonces un límite claro y preciso al legislador pues es un valladar instituido para asegurar, por su intermedio, el núcleo o conjunto de los derechos fundamentales que los hombres tienen “per se” y se les reconoce por el poder juridificado con que se crea el estado: la constitución.

Pérez Serrano enseña que las garantías institucionales son facultades que se reconocen a determinadas instituciones para su adecuado funcionamiento, pero no para hacerlas valer contra el Estado; se proyectan dentro del Estado, y no antes ni por encima de él; suponen una esfera de acción, más o menos amplia, marcada por la Constitución, y no un ámbito previo de competencia limitada. En resumen, la garantía institucional consiste en una protección especial otorgada por el Poder Constituyente a instituciones cuya regulación no conviene entregar a los caprichos o ligerezas del legislador ordinario”¹⁰

10. Pérez Serrano, Nicolás, “Tratado de Derecho Político”. Ed Civitas. Madrid. 1976 págs. 674 y ss

Partiendo de la concepción constitucional es claro que se busca proteger a la institución de su destrucción o su desnaturalización; que la tornen inoperante o ineficaz, de allí que su matriz debe cuidarse para que cumpla el cometido con el que fue concebido con una adecuada reglamentación.

La reglamentación: Para satisfacer el mandato constitucional se diseñaron leyes reglamentarias en función de las cuales los órganos cumplen con la misión dispuesta en nuestra carta magna.

El Ministerio Público de la defensa: Una de las cabezas de este órgano extra poder es el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (en adelante MPD) reconocida como una institución que actúa dentro del sistema de justicia nacional y federal que se encarga de la defensa y protección de los derechos humanos.

En su actividad específica el MPD garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales o colectivos, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad o requieran la asistencia de una defensa estatal, en caso de no contar con una representación judicial particular.

La amplia y total asistencia que brinda el MPD implica la tutela de los derechos de la persona que va desde la primera instancia del proceso hasta la representación ante los organismos del sistema interamericano de derechos humanos como forma y modo de garantizar los mismos.¹¹

Mediante la ley 27149- ley orgánica del ministerio de defensa publica, LOMPD en adelante- se reglamentó su organización, funciones específicas contando con una estructura para su funcionamiento precisado en 85 artículos.

Expresamente la ley destaca que goza de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura y goza de una autonomía financiera para cumplir su cometido.

Si bien se estructura jerárquicamente, la unidad de actuación no afecta la autonomía y especificidad propia del desempeño de los defensores públicos en cada caso, ni puede perjudicar a los asistidos o defendidos.

11. Ver art 35 inc x LOMPD 27.149

Los principios rectores de su actividad son : a) la protección jurídica aplicando para ello todo el ordenamiento jurídico vigente para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de b) Interés predominante del asistido o defendido por lo que se procura satisfacer las necesidades de los asistidos o defendidos, c) Intervención supletoria, pues cesan su intervención cuando el asistido recurre a un abogado particular d) principio de reserva, pues deben guardar reserva de los asuntos que lleguen a su conocimiento e) Transparencia e información pública guían su accionar detallando en lenguaje sencillo y claro al asistido de su situación, gestiones realizadas como su resultado con información detallada f) Gratuidad de la intervención para quienes se encuentren abarcados en la ley y su reglamentación.

A través de su estructura orgánica mantiene relaciones con los otros poderes públicos y con ello se manifiesta su independencia de funcionamiento reconocida por la autonomía que establece la constitución nacional.

La defensoría pública tiene como máxima autoridad un Defensor General de la Nación, y cuenta con una organización integrada por magistrados, funcionarios y empleados según sus diversos deberes funcionales.

Cada Defensoría Pública tiene un titular que es el superior jerárquico de los funcionarios y empleados a su cargo, con las facultades de superintendencia y disciplinarias que establezca la reglamentación.

Tiene un cuerpo de asesores, al mismo tiempo que también cuenta con defensores generales adjuntos, defensores públicos en cada instancia quienes actúan conforme a la ley orgánica y las instrucciones que se le impartan en caso de ser necesaria.

Los miembros del MPD gozan de la inmunidad de arresto, excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito; en tales supuestos, se dará cuenta al Defensor General de la Nación y al Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados del Ministerio Público de la Defensa, con la información sumaria del hecho.

También están exceptuados como testigos y deben responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes, y no pueden ser perturbados en el ejercicio de sus funciones; y las denuncias contra los que los miembros del MPD sustanciarán ante el Defensor General de la Nación quien tiene la facultad de poner

el hecho en conocimiento de la autoridad judicial competente y requerir las medidas que fuesen necesarias para preservar el normal desempeño de aquellas funciones. Por último, los MPD en el ejercicio de sus funciones no serán condenados en costas en las causas que intervengan, tienen impedido el ejercicio de la profesión y la obligación de informar sobre sus actividades al Defensor general de la Nación.

Se ingresa por concurso público y pueden ser removidos del cargo mediante el enjuiciamiento, de conformidad a lo dispuesto en la ley orgánica del MPD (art 58) por las causas que establece el art 53 de la Constitución Nacional. Este órgano esta compuesto por siete miembros (1) por el Poder Ejecutivo, uno (1) por el Senado de la Nación y uno (1) por el Consejo Interuniversitario Nacional; (2) abogados de la matrícula designados uno por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Dos (2) vocales, que deben ser elegidos por sorteo público entre los Defensores Públicos Oficiales que tengan un rango no menor a Juez de Cámara y tres (3) años de antigüedad en el cargo.

La defensa publica oficial, como la de menores, incapaces, tutores o curadores brinda un servicio calificado, de reconocimiento y prestigio bien merecido por la actividad que desarrolla; a tal punto que en instancia de reclamo ante los organismos internacionales del sistema interamericano ha logrado la satisfacción de derechos de las personas a quienes asiste logrando sentar precedentes aplicables directamente en nuestro país conforme el control de convencionalidad de oficio.

Insistimos en la garantía institucional – como protección de la institución a fin de que la ley orgánica que la regule no la desnaturalice- que, en este caso concreto, con la LOMPD, como diseño legal que satisface el art 120 de la C.N “ en tanto que institución de garantía del derecho a la defensa, representa una de las principales y esenciales respuestas a los principios de igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la defensa en juicio”, que al decir de Ferrajoli pueden sortear “ dos tipos de “desigualdad penal”: a) las desigualdades que tienen su origen inmediato en el derecho penal, y b) las desigualdades que tienen orígenes extrapenales, de tipo económico y social”¹²

También se cumple con los compromisos internacionales que adoptó el Estado nacional respecto al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad,

12. Ferrajoli, Luigui “Entrevistas” en AAVV Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, 1ª ed.-Ed LA LEY Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2008, pág. 78.

como son las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en la ciudad de Brasilia (República Federativa del Brasil) lo que también fluye de los compromisos que surgen de la Carta Democrática de la OEA suscripta en el año 2001.

La Corte IDH afirmó que la defensa pública “debe ser dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”¹³ lo que, en nuestro ámbito, se satisface con el servicio que brinda este órgano.

El Ministerio Público Fiscal: Con la reforma constitucional de 1994 – como parte del Ministerio Público- este organismo, Ministerio público Fiscal adquirió el reconocimiento constitucional que se expresó a través de normas reglamentarias, la ley 24.946 que reglamentó de manera conjunta a ambos ministerios públicos- fiscal y de la defensa- que si bien fue una norma bien estructurada; con detalles precisos de su organización y forma de actuación ante los tribunales para cumplir su misión constitucional se recepta el principio de legalidad procesal al imponer al MPF la obligación de promover la inmediata acción penal al tomar conocimiento de la comisión de un delito y negarle toda posibilidad de disponer de aquella, salvo en los supuestos previstos por la ley (art.40 ley 24.946).

En el año 2015 se sanciona la ley 27.148 – Ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPF en adelante) que se complementa con el diseño adversarial y acusatorio que recepta el nuevo código procesal penal federal (ley 27.063). Por ello es que también se avanzó con la ley 27.149 del MPDF que comentáramos antes.

En el novel diseño la LOMPF pone énfasis en la actividad del Ministerio Público Fiscal para el inicio, mantenimiento y subsistencia de la acción penal; toma en cuenta los derechos de las víctimas y reconoce y permite el acceso a la justicia de los ciudadanos y estimula las salidas alternativas como un espacio de construcción de la paz social.¹⁴

13. Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador.. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C

14. Buigo, Gonzalo “Ministerio Público. Un análisis a partir de los precedentes de la Corte Suprema” Ed Ediciones Didot Bs As. 2022 pag39

EL MPF en la legislación: En franca compatibilidad con el art 120 de la Constitución Nacional, la ley 27.148 en VI títulos y 90 artículos desarrolla: las funciones y los principios generales; la organización, Relaciones con la comunidad; su autarquía financiera y gestión económica y financiera; los integrantes de esta organización estatal; y finalmente las normas de implementación.

Destaca que es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Detalla sus funciones en defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad, con especial detenimiento en materia penal donde establece la atribución de fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública.

En los principios de actuaciones señala la autonomía del órgano y las relaciones con los otros tres poderes públicos, las formas de investigación genérica y en el art 9 detalla los principios de actuación donde se destaca el principio de legalidad y objetividad en su actuación, como además el respeto a los derechos humanos con transparencia y responsabilidad.

Si bien se reconoce la exclusividad y monopolio de la acción penal pública tiene su límite en el principio de legalidad y objetividad pues la conocida fórmula de que el ministerio público no es el dueño sino sólo el representante de la acción pública, cuyo verdadero titular es la sociedad o, si se prefiere, el Estado.

Composición, estructura jerárquica: Este compuesto por: a) Procuración General de la Nación. b) Consejo General del Ministerio Público Fiscal de la Nación. c) Fiscalías de distrito. d) Fiscalías en materia no penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. e) Unidades fiscales de fiscalía de distrito. f) Procuradurías especializadas. g) Unidades fiscales especializadas. h) Direcciones generales; cuya función y misión específica esta detallado en la ley.

Para ser fiscal de la Procuración General de la Nación se requiere ser ciudadano argentino, tener veinticinco (25) años de edad y contar con cuatro (4) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de un cumplimiento, por igual término, de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial, con al menos cuatro (4) años de antigüedad en el título de abogado.

Son electos mediante concurso públicos de antecedentes y oposición de los que surge una terna y de ella será electo uno que propondrá el presidente de la Nación que requiere acuerdo del senado, que requiere mayoría de los miembros presentes. Salvo el caso del procurador general de la Nación que requiere la mayoría especial de los 2/3 de la mayoría del Senado de la Nación para prestar acuerdo a la persona propuesta por el presidente de la república (art 11 LOMPF).

El MPF tiene autarquía financiera y elabora su propio presupuesto.

Los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación no podrán ejercer la abogacía ni la representación de terceros en juicio, salvo en los asuntos propios o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o bien cuando lo hicieren en cumplimiento de un deber legal. Alcanzan a ellos las incompatibilidades que establecen las leyes respecto de los jueces de la Nación.

La remuneración del procurador general de la Nación es similar al que percibe un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Inmunidades y remoción: tienen las mismas inmunidades que las mencionadas anteriormente para el MPD y que son a) la inmunidad de arresto, excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito; b) Estarán exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los tribunales, en cuyo caso deberán responder por escrito. c) No podrán ser perturbados en el ejercicio de sus funciones. d) Los miembros del Ministerio Público Fiscal de la Nación no podrán ser condenados en costas en las causas en que intervengan como tales.

El Procurador General de la Nación solo puede ser removido por las causales y mediante el procedimiento establecidos en los artículos 53 y 59 de la Constitución Nacional. Los magistrados que componen el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrán ser removidos de sus cargos únicamente por el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación, por las causales previstas en la LOMPF.

El Tribunal de Enjuiciamiento estará integrado por siete (7) miembros: 3 vocales, que serán designados uno por el Poder Ejecutivo, otro por la mayoría de la Cámara de Senadores y otro por el Consejo Interuniversitario Nacional. A su vez 2) abogados de la matrícula que serán designados 1 por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y otro por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Los otros dos (2) vocales deberán ser elegidos por sorteo entre los magistrados del Ministerio Público Fiscal de la Nación, uno entre los fiscales generales y otro entre los fiscales.

Las faltas que no constituyan causales de remoción tienen un procedimiento de evaluación de la conducta para una eventual sanción prevista también en la LOMPF.

En ambos casos se garantiza el derecho de defensa y las reglas del debido proceso de las garantías constitucionales para los encausados en juicio conforme la reglamentación específica.

En esta cuestión es relevante señalar que la Corte Interamericana de Derechos humanos¹⁵ extendió la garantía reforzada de estabilidad en el cargo – propio de los jueces- es extensible a los fiscales, señalando que “garantía de estabilidad e inamovilidad de juezas y jueces, dirigida a salvaguardar su independencia, resulta aplicable a las y los fiscales en razón de la naturaleza de las funciones que ejercen. De otro modo, se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que son exigibles en su función como principios dirigidos a asegurar que las investigaciones efectuadas y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a la realización de la justicia en el caso concreto, en coherencia con los alcances del artículo 8 de la Convención Americana “ aun para los fiscales designados de manera provisoria pues “...mientras ejercen el cargo, deben contar con las mismas garantías que quienes son de carrera, en tanto sus funciones son idénticas y necesitan de igual protección ante las presiones externas. Por consiguiente, la Corte precisó que la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder a las causales legalmente previstas, sean estas (i) por el acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del o la fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión...”

15. Corte IDH caso Casa Nina Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2020

Toda designación provisoria debe tener las debidas garantías respecto de la duración, forma de actuación etc. “también debe especificar alguna condición resolutoria que determinará la terminación del nombramiento, así como para dar por concluida la designación de manera discrecional.”

Se hizo hincapié en resguardar las garantías que deben respetarse en todo proceso disciplinario sancionador, pues el Estado debe adoptar decisiones que garanticen la inamovilidad de jueces y fiscales como una forma de garantizar la independencia judicial y el principio de legalidad.

La forma de actuación en juicio y la garantía del principio de legalidad. Destacamos que el art 9 de la LOMPF reconoce- y obliga- a seguir principios en el accionar de este ministerio como son a) Unidad de actuación; b) Organización dinámica; c) Respeto por los derechos humanos; d) Objetividad; e) Gestión de los conflictos; f) Orientación a la víctima; g) Accesibilidad y gratuidad; h) Eficiencia y desformalización; i) Transparencia; j) Responsabilidad.

Va de suyo entonces que siendo titular de la acción penal y perseguir el delito no lo transforma en un acusador a ultranza sino un celoso custodio del principio de legalidad, lo que fuera reconocido desde antaño por la mejor jurisprudencia de nuestros tribunales.

Tampoco le exime de responsabilidad penal por delitos que puede cometer en el ejercicio de la función como ser abuso de autoridad, falsedad ideológica de documentos, falsa denuncia o prevaricato del fiscal entre tantos delitos que recepta el código penal (ver los arts. 248, 245, 293, 272 del CP entre tantos)

Ello encuentra fundamento en que, como todo funcionario público, tiene la obligación de fundamentar sus decisiones, cuando acusa como cuando desincrimina, con las presentaciones que realiza, máxime en proceso judicial como lo obliga el art 33 de la Constitución Nacional por lo que esto fue reconocido de antaño, aun cuando la reforma constitucional de 1994 no se habría producido.

Esto fue clave siempre para separar – la siempre difícil – funciones del rol del fiscal y del juez pues es claro que el proceso tiene que contar con un órgano que acusa, el órgano o la persona que se defiende, y un juez imparcial que resuelve.

La jurisprudencia de la Corte Suprema y el rol del fiscal: *La acción penal corresponde al ofendido y nunca al juez.* Este órgano imparcial dejaría de ser tal si se convirtiera en parte interesada. Cuando la acción penal es privada, como en el caso del delito de injuria, sólo la persona ofendida puede ejercitarla. Y cuando es pública, es decir, cuando el ofendido es el pueblo o el Estado sólo debe ejercitarla quien tenga encargo especial de la ley para ello. Los jueces no representan al pueblo o al Estado, para este objeto. Mantener el orden o la paz y vigilar el cumplimiento de las leyes de que la paz y el orden dependan es función administrativa y no judicial” (Fallos, t. 135, p. 31).

La Corte desde antaño tiene establecido en reiterada jurisprudencia que la garantía de la defensa en juicio requiere que en todo juicio penal exista una acusación, una defensa, prueba y sentencia. Si faltara la acusación o pretensión penal en la instancia de alzada, mal podía entonces haber defensa.

En otro fallo paradigmático¹⁶ sostuvo “...que sin acusación no puede haber proceso ni condena. Si el agente fiscal opina que no cabe abrir el proceso contradictorio y coincide el juez o, en caso de disentir éste, el fiscal de cámara acompaña al agente fiscal, el juez está obligado a dictar sobreseimiento (arts. 460 y 461). Ya el art. 2º de la ley 27 señalaba que la justicia nacional nunca procede de oficio...” fallos 234:270

Ante la falta de precisión de la normativa aplicable y el rol del fiscal en juicio marco el diseño constitucional para garantizar el debido proceso.

Mas tarde la CSJN en Llerena” Fallos: 328:1491 reconoció que la defensora de Horacio Luis Llerena fundó su temor de parcialidad, puesto que en contravención con el principio acusatorio de división de funciones, la jueza interviniente había ejercido actividades instructoras que pudieron haber afectado objetivamente su ajenidad con el caso, y de manera subsidiaria solicitaba se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 88 de la Ley N° 24.121 el cual había suprimido el originario inc. 1º, del art.55 del CPPN; la cláusula editada preveía expresamente, según la recurrente, la causal invocada en su recusación. La posibilidad reseñada borra los límites entre la denominada “imparcialidad objetiva” y, su complemento, la “imparcialidad subjetiva” puesto que, de esta manera, el juez deja de ser un tercero ajeno al con-

16. Gómez, Mario S. Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Penal y Procesal Penal - Director: Andrés José D'Alessio - Editorial LA LEY, 2005, 353, con nota de Fernando Manzanares

flicto y pasa a tener un interés en el resultado del juicio: el de ocultar los posibles defectos de la instrucción que él mismo realizó. (consid. 39 voto del juez Petracchi).

Así, Obarrio advertía ya acerca del peligro que genera que sea un mismo juez quien dirija la marcha del sumario y, luego, deba encargarse de su fallo, puesto que ese juez “está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que puedan impedirle discernir con recto criterio de justicia”

En el fallo Quiroga¹⁷ la CSJN sostuvo que “Permitir que el órgano encargado de dirimir el pleito se involucre con la función requirente, que exclusivamente se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, deriva necesariamente en la pérdida de toda posibilidad de garantizar al imputado un proceso juzgado por un órgano imparcial que se encuentre totalmente ajeno a la imputación. Se lesiona, así, la garantía de imparcialidad y defensa en juicio, pero también se desconoce la “autonomía funcional” del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado (arts. 120 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 24.946)”.

“Que cabe tener en cuenta que a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las “partes” en la relación “triangular” en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tienen el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado”¹⁸

Como se advertirá la CSJN aun sin la clara prescripción que hoy cuenta el funcionamiento del MPF conforme la ley orgánica que señaláramos antes, pudo precisar con claridad el funcionamiento del fiscal conforme el art 120 de la Constitución Nacional y exhorto indirectamente al dictado de una norma conforme a tal mandato, lo que finalmente se hizo en el año 2015.

También podemos citar como normas de actuación las Normas de Responsabilidad Profesional y Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales de los Fiscales aprobadas -el 23 de abril de 1999- por la Asociación Internacional de Fiscales.

17. Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”, Fallos 327:5863

18. Razonamiento 30º del voto del Juez Maqueda en el fallo de la CSJN, del 23 de diciembre de 2004: “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N.º 4302”, Fallos 327:5863.

Asimismo, la Carta de Principios Éticos de los Ministerios Públicos Iberoamericanos dispone: “Tendrá en cuenta todas aquellas circunstancias relevantes para alcanzar un dictamen o decisión justa y equitativa en el marco de la buena fe y la legalidad. Examinará las circunstancias con incidencia sobre las y los justiciables, tomando en consideración tanto las que puedan serles favorables como desfavorables”.

Este principio general de derecho, ha tenido recepción normativa en el artículo 9° de la Ley 27.148: “Principios funcionales. El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejercerá sus funciones de acuerdo con los siguientes principios: ... d) Objetividad: requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado”

En palabras de la CSJN es válido recordar que dentro del sistema republicano de gobierno ningún funcionario del Estado es dueño o árbitro de los intereses que le son confiados. Todos son mandatarios del pueblo, que les señala su cometido a través de leyes a las que deben sujetar su actuación. Si no lo hacen son pasibles de un juicio de responsabilidad, como todo mandatario que no cumple en formación su cometido.

En armonía con los avances realizados cabe señalar que el avance legislativo se advierte con la modificación de la ley 27.063 – código procesal penal federal – que aun no se aplica en todo el país producido por la ley 27482 donde se sustituye el nombre por el del código procesal penal Federal y se introducen modificaciones tales como el Artículo 88.- Funciones. El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes.

Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación. Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones. Todas las dependencias públicas estatales están obligadas a proporcionar colaboración pronta, eficaz y completa a los requerimientos que formule el representante del Ministerio Público Fiscal en cumplimiento de sus funciones, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades previstas en la ley.

La distribución de las funciones de los miembros del Ministerio Público Fiscal se realizará de conformidad a las normas que regulan su ejercicio, procurando la especialización de la investigación y persecución penal mediante fiscalías temáticas.

Para el más adecuado cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Público Fiscal de la Nación promoverá una amplia coordinación y actuación conjunta con los Ministerios Públicos Fiscales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la celebración de los respectivos convenios.

Incorpora el art 88 bis. Principios de actuación. El representante del Ministerio Público Fiscal, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal.

Conforme al principio de objetividad, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado.

De acuerdo al principio de lealtad procesal, el representante del Ministerio Público Fiscal estará obligado a exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

El diseño normativo y la jurisprudencia ya receptada nos brinda un panorama alentador pues la distancia entre la normatividad y normalidad es estrecha y se advierte una plena compatibilidad entre el mandato constitucional y la praxis.



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

Sección 4: El Ministerio Público Fiscal

**Facultades recursivas
del Ministerio Público
Fiscal en defensa de
los derechos de las
víctimas**

Federico Nicolás de Florio

Facultades recursivas del Ministerio Público Fiscal en defensa de los derechos de las víctimas¹

Por Federico Nicolás de Florio

A mi compañera, Carla Alvero.

1. TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN

Siempre es un buen ejercicio leer la Constitución Nacional y, en palabras de su último intérprete, “(...) el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (confr. Arg CSJN Fallos: 262:60; 308:1745; 327:4241, entre otros)”²

Bajo esa línea, la Real Academia Española define a la impugnación como “combatir, contradecir, refutar” y, en una segunda acepción, directamente como “interponer un recurso contra una resolución judicial”.

Sin dudas, se trata de una palabra cuyo significado fue apropiado por el Derecho. Primero, porque supone una de las actividades más importantes del derecho procesal-constitucional pero también porque es síntoma de la existencia de un estado de derecho que garantiza uno de los más básicos derechos constitucionales: la revisión de la decisión de autoridad.

1. Federico Nicolás De Florio (maestrando en Criminología, Especialista en Derecho Penal y Criminología, Diplomado Internacional en Delitos de Corrupción Pública y Privada, abogado con orientación en Derecho Penal, docente de grado y posgrado (UBA, UNLZ, UMSA, IUPFA), disertante y autor de numerosas obras y artículos vinculados al derecho penal y procesal penal, miembro asesor de la Comisión Reformadora del Código Penal de la Nación (2024) y Secretario de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal.

2. Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) vs. Poder Ejecutivo Nacional s. Acción de amparo Ley 26855 - Medida cautelar, CSJN, 18/06/2013, Rubinzal Online, R.369.XLIX, RC J 11263/13, considerando 17.

En otras palabras, impugnar supone disentir o agravarse de una decisión de autoridad. Entonces, ensayando una primera aproximación al término, podemos afirmar que *la impugnación es una herramienta procesal útil ejercitable en el marco de relaciones desiguales de poder*.³ A través de su articulación, se busca conmover-revertir una decisión de autoridad pública, principalmente cuando ésta ejercita la función administrativa o judicial.

El ejercicio de la impugnación también supone la preexistencia de normas que la habiliten, básicamente leyes o reglamentos administrativos. De ahí que una de las características más relevantes de los medios de impugnación es que sean taxativos, expresos y de origen normativo.

Otra cuestión no menor que subyace a este análisis es la necesaria vigencia del estado de derecho. Al menos en abstracto, desde el diseño constitucional, podemos afirmar que, si hay derecho a la impugnación, es decir a la posibilidad de cuestionar una decisión y habilitar una instancia de revisión, es porque también coexiste una autolimitación del Estado en contraposición a modelos autoritarios- totalitarios.

Esa característica, si bien es nítida en el proceso penal, es perfectamente aplicable en todo el derecho administrativo y también en el derecho privado aunque con alcances y matices distintos. Empero, en todos los casos, supone poner en crisis una decisión de autoridad.

Bajo tales parámetros, la impugnación se trata de un mecanismo (o herramienta) de origen legal, propio del estado de derecho, que permite a las partes revisar, volver a juzgar, una decisión de autoridad competente perjudicial (agravio) o que por su mera existencia genere disenso jurídico (arbitrario- irracional).

Aclaro que el término *disenso* aquí utilizado debe ser asimilado a la discordia jurídica que genera una decisión irrazonable de autoridad y, entonces, a la exigencia de restaurar el orden ético (lógico) con el que debe ejercitarse la actividad estatal. Es por ello, entonces, la posibilidad de cuestionar lo irracional, lo arbitrario, lo disfuncional. En estos casos, la legitimación activa tiende a ser más amplia pues existen mayores bienes jurídicos en juego que deben ser preservados, en este punto la actividad del

3. Basílico R. y De Florio, F. en “Impugnaciones y recursos en el proceso penal, herramientas jurídicas actuales”, Ediciones DyD, 2024, pg. 49

Ministerio Público Fiscal deviene esencial como garante de la legalidad procesal y de las disposiciones de orden público-constitucional.

Para finalizar, debemos actualizar que todo estado de concepción liberal se edificó en la protección de la libertad y de la propiedad privada. Esa es la razón por la que sólo los integrantes del Poder Judicial, a través de un proceso que garantice el binomio impugnación-revisión, pueden limitarlos o cercenarlos legítimamente.

2. FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD IMPUGNATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En el punto anterior, resumidamente, se definió a la impugnación como una herramienta legal del estado de derecho que tienen las *personas* para cuestionar una decisión de autoridad.

Nos ocuparemos ahora de dar algunos lineamientos respecto al fundamento de la actividad impugnativa; ello supone: a) que la autoridad es -por ahora⁴- persona humana y que por ello es falible; b) que la decisión no tomó en cuenta ciertas cuestiones planteadas en el proceso⁵; c) y, la más importante, que existe un principio republicano y que por ello las decisiones de una función estatal son susceptibles de ser controladas (por otro poder), revisadas y revocadas.

Este último fundamento tiene realidad cuando los representantes del Ministerio Público Fiscal o de la Defensa son quienes articulan un recurso o impugnación contra una decisión judicial.

Por lo tanto, sin miedo a equivocarme, uno de los fundamentos constitucionales de la actividad impugnatoria del Ministerio Público Fiscal es el principio republicano, la división de poderes y el control recíproco de las funciones del Estado. Bajo esa fórmula de antaño conocimiento, podemos sostener que el Poder Judicial es controlado por el Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN), manteniéndose incólume la idea conceptual de frenos y contrapesos.

4. La inteligencia artificial quizá permita la supresión de este fundamento.

5. aquí incluimos errores o agravios de hecho, prueba y derecho.

Y debemos sostener, y animarnos a pensar definitivamente, que el Ministerio Público, a partir de 1994, es un poder más, como el ejecutivo, legislativo y judicial. Así lo creo porque así lo quiso el constituyente al insertarlo en un nuevo capítulo -aparte- de la Constitución Federal. También porque en esa oportunidad le asignaron su función constitucional al establecer que *“tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad”*.

En ese punto, la provincia de Buenos Aires tiene una profunda deuda en su redacción constitucional ya que si bien al definir al Poder Judicial no lo incluye en el artículo 160 -posible pista de que tenga una función distinta- tampoco le dio una definición clara como lo hizo el constituyente federal. Más allá de ello, entiendo que la conformación del Ministerio Público como órgano constitucional diferenciado es lo que permite sin hesitación alguna la plena vigencia del sistema acusatorio en el proceso penal.

Cualquier sistema penal que se considere “de corte acusatorio” debe tener una clara diferenciación entre la función requirente de la decisoria, el acto de acusación y el acto jurisdiccional.

Bajo tales premisas, y en palabras del distinguido fiscal y profesor Marcelo Solimine, *“es claro que el fundamento del recurso conferido al Ministerio Público Fiscal no puede ser el de una garantía procesal; pues ellas están previstas para amparar a los ciudadanos contra el poder del Estado y no en favor de éste o de sus representantes -como resulta ser, precisamente, el fiscal⁶”*.

Su fundamento constitucional es la república, la división de poderes y su misión legal.

3. LA GARANTÍA DE DOBLE INSTANCIA Y EL FALLO CSJN ARCE. EL ESTÁNDAR DEL DOBLE CONFORME

Las garantías procesales -como tales- están previstas para proteger a los ciudadanos contra el poder [punitivo y de policía] del Estado y no a favor de éste o de sus

6. Solimine Marcelo y Pirozzo J, “Recursos y otros medios para el control de las decisiones de jueces y fiscales” Editorial Ad-Hoc, 2008, pg. 42

representantes.⁷

En esa línea, Maier ha llegado a sostener que *“la Convención regional no se propone -ni se puede proponer- ‘defender’ al Estado sino, por lo contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en muchos fallos, incluida nuestra Corte Suprema, representa una verdadera hipocresía”*⁸

De esta manera, como dijimos, el fundamento para sostener la actividad impugnativa del Ministerio Público en el proceso penal es el control que de los actos del Estado -en este caso, del Poder Judicial-, debe existir en un régimen republicano -concebido como un sistema de frenos y contrapesos.

Fue en “Arce” cuando la Corte Suprema le negó al Ministerio Público Fiscal el derecho constitucional al recurso, sosteniendo la constitucionalidad de los límites objetivos para la articulación del recurso de casación en el Código Procesal Penal de la Nación.

El fiscal, entonces, debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede, esto es, debe demostrar que se ha afectado la validez de otras normas constitucionales.⁹ De ahí que se afirme que su potestad de impugnación tenga base legal, pero también, desde esta arista, constitucional como mecanismo de control del sistema republicano de gobierno.

Estamos de acuerdo que no puede afirmarse que tenga derecho a la doble instancia. En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, entre otras garantías mínimas (Artículo 8.2.h). En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prevé que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo con-

7. “...las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes...”, CSJN, Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, 14/10/1997.

8. MAIER, Julio. “El recurso del condenado contra la sentencia de condena ¿una garantía procesal?”. En: AA. VV. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 412.

9. CSJN, Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, 14/10/1997.

denatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (Artículo 14.5).

Conforme la redacción de ambas normas con jerarquía constitucional surge claro que la garantía de doble instancia ampara centralmente al imputado; es decir a la persona humana que soporta el poder punitivo estatal.

La sentencia más significativa de la Corte Interamericana en materia de doble instancia es la del caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, de fecha 2 de julio de 2004. Allí el tribunal internacional que “...el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona” (párrafo 158).

A nivel nacional, cabe traer a colación lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Girolodi”¹⁰, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2 del CPPN, que habilitaba el recurso de casación contra la sentencia condenatoria “a más de tres años de prisión”. En ese precedente, con acierto, la defensa fundó su postura en que la sentencia condenatoria violaba la garantía de la defensa en juicio y que la limitación objetiva en cuestión contrariaba lo dispuesto en el art. 8.2.h) de la CADH, la cual otorga a toda persona inculpada de delito el derecho “...de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior”. Para el imputado no hay (o no debiera haber) límites objetivos para recurrir.

Dos años más tarde, el Máximo Tribunal zanjó cualquier tipo de duda sobre si la garantía de doble instancia amparaba también al Ministerio Público Fiscal en el caso “Arce”¹¹. En concreto, ya mencionamos que se resolvió que la garantía de la doble instancia tiene por objeto proteger los derechos humanos de las personas y no los intereses del Estado en la persecución penal, por lo que la vía recursiva para el Mi-

10. CSJN, Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, 7/04/1995.

11. CSJN, Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, 14/10/1997.

nisterio Público no encontraría fundamento en el derecho de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, a diferencia de toda persona inculpada de un delito (doctrina de “Girolodi”).

En base a ello, cabe concluir que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario de la garantía de doble instancia, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.

Explicó que las partes en el proceso penal “...no persiguen intereses iguales (...) Ello deriva del carácter público de la pretensión que persigue el Ministerio Público, la cual muchas veces puede coincidir con el interés particular del imputado, pues su función es la reconstrucción del orden jurídico alterado”.

Sobre este punto, aclaró que el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución tampoco se veía vulnerado, desde que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley hace referencia a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos. De tal forma, la diferencia establecida a favor del imputado debía entenderse como la voluntad del legislador de rodear a este sujeto de las mayores garantías.

Quedó claro entonces que el Ministerio Público Fiscal no tiene derecho constitucional a la doble instancia.

Llegado a este punto, debo efectuar una precisión: doble conforme naturalmente incluye la doble instancia pues aquel necesita la intervención de otro órgano, pero el contenido de la resolución debe ser uniforme a la decisión revisada. Es decir, dos órganos diciendo lo mismo. Este es el verdadero derecho consagrado en los artículos 8, inc. 2, ap. h) de la CADH y 14, inc. 5 del PIDCP.

Matemáticamente, la garantía del doble conforme sólo encuentra vigencia cuando dos tribunales resuelven el caso de la misma manera: el tribunal “A” condena a “x” y el tribunal de revisión “B” confirma la condena dispuesta por el tribunal “A” sobre “x”; una fórmula distinta importará una inobservancia a los artículos 8, inc. 2, ap. h) de la CADH y 14, inc. 5 del PIDCP.

Al respecto, en el caso “Mohamed vs. Argentina”¹², la Corte IDH sostuvo: “97. El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. 98. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado”.

De esta forma, el estándar del Sistema Interamericano no se satisface con la denominada doble instancia sino con la doble conformidad.

A nivel interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que no se satisfacía el estándar internacional del *doble conforme* en el caso de que la imputada haya sido absuelta en primera instancia y condenada en segunda instancia por la Cámara Federal de Casación Penal, dado que el único recurso con el que dispuso consistía en el recurso extraordinario federal y “...el escaso margen revisor que tiene esta Corte mediante el recurso extraordinario federal, dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional (...) Así, el recurso extraordinario federal no cumpliría con la exigencia convencional tal como advierte la propia Corte Interamericana en el párrafo 104 del caso 11.618 ‘Mohamed vs. Argentina’ que dice: ‘...el recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento procesal argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como el derecho de naturaleza jurídica no constitucional’”¹³.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Mohamed Vs. Argentina”, Sentencia de 23 de Noviembre de 2018.

13. CSJN, “Duarte Felicia s/ recurso de casación”, 8/8/2014.

4. EL PARADIGMA VICTIMOLÓGICO. FALLO JURI Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La criminología es la ciencia que describe los modelos o paradigmas en los que se asienta la legislación y acción penal en un determinado momento, de allí su importancia a la hora de entender y comprender ciertos procesos jurídicos, históricos y sociológicos.

Tradicionalmente, el protagonista del derecho criminal era el imputado, todas las escuelas criminológicas esbozaron teorías sobre la cuestión criminal, explicando por qué las personas delinquen. En esa línea de análisis, los procesos penales se constituyeron como ritos tendientes a la corrección conductiva del individuo, los códigos procesales de corte inquisitivo son el fiel reflejo de esa manera de abordar el delito.

A mi modo de ver, la provincia de Buenos Aires estuvo siempre a la vanguardia en respecto a lo que ocurría a nivel federal, primero por asegurar la tutela judicial efectiva como garantía constitucional, luego por reconocer a la víctima como coprotagonista procesal y, finalmente, por haber sancionado un Código Procesal que aborda al delito como un conflicto de partes que debe ser gestionado a través del paradigma acusatorio.

*La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial (...)*¹⁴

La víctima es la persona que padece la violencia a través del comportamiento del o de los individuos que transgreden las leyes de su sociedad y cultura.¹⁵ La víctima sufre de varias maneras, física, psíquica, simbólica, económica y socialmente a consecuencia de la **agresión** o agresiones a las que es sometida.

La Provincia de Buenos Aires, el 18 de enero de 2021 sancionó la ley N° 15.232 que reconoce y garantiza los derechos de las víctimas de delitos y violación de los De-

14. Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

15. MARCHIORI, Hilda “La Víctima del Delito”, pág. 17, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 2009.

rechos Humanos, modificando los artículos del Código Procesal Penal, la Ley 12.256 de Ejecución Penal y la Ley 13.634 de Responsabilidad Penal Juvenil¹⁶; con el objeto de adecuar la normativa provincial a lo dispuesto por la ley N° 27.372 de “Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”.

En esa oportunidad, se introdujo como objetivo reconocer especialmente el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación por los ofensores, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por Ley Nacional, la Constitución Provincial y los ordenamientos locales.

La citada reforma legislativa deviene de la mera adecuación a la normativa interna de lo establecido por los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inciso 22 de la C.N.

La “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (C.A.D.H.) establece en su artículo 8.1. las garantías judiciales, afirmando que: *“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”*. Aquel instrumento dispone en su artículo 25 la amplitud de la protección judicial a toda persona que quiera interponer un recurso ante los jueces y/o tribunales competentes.

Por su parte, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (P.I.D.C.P.) establece en el artículo 14.1 que: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.

¹⁶. Ley N° 15.232 - B.O. 18 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-15232-123456789-0abc-defg-232-5100bvorpyel/actualización>.

Por otra parte, a guisa de ejemplo, nuestro Estado Nacional ha asumido diversas responsabilidades internacionales en materia de protección de la víctima, establecidas en la “Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer” (CEDAW)¹⁷, Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁸, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará)¹⁹ y Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁰.

Entonces, como podemos apreciar, la tutela judicial efectiva de los derechos y su debido proceso encuentran una especial regulación y desarrollo en el Sistema Interamericano, conformando dos dimensiones de un mismo plan o sistema de pautas supranacionales que contienen el conjunto de reglas que deben respetarse en los sistemas de justicia internos de los Estados, de modo que su funcionamiento resulte compatible con los estándares internacionales.

Esto significa que, frente a un derecho, debe existir un mecanismo para garantizar su tutela efectiva frente a una amenaza o su afectación, ese es el alcance del compromiso internacional asumido por los Estados cuando suscribieron la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos sobre derechos humanos con dispositivos similares. Ese lugar debe ser ocupado por el Ministerio Público Fiscal.

Entre las múltiples normas establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) a los efectos de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación, el artículo 25.1 prevé que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

17. Asamblea General de las Naciones Unidas (Res. 34/180), 18 de diciembre de 1979; adoptada por la República Argentina mediante la ley N° 23.179 el 27 de mayo de 1985.

18. Asamblea General de las Naciones Unidas (Res. 44/25), 20 de noviembre de 1989; adoptada por la República Argentina mediante la ley N° 23.849 el 16 de octubre de 1990.

19. Adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994; adoptada por la República Argentina mediante la sanción de la ley N° 24.632 el 1° de abril de 1996.

20. Adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015; adoptada por la República Argentina mediante la sanción de la ley 27.360 (publicada en el B.O. el 31 de mayo de 2017).

La Convención extiende la protección a los derechos reconocidos en la Constitución y la ley, es decir, no la limita únicamente para aquéllos que emergen de su propio articulado. En tal contexto, al interpretar los alcances de la norma, la Corte IDH sostuvo en el caso “Caso Yatama Vs. Nicaragua”²¹ que *“la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”* (párrafo 167).

En sintonía, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que cada uno de los Estados Parte se compromete a garantizar que toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Artículo 2.3.a).

También se deriva del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que prescribe que 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. Esta norma se ve también replicada en los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El derecho a ser oído, al acceso a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva forma parte del engranaje que persigue garantizar la efectiva vigencia de los derechos a

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Yatama Vs. Nicaragua”, Sentencia de 23 de Junio de 2005.

través de los mecanismos judiciales o de otra naturaleza que sirvan para tutelar los derechos reconocidos en las jurisdicciones internas e internacionales.

Involucra el acceso a la justicia en sentido formal y la obtención de la justicia material. Implica la posibilidad cierta de que las personas puedan recurrir ante los órganos del Estado que resulten competentes para adoptar una decisión que pueda afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer una o más pretensiones, y explicar las razones que sostienen su postura.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a delinear esta garantía en el fallo Santillán²² al exponer la posibilidad de acusación exclusiva en cabeza del querellante. Allí se reconoció la autonomía de la querella al considerar que sostener que era insuficiente la acusación en solitario del querellante a los fines de dictar una condena era violatorio del *derecho a la jurisdicción*, que se encuentra consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de recurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él una sentencia útil y relativa a los derechos de los litigantes, es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así delimitado, el derecho a la jurisdicción no puede ser considerado como un simple acceso a la justicia -la potestad de llevar el caso a los tribunales- sino con interés en que ese caso sea tratado adecuadamente; es decir, que se resuelva con justicia. Frente a ello, parece más clara la fórmula *tutela judicial efectiva* para representar su correcta dimensión. Tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta (seria, plena, razonada, y motivada) a las pretensiones planteadas y no manifiestamente arbitraria ni irrazonable. Se configura como garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables²³.

22. CSJN, Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación, 12/08/1998.

23. Solimine M, ob cit, pg. 30 y ss

Esto de ningún modo puede interpretarse como que existe un derecho constitucional al castigo o a la sentencia condenatoria; la tutela judicial efectiva sólo puede reflejarse como el derecho a acceder a la jurisdicción y exigir una investigación penal seria.

Años más tarde, la Corte Suprema amplió el concepto en el fallo Juri²⁴ motivada, quizá, en los principios de progresividad, irreversibilidad e interacción entre derecho interno e internacional que rigen en materia de derechos humanos.

En su fallo, la Corte sostuvo que la decisión del tribunal *a quo* “...se revela como un proceder claramente arbitrario en la medida en que se sustenta en una interpretación forjada al margen del texto legal y en función de la cual se produce el indebido cercenamiento del derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante a partir de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8, ap. 1° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -más allá de que el recurrente haya pretendido fundar la inconstitucionalidad de los límites aludidos en la disposición del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).”

Esta legislación y fallos de la Corte evidenciaron el cambio de paradigma criminológico, orientado a la víctima y a sus derechos.

Es innegable el protagonismo que la víctima ha ido cobrando en el último tiempo con la sanción de distintas leyes que, en mayor o menor medida, le fueron reconociendo derechos en el marco de un proceso penal que -ahora- tiende al equilibrio entre las partes. Entre las más recientes, la Ley n° 27.372 de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, que patentizó el cambio de paradigma sobre el rol de las personas que atraviesan un delito y las puso en el centro, con una perspectiva en derechos humanos.

Tampoco podemos soslayar la relevancia asignada a la víctima en el nuevo Código Procesal Penal Federal cuya aplicación continua siendo un desafío, pero que incluso prevé en su artículo 33 que, a pedido de la víctima, la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada si se aplicara un criterio de oportunidad, si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de

24. CSJN, *Juri*, Carlos Alberto s/ homicidio culposo, 27/12/2006.

la investigación preparatoria, o si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

La norma también recoge el concepto de víctima establecido en el artículo 2° de la ley 27.372, que considera víctima a la persona ofendida directamente por el delito o al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Es claro que, a la fecha, el campo conceptual se ha ido amplificando, por lo que víctima es todo aquél que, individual o colectivamente, ha sufrido daños, lesiones, pérdida financiera o cualquier menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.

Lo dicho hasta ahora permite sostener que en materia de recursos rige el principio de bilateralidad, es decir, tanto imputado como víctima tienen derecho constitucional al recurso. El fundamento de la actividad impugnativa del imputado es la garantía de doble instancia -teniendo en cuenta el estándar de doble conforme- mientras que el de la víctima es la tutela judicial efectiva. Dos garantías distintas para abordar los derechos de los dos protagonistas principales del proceso penal.

También quedó claro que el fiscal no detenta derecho constitucional al recurso y que su participación en el proceso está dada por el principio republicano y limitado por normativa infra constitucional.

5. EL FISCAL TIENE FACULTAD RECURSIVA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

A lo largo de esta breve exposición sostuve que:

1) la impugnación se trata de un mecanismo (o herramienta) de origen legal, propio del estado de derecho, que permite a las partes revisar, volver a juzgar, una decisión de autoridad competente perjudicial (agravio) o que por su mera existencia genere disenso jurídico (arbitrario- irracional).

2) el fundamento de la actividad recursiva del Ministerio Público Fiscal tiene basamento constitucional si se lo aborda como una actividad de control de los actos de gobierno en un sistema republicano.

3) la misión del Ministerio Público Fiscal, al igual que en el plano federal, es *[Actuar] 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*²⁵.

4) a través del derecho internacional y de los aportes del paradigma victimológico, la víctima del delito tiene derecho constitucional al recurso por tutela judicial efectiva.

Entonces, bajo tales premisas, en el nuevo paradigma criminológico que reincorporó a la víctima en el proceso penal a través de la interpretación de normativa con jerarquía constitucional, es razonable que el Estado proteja y preserve los derechos reconocidos por tales instrumentos. Y en ese sentido, el representante del Ministerio Público Fiscal parece el agente estatal más adecuado e idóneo a velar por ello.

Primero, porque así manda su ley orgánica: no hay interés social más importante que el cumplimiento de las leyes que regulan la vida, conducta y derechos de las personas que viven en sociedad como así también de los valores jurídicos que ellas contengan.

Segundo, porque el Ministerio Público Fiscal tiene una función distinta a la de los tribunales y su actividad recursiva como mecanismo de control de la actividad judicial permite mantener la vigencia de los intereses generales de la sociedad, de las leyes y de los derechos reconocidos por ellos. Será una importante tarea reflexionar sobre una eventual reforma constitucional que defina el rol y la importancia institucional que debe tener el Ministerio Público como un extra poder.

Tercero, porque esta interpretación no supone admitir recurso alguno en favor de la pretensión del Estado sino de la víctima de un delito que no se constituyó como parte querellante o particular damnificado. Se trata de una representación promiscua del Ministerio Fiscal en la preservación y cuidado de los derechos de las víctimas de

25. Artículo 1 de la Ley provincial 14442, Ley orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

un delito, de sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la vigencia de las normas constitucionales y comunes que reconocieron tales derechos.

Incluso, esta capacidad recursiva en los términos apuntados garantiza el acceso a la jurisdicción de revisión en aquellos casos en que la víctima no tenga los recursos para contratar los servicios de un profesional, dándole realidad efectiva a un derecho.

Por último, y como afirma Binder, este progresivo reconocimiento ha encontrado un escollo principal en la cultura predominante dentro del Ministerio Público, que le cuesta entender que su trabajo tiene una directa relación con la preservación de los intereses de la víctima, por más que ello se haga mediante reglas específicas y compromisos particulares. Se ha entendido, de un modo equivocado, que el principio de objetividad, es decir, la necesaria racionalización, apego a la ley y búsqueda de minimización del ejercicio del poder penal, implicaba desconocer el compromiso con los intereses de la víctima. Aquí se entrecruzan dos tradiciones no siempre explícitas, presentes desde la fundación moderna del Ministerio Público. Por una parte, el Ministerio Público como defensor de los intereses del Estado, en la vieja tradición del Procurador del Rey; en la otra, el Ministerio Público como defensor de los intereses sociales, vinculado a los diversos intereses que conforman el entramado social.²⁶

Con ello quiero decir que toda posición jurídica se trata de un hecho cultural, de un hecho social, del famoso “*siempre se hizo así*”. Por esa razón deviene vital la capacitación permanente de los operadores y la existencia de estas obras que nos permitan reflexionar desde nuestros lugares y funciones, proyectando un proceso más cerca de la Constitución, más justo.

Por todas esas razones es que entiendo que el Ministerio Público Fiscal, en su carácter de representante de los intereses generales de la sociedad y de la legalidad procesal, en ejercicio de su amplia y plena legitimación, tiene el deber de promover la actividad recursiva en favor del derecho de las víctimas, personas humanas que tienen reconocido su derecho de acceso a la jurisdicción de revisión por la garantía de tutela judicial efectiva.

26. Binder, Alberto “Modelos de relaciones entre el Ministerio Público y las víctimas”, doctrina, publicaciones Ad-Hoc, Texto para conferencias y presentaciones orales realizadas en diversas ocasiones e instituciones, tanto en la Argentina, como en Chile y Perú (2015/6). También puede encontrarse en Binder, Alberto M.: *Contra la inquisición*, t. 3, Ad-Hoc, Buenos Aires (en prensa).



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

Derechos del acusado en los Juicios por Jurados: especial análisis sobre los recursos e impugnaciones

María Laura E. D'Gregorio

Derechos del acusado en los Juicios por Jurados: especial análisis sobre los recursos e impugnaciones.

Por María Laura E. D'Gregorio¹

1. INTRODUCCIÓN

Resulta necesario, previo a efectuar el especial análisis sobre los recursos e impugnaciones en el procedimiento de juicio por jurados, abordar las cualidades que distinguen a los veredictos dictados por los jueces profesionales de aquellos emanados de ciudadanos legos.

En el primer supuesto, el veredicto debe contener una motivación expresa, en virtud de que los jueces como integrantes de un Poder del Estado, en un sistema republicano de gobierno, deben rendir cuenta de sus decisiones. El deber de motivación de este modo, se erige como una garantía vinculada a la correcta administración de justicia, reconocida como implícita en la garantía del debido proceso consagrada en la Convenciones internacionales sobre derechos humanos y en los textos constitucionales, evitando así la arbitrariedad de las decisiones y permitiendo a su vez, en aquellos supuestos en que la resolución sea factible de impugnación, que las partes habilitadas a tal fin tengan la posibilidad de criticar la decisión y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias revisoras.

Por el contrario, en el juicio por jurados el veredicto está eximido del requisito de motivación expresa, toda vez que es el propio pueblo, representado por alguno de sus miembros, el que ejerce en forma directa la potestad de juzgar.

El jurado exterioriza su veredicto, es decir, su decisión a través de las fórmulas que el juez técnico consigna en los formularios de veredicto, sin que el jurado pueda realizar ampliaciones o aclaraciones. El método de juzgamiento en estos juicios es

1. Fiscal titular interina de la Fiscalía de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Docente universitaria de grado, Coordinadora asociada del Curso de Adaptación Profesional de Procedimientos Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la U.N.L.P., Especialista en Actividad jurisdiccional y Administración de Juzgados y Tribunales Colegiados

la íntima convicción y son las instrucciones que el juez profesional le proporciona al jurado la motivación de su decisión.

En este sentido, la Corte IDH, en consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado que: *“La falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales.”*².

El TEDH asimismo, sostuvo que: *“El sistema de decisión por íntima convicción no vulnera en sí el derecho a un juicio justo siempre que, del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la parte interesada, pueda entender las razones de la decisión.”*³ Asimismo, ha sostenido que la exigencia de motivación, se abastece totalmente con las instrucciones, preguntas y aclaraciones que el juez imparte a los jurados.⁴

En similar andarivel, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Canales”, al sostener que: *“Luego de confrontar sus argumentos, dar sus razones y deliberar, los miembros del jurado deciden su voto en función de un sistema de valoración de la prueba conocido como “íntima convicción”, que no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso. Ello no impide una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, la prueba y el sentido de la sentencia.”*⁵

De este modo, el veredicto que emana del jurado debe posibilitar, en base a la prueba rendida y toda la actividad cumplida en el debate, que se reconstruya el curso

2. Corte IDH. Caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua”, Fermín Ramírez vs Guatemala, entre otros y TEDH “Saric c. Dinamarca, nro. 31913/96

3. TEDH, Caso “Lhermitte v. Bélgica, nro. 34238/09.

4. TEDH, caso “Taxquet v. Bélgica”, del 6/10/10.

5. CSJN caso “Canales” (CSJ, 461-2006- RH1).

lógico de la decisión conforme a pautas racionales, para evitar así su arbitrariedad.⁶

El Tribunal de Casación bonaerense en el precedente “Ramirez” ha señalado que: el jurado es llamado a decidir un caso, no a escribir una sentencia y que dado su carácter de no profesionales del derecho y su condición de jueces ocasionales y accidentales es impensable exigirles una motivación jurídica y escrita. Para luego sostener que: *“no debe confundirse la falta de motivación con ausencia de fundamentación ni mucho menos de deliberación, ya que los jurados, luego de ser instruidos sobre el modo en que deben valorar la prueba, los principios generales del proceso y las garantías del imputado, se someten a una ardua deliberación en donde confrontan sus apreciaciones sobre la prueba recibida y forman, luego de escuchar las impresiones de todos, su íntima convicción razonada”*⁷. Concluyendo finalmente, que el acto humano de conformar una convicción es siempre subjetivo y personal pero luego es sometido a un test de confrontación con otras once opiniones y con toda la prueba producida en el juicio.

Frente a estas particularidades que presenta el veredicto dictado en el marco de un juicio por jurados, los litigantes se encuentran obligados a una preparación estratégica del caso, un uso adecuado de las destrezas para litigar y al uso de buenas argumentaciones, con dos finalidades: la primera, claramente se vincula con el objetivo de persuadir al jurado, pues cada litigante intentará que aquél acepte su teoría del caso como lo verdaderamente ocurrido; y la segunda -en caso de no tener éxito en la primera-, radica en allanar el camino para una eventual impugnación.

En este modelo de enjuiciamiento, son tres las cuestiones que cobran especial significado en la etapa recursiva: las instrucciones que el juez proporciona al jurado, producto de la actividad estratégica de los litigantes y de la decisión del juez técnico; el registro audiovisual de las audiencias propias de este modelo de enjuiciamiento (no solo en cuanto a la producción de prueba y argumentación de las partes a instancias del debate oral, sino también respecto de toda incidencia planteada por éstas en el devenir del juicio y en las audiencias preliminares) y, por último, el estándar de duda razonable.

6. Corte IDH en el caso ya citado V.R.P. y V.P.C. y otros v. Nicaragua

7. TCP, Causa N.º 73.740 “RAMIREZ MARCELO ALEJANDRO S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

Está claro que en la elaboración de las instrucciones las partes intervienen activamente, pues debe ser el resultado de una intensa discusión con el juez antes que éste las defina y las imparta al jurado. Ello así, en virtud que las instrucciones están íntimamente vinculadas con la teoría del caso de cada litigante y por esa razón deberán ejercer un riguroso control, teniendo la posibilidad de objetarlas cuando consideren que están indebidamente impartidas y que ello pueda condicionar la decisión del jurado.

El valor de las instrucciones del juez al jurado radica en que constituyen plena y suficiente motivación del veredicto. Están escritas e integran la sentencia; son la clave para evitar que la decisión del jurado resulte arbitraria o caprichosa; su calidad y pertinencia tiene relación directa con las posibilidades recursivas de la decisión y, son el mecanismo procesal a través del cual el juez le hace saber al jurado cuál es la ley aplicable a los hechos que ellos han determinado desde la prueba del juicio.

Corresponde señalar que el veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio subjetivo de convicción y que es consecuencia de dos antecedentes necesarios: las instrucciones del juez y el estándar de duda razonable. Con ello se pretende indicar que lo que se recurre en un juicio por jurado no es el veredicto, sino que, por el contrario, lo que se cuestionan directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de toda duda razonable (cantidad y calidad de prueba producida en el debate).⁸

Este estándar de duda razonable implica que la prueba presentada por la parte acusadora sea suficiente para superarlo.

El Juez técnico es el encargado de la confección del formulario de veredicto, el que contendrá el catálogo de veredictos posibles -dependiendo de la cantidad de acusados, de hechos diversos imputados y delitos menores incluidos-.

Insistimos en la importancia del rol de los litigantes a lo largo de todo el debate, no sólo en la preparación del litigio sino también en la selección del jurado, en la forma de plantear y exponer la teoría del caso frente a jueces legos, en el ofrecimiento previo de la prueba, su presentación y en el contralor de la ofrecida por la contra-

8. Causa P. 130.086 "Aref Vanesa Anahí; Bertolano, Brian Nicolás y Morales Gómez, Nicolas S/Recursos extraordinario de inaplicabilidad en causa Nro. 75.937 del TCP, Sala I"

parte, en la elaboración de las instrucciones y en sus alegatos finales, todo lo cual debe quedar íntegramente registrado a través de medios tecnológicos. Pero también es crucial el rol del juez técnico, pues cualquier decisión ligera o equivocada que adopte puede dar lugar a la instancia de revisión. Las resoluciones que tome el juez profesional serán determinantes para la validez del proceso y podrán ser objeto de revisión si se considera que vulnera derechos fundamentales o principios legales.

2. RECURSOS EN EL JUICIO POR JURADOS

A) Generalidades:

A lo largo del juicio y tal como sucede en los procedimientos comunes tanto durante la audiencia preliminar como la de juicio, sólo se podrá deducir en forma oral recurso de reposición, el que se resuelve sin sustanciación, sin suspender las audiencias, cuya interposición equivale a formal protesta de recurrir ante el órgano de alzada.

A través del recurso de reposición las partes advierten al juez técnico sobre lo que, a su juicio, corresponde un error u omisión en el debate, a los fines de que reconsidere su decisión, buscando de este modo corregir yerros de manera inmediata para evitar que el proceso avance conforme lo resuelto y el jurado se contamine en función del vicio denunciado.

Si el juez profesional rechaza esta impugnación, ésta sirve como una reserva a futuro para la presentación de un eventual recurso interpuesto contra la sentencia de condena por las partes habilitadas a tales fines.

La condena podrá impugnarse ante un Tribunal Superior, recurso que, dependiendo de cada jurisdicción provincial, tendrá diferente denominación y será resuelto por los tribunales establecidos en cada una de ellas como órgano jurisdiccional de alzada.

En el caso de la provincia de Buenos Aires y Entre Ríos procede el recurso de casación, el que será resuelto por el Tribunal de Casación Penal y Cámara de Casación Penal, respectivamente.

La legislación de las provincias de Catamarca, Chaco, Córdoba y Mendoza también tiene previsto como medios de impugnación en el juicio por jurados el recurso de casación, pero el mismo será resuelto por la Corte de Justicia.

En Neuquén, Salta y Río Negro las impugnaciones ordinarias son tratadas por el Tribunal de impugnación.

Por su parte, Santa Fe y CABA prevén el recurso de apelación con intervención del Tribunal de Apelación y Cámara de Apelación, respectivamente y, en Chubut la impugnación ordinaria será resuelta por la Cámara en lo Penal.

Ahora bien, con la finalidad de cumplir con la garantía del doble conforme, la condena debe ser pasible de una revisión integral y amplia, pues nuestra Carta Magna como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos confieren al imputado el derecho a recurrir las decisiones que le fueran adversas, sin distinción del tribunal del cual éstas emanaran. La Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”⁹ dejó sentado que el recurso requerido por el artículo 8.2 (h) debe ser amplio, doctrina que receptó nuestra CSJN en el fallo Casal¹⁰, en el cual Nuestro Superior Tribunal interpreta el alcance del recurso de casación, adecuando la jurisprudencia argentina a los estándares internacionales de derechos humanos, en particular, en lo atinente al derecho a un recurso efectivo, estableciendo que el recurso de casación debe permitir una revisión amplia de la sentencia condenatoria para asegurar que se respeten los derechos fundamentales de los acusados, permitiendo la revisión tanto de cuestiones de hecho, como de derecho. Con igual criterio se expidió el Tribunal de impugnación de Neuquén¹¹.

En cuanto a los requisitos formales, las legislaciones locales establecen que resultan aplicables las reglas generales de la impugnación de las sentencias, en consecuencia, los recursos deben ser presentados tempestivamente, por escrito, ante el mismo órgano que dictó la resolución. Asimismo, contemplan que se exprese por separado cada motivo de impugnación con su correspondiente fundamentación.

9. CIDH, caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, del 2/7/2004 Serie C Nro.107.

10. CSJN, Fallos: 328:3399, del 20/9/2005.

11. Tribunal de impugnación de Neuquén, Causa “Fuentes” del 9/3/15 y causa “Carvajal” del 22/7/15.

En caso de ofrecimiento de prueba, ésta deberá ser propuesta al momento de interposición del remedio impugnatorio, indicando en forma concreta la circunstancia que se pretende probar.

En general, se prevé la realización ante el órgano de alzada de una audiencia oral y pública, en la que las partes acusadoras y defensa presentan sus fundamentos, pudiendo desistir de algunas de las cuestiones planteadas y en la cual se producirá la prueba en caso de admisión por aquél. Las partes pueden desistir de la realización de la audiencia e informar por escrito.

Asimismo, en el escrito recursivo, el recurrente deberá citar las disposiciones legales que considere violadas o erróneamente aplicadas, debiendo expresar cuál es la solución que se pretende.

El plazo previsto para recurrir varía según las previsiones de cada legislación provincial.

Como presupuesto de procedencia, los recursos deben ser suficientes. No basta que el recurrente manifieste su discrepancia personal con lo decidido, siendo necesario, por el contrario, que el recurso posea una motivación clara, precisa y específica, pues lo contrario, sella la suerte del remedio intentado¹².

B) Identificación de agravios:

En primer lugar, resulta oportuno resaltar que -en principio- los recursos previstos contra la sentencia de condena - como ya se adelantara- no difieren en los requisitos y presupuestos previstos para los recursos tradicionales contra sentencias emanadas de jueces profesionales.

En ese sentido, enseña Harfuch que *“..son puntos comunes a ambas modalidades de enjuiciamiento la revisión de los hechos, el derecho, la prueba, las nulidades, las decisiones del juez en la etapa intermedia y en el juicio (art. 338, CPP, arbitraria admisión o rechazo de pruebas claves; violar el derecho de confrontación, etc.), los defectos graves del procedimiento, la quiebra de las formas esenciales del proceso y todo lo relativo*

¹². En este sentido, el Tribunal de Casación Penal bonaerense, Sala V, causa 134754, sent. del 25-2-25 y Tribunal de impugnación de Neuquén, causa “Comisaria Quinta, del 29/7/15”.

*al nombramiento, capacidad y constitución legítima del tribunal y las partes*¹³.

En nuestro país, las provincias que prevén el enjuiciamiento por jurados en sus legislaciones locales suelen establecer - reitero- la aplicación de las reglas generales de la impugnación, para luego desarrollar motivos específicos propios de recurribilidad (tal es el caso de la provincia de Buenos Aires, Santa Fe, Catamarca, Chaco, Mendoza, Entre Ríos, Neuquén y Río Negro).

Como causales específicas de impugnación, las provincias que instauran el modelo de jurado clásico generalmente prevén cuatro supuestos característicos: los vinculados con la integración del jurado; los vinculados al rechazo o admisibilidad de medidas de prueba; los vinculados a las instrucciones impartidas al jurado, y al apartamiento manifiesto de la prueba producida en el debate.

La tarea de revisión en estos supuestos -insistimos- es compatible con los lineamientos proporcionados en los ya citados fallos “Herrera Ulloa” de la Corte IDH y “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como asimismo en las garantías que surgen de los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCyP y con la obligación de garantizar a la persona imputada de la comisión de un delito, el derecho al recurso.

C) Causales específicas:

A continuación, se analizarán cada una de las causales específicas antes mencionadas.

1. Las vinculadas con la integración del jurado: Como motivo específico de impugnación se establece la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución, recusación del jurado y la capacidad de sus miembros (Catamarca, Chaco, Mendoza, Chubut, Santa Fe, Río Negro, Entre Ríos, CABA y Buenos Aires).

En principio, los jurados gozan de una presunción de imparcialidad y el temor de parcialidad debe asentarse en una conexión real entre el presupuesto que se invoca para fundar ese temor y el peligro de afectación para desempeñarse imparcialmen-

¹³. HARFUCH, Andres, “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, p. 307 y 308.

te. En este sentido, falló el TCP de la provincia de Bs. As. en la causa “Aref”¹⁴.

Como ya venimos sosteniendo la estrategia de los litigantes en esta etapa resulta de vital importancia, atendiendo a la finalidad de lograr un jurado que goce de la mayor imparcialidad e independencia y que sea plural, en cuanto a su posibilidad de analizar el caso.

Así cobra relevancia la actuación de las partes, puesto que a través de su actuación en la audiencia de *voir dire*, tratarán de obtener el jurado imparcial e independiente que actuará en el caso concreto, deseleccionando con y sin causa a quienes se muestren más reacios a internalizar su teoría del caso. El juez al momento de resolver la integración definitiva del jurado deberá tener en cuenta la importancia de tal decisión, pues deberá garantizar la imparcialidad e independencia del jurado, a los fines que pueda emitir un veredicto basado exclusivamente en la evidencia presentada en el juicio.

El litigante que pretenda - a través de la vía recursiva- cuestionar algún aspecto relacionado con esta causal, previamente tiene que haber intentado la decisión que consideraba correcta, pues debe surgir a partir de los interrogatorios formulados a los potenciales jurados información referida a este agravio, esto es, que ha recusado con causa o sin ella a un postulante y el juez ha resuelto su planteo en forma negativa. Tiene que haber advertido sobre la posibilidad de un eventual agravio, para habilitar la vía recursiva en el caso.

Resulta indispensable, en estos supuestos, contar con el debido soporte para instar la revisión que se pretende: se trata del registro de la audiencia de selección y los formularios que las partes presentaron a los futuros y eventuales jurados.¹⁵

2. Las vinculadas al rechazo o admisibilidad de medidas de prueba:

En el juicio por jurados la prueba necesita de filtros más intensos, teniendo en cuenta que los jueces son legos y el modo en que tomarán la decisión. Cada parte opera sobre la información y la forma de su producción en el debate. Será cada litigante

14. TCP, Sala I, en causa N.º 75.937, caratulada “Aref, Vanesa Anahí; Bertolano, Brian Nicolás y Morales Gómez, Nicolás s/ Recurso de casación”.

15. Causa P134.954, “Álvarez y Telechea”

quien presente la evidencia, para luego al final del debate argumentar que la información obtenida solo engarza en su relato y no en el de la contraparte.

Debe así agotar todo su esfuerzo para persuadir al jurado de que se ha demostrado su teoría del caso.

El sistema adversarial se caracteriza por el hecho de que la prueba es de las partes y son ellas las responsables de procurarla para su práctica en el juicio, sin injerencia alguna del tribunal.

Esta regla responde a la lógica que el hecho sometido a la decisión del juez es un conflicto entre dos o más partes; hay conflicto donde hay controversia y ésta es fijada por las partes, no por el juez y, el juez solo resuelve los puntos controvertidos. Donde no hay controversia, debe haber acuerdo.

Los remedios procesales que pueden interponerse frente a esta causal, pueden darse en dos momentos diferenciados, a saber:

El primero en la audiencia preliminar del juicio, en la cual los litigantes no solo ofrecen la prueba de la que intentarán valerse en el debate sino que, en caso de rechazo por el juez deberán efectuar sus objeciones a los fines de lograr su ingreso al juicio pero, a su vez, pueden manifestar la oposición al ingreso de la ofrecida por la contraparte.

El segundo momento, durante el desarrollo del debate oral.

El primer supuesto alude a la audiencia preliminar, a la cual cada litigante debe llegar bien preparado, teniendo estudiado el caso y con su teoría del caso ya elaborada: Es una audiencia obligatoria e imprescindible para la preparación del juicio por jurados; es multipropósito, se maneja con lógica adversarial y negociadora; es la oportunidad para fijar los hechos objeto del debate; para que los litigantes realicen planteos y tomen decisiones vinculadas con la Teoría del caso; con el objetivo que en el debate sólo discutan cuestiones de hecho y prueba ya depurada; se pueden comenzar a delinear instrucciones para el jurado; como asimismo arribar a estipulaciones y acuerdos sobre hechos y pruebas; se ofrece prueba y se evalúa su pertinencia; se plantean exclusiones probatorias, en caso de prueba viciada.

Cada litigante deberá evaluar la necesidad y procedencia de cuestionar la resolución jurisdiccional sobre admisibilidad o rechazo de prueba de acuerdo a la importancia que tenga esa evidencia en la acreditación de su teoría del caso. Las partes tienen un desafío de precisión técnica en lo relativo a sus planteos, pues deben ser oportunos. Ello será determinante para la apertura de la vía recursiva.

La parte habilitada para recurrir encontrará apoyatura para fundamentar su remedio en el escrito de ofrecimiento de prueba, en las constancias asentadas en el acta de lo sucedido en la audiencia preliminar o su registración por medios tecnológicos, en la resolución que emane del Juez, y la protesta que efectúe de recurrir ante tribunal encargado de la revisión.

En el segundo supuesto, es de suma importancia que esta clase de incidencias relacionadas con la prueba, sean planteadas por los litigantes frente al juez técnico, sin la presencia del jurado o, al menos, fuera de su percepción, para evitar su contaminación. Ello no exime de la necesidad de su registro, pues para la parte que resulte agraviada, será indispensable contar con ese soporte para el efectivo contralor por el tribunal revisor.

A su vez el litigante que se sienta perjudicado en sus intereses frente a la arbitrariedad de la admisión o rechazo de prueba, deberá demostrar al momento de recurrir, para que prospere el remedio impetrado, que lo decidido ha cercenado el derecho de defensa en juicio o condicionado la decisión del jurado en el caso concreto. (Catamarca, Chaco, CABA, Chubut, Río Negro, Mendoza, Neuquén, Santa Fe y Bs. As.).

Sobre este supuesto merece la pena mencionar un reciente fallo del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires en el que se declaró la nulidad de un veredicto de culpabilidad por considerar que la incorporación arbitraria de prueba condujo a la contaminación y desviación de la decisión del jurado popular. Conforme surge de la sentencia aludida, se trataba de un juicio en el que se investigaban delitos contra la integridad sexual, y el agente fiscal interviniente ofreció como elementos de prueba la declaración testimonial de una víctima de un hecho anterior de índole sexual por el que había sido condenado previamente el acusado, la declaración testimonial de tres familiares de esa víctima y como prueba documental había ofrecido la incorporación de ese expediente judicial.

La defensa había manifestado su expresa oposición en la audiencia preliminar, habiendo hecho lugar la jueza técnica a la oposición de incorporar por lectura el expediente judicial por el hecho ajeno, no así las testimoniales que primero fueron admitidas, pero luego denegadas durante el debate.

Finalmente, la Fiscal interviniente durante el alegato de inicio y el de clausura asoció el hecho investigado con la condena anterior del imputado, efectuando manifestaciones concretas sobre la víctima de un hecho ajeno al que se juzgaba en esa audiencia.

Los jueces de la casación declararon la nulidad del veredicto de culpabilidad por entender que “...la jueza incorporó prueba inadmisibles y aun cuando la excluyó en el transcurso del debate, permitió su ingreso por vía indirecta mediante alegatos y preguntas de la fiscalía, incluso ante las objeciones concretas y fundadas de la defensa, con las consecuencias perjudiciales que ya se examinaron. En definitiva, por las consideraciones formuladas, estimo que las decisiones de la jueza profesional, antes y durante el juicio, afectaron al derecho constitucional del acusado a un juicio justo e imparcial, en tanto permitieron que la fiscal ejerciera una influencia indebida en los jurados que, con alta probabilidad, generó un prejuicio que condicionó su decisión. Con otras palabras, no se puede descartar que el veredicto del jurado se haya fundamentado en criterios ajenos a los hechos establecidos en el caso y la evidencia disponible”¹⁶.

3. Las vinculadas a las instrucciones brindadas al jurado:

Esta causal tiene su razón de ser en los casos en que se hubiesen cuestionado las instrucciones que el Juez técnico haya proporcionado al jurado y se entendiera que pudieron condicionar su decisión teniendo en cuenta la trascendencia que aquellas tienen en la elaboración del veredicto (Catamarca, Chaco, Chubut, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Santa Fe, Entre Ríos, CABA y Bs. As.).

Las instrucciones que el juez profesional imparte al jurado están relacionadas en general con instrucciones de derecho constitucional y procesal, instrucciones sobre el derecho de fondo que resultaría aplicable al caso, e instrucciones relacionadas con la prueba.

16. TCP, Sala I, causa N.º 124.974, “Suarez, Gustavo Andrés s/ recurso de casación”, del 15/08/2024

Las instrucciones están íntimamente vinculadas con la teoría del caso de cada litigante. Por eso no resulta admisible que en la instancia revisora se aborde lo relativo a la corrección o incorrección de las instrucciones que la parte no objetó ni propuso¹⁷.

Ese criterio es sostenido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el precedente “Greco”, oportunidad en la que rechazara el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa del condenado contra la resolución del Tribunal de Casación que confirmara el veredicto de culpabilidad dictado por el jurado popular.

En este precedente, ante la denuncia de la defensa vinculada a la arbitrariedad de la sentencia por *“la omisión del juez técnico de incluir delitos menores en las instrucciones finales para su deliberación”*, los ministros de la Corte provincial rechazaron el planteo con el fundamento de que *“no hay constancia sobre alguna incidencia en derredor de la elaboración de una instrucción sobre un delito menor que hubiere sido negada por el juez o algún otro aspecto similar”*.

En línea con ello, la defensa firmó el acta sin objetar o dejar asentada disconformidad alguna y en este sentido la norma del art. 371 bis es categórica: ‘las partes deben dejar constancia de sus disidencias u oposiciones, exponiendo claramente sus motivos para el caso de impugnación de la sentencia’¹⁸.

Como se anticipara, las partes intervienen activamente en este momento del debate, haciendo sus propuestas para la elaboración de las instrucciones, siendo el juez técnico quien -en definitiva- las redacta en base a esas proposiciones. Este proceso debe ser íntegramente registrado a través de los medios tecnológicos disponibles, sin la presencia del jurado. Y ese registro no se limita al soporte papel o audiovisual de las instrucciones finales directamente impartidas por el juez técnico al jurado popular, sino que es menester que además exista registro sobre las discusiones sobre su elaboración.

17. Tribunal de impugnación de Neuquén, en el caso “Morales”, del 16/4/15.

18. SCBA, P. 133.779, “Greco”, del 26/10/2021.

Las instrucciones indebidamente impartidas pueden ser objetadas.

Este criterio es reafirmado por la SCBA en el precedente ya mencionado “Alvarez y Telechea”¹⁹, en el que advierte que la transcripción -sin más- de las instrucciones finales “sin que consten las concretas propuestas de las partes y/o eventuales objeciones” resulta un vicio procesal que el art. 371 bis del Código Procesal Penal provincial sanciona con pena de nulidad.

En ese mismo fallo advierte la Corte bonaerense que “el trámite de las instrucciones iniciales de ningún modo puede equipararse al de las finales -como equivocadamente pretende la fiscalía- pues éstas últimas son el corolario del desarrollo del debate en cuyo marco el proceso adversarial, la contradicción y el litigio entre las partes se ejerce en plenitud, luego de lo cual la acusación y la defensa vuelven a debatir sobre las instrucciones acompañadas al inicio; se trata de un momento crucial del juicio por jurados en el que se pulen y ajustan las instrucciones elaboradas al comienzo del debate (conf. arts. 18, 24, 75 incs. 12 y 22, 118, Const. Nac. XXVI, DADDH 10 y 11.1., DUDH; 8.1, CADH y 14.1. PIDCP)”.

El Tribunal de impugnación de Neuquén en la causa “Posse”²⁰, sostuvo que la objeción de las partes a las instrucciones impartidas al jurado asegura la recurribilidad del fallo. Mientras que en el caso “Barria”²¹ hace mención a la necesidad que el recurrente pruebe el error en las instrucciones que invoca.

El adecuado registro de estas audiencias facilita una eventual tarea revisora, pues permite acreditar en el escrito recursivo la objeción formulada.

Puede tratarse de registros taquigráficos, audios o videos, siendo medios válidos para instrumentar un soporte de lo sucedido en la audiencia.

La parte tiene entonces una doble carga: cuestionar las instrucciones y demostrar que éstas condicionaron la decisión del jurado para que el agravio prospere. Es decir, que deberá darse una explicación acerca de la incidencia y entidad que tendría

19. SCBA, P. 134.954, del 31/03/2023.

20. Tribunal de impugnación de Neuquén, en causa Posse, del 04/09/2014

21. Tribunal de impugnación de Neuquén, en causa “Barria” del 1/4/2015

la instrucción para subordinar la decisión del jurado²².

4. Las vinculadas con la sentencia condenatoria o la imposición de una medida de seguridad que se derive del veredicto de culpabilidad que se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate:

En el Cód. Procesal de la provincia de Bs. As. solo se hace mención a la sentencia de condena (art.448bis).

Este supuesto queda abarcado por la doctrina de la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

La tarea de revisión de los jueces de las instancias superiores deberá efectuarse a partir de los aportes que efectúen los recurrentes a través del escrito recursivo y en su caso, en la audiencia prevista en esta etapa procesal, con las instrucciones que el juez técnico le brindara al jurado y con el registro íntegro del debate, conforme ya hiciéramos referencia a su importancia.

La defensa al momento de interponer recurso contra la sentencia de condena deberá argumentar y probar que no se ha podido demostrar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable.

Si bien es distinto el sistema de valoración probatoria que efectúa un juez técnico a través del sistema de la sana critica racional, con veredicto motivado de la efectuada por un jurado popular, esto es, íntima convicción con veredicto inmotivado, podrá demostrarse el absurdo valorativo cuando se compruebe que el jurado se apartó manifiestamente de la prueba producida en el debate, teniendo en cuenta su valoración objetiva.

No se trata que el órgano de alzada se adjudique las funciones propias de los jurados, ya que la revisión de la condena no puede llevarse adelante de la misma forma y con los mismos estándares con que se efectúa la revisión de la condena emanada de jueces profesionales, cuestión a la que nos referiremos seguidamente²³.

22. TCP, Sala I, en la causa N.º 71.910 "Ganduglia", del 14/7/16

23. En este sentido se ha expedido el TCP, Sala I, en causa "Mazzon del 27/10/15.

D) Estándar de revisión de los veredictos del jurado:

En cuanto al efectivo alcance del estándar de revisión formulado para los veredictos irrazonables de los jurados, la Corte de Justicia de Canadá tiene dos leading case: “R. v. Yebe”²⁴ y “R. v. Biniaris”²⁵ que han sido adoptados por parte de la jurisprudencia, tanto internacional como nacional.

La Suprema Corte de Canadá en “Yebe” sostuvo que el Tribunal no debe sustituir su juicio por el del jurado, sino que debe reexaminar y hasta cierto punto volver a sopesar y considerar el efecto de la prueba.

El test “Yebe” contempla dos situaciones que la jurisprudencia se ha encargado de diferenciar: que el veredicto no se respalde en la evidencia o que el veredicto no sea razonable.

La posibilidad de anular veredictos que no sean razonables no es otra cosa que la salvaguarda normativa del principio de inocencia a través de la supervisión del cumplimiento del estándar probatorio de duda razonable.

Si el tribunal revisor advierte que tanto la evidencia como las razones esgrimidas por el acusador, quien tiene la carga de la prueba, conducen a hipótesis alternativas y, por lo tanto, al incumplimiento del estándar probatorio, debe absolver. Pero el Tribunal debe cerciorar el peso de la evidencia para poder determinar que el veredicto de culpabilidad no es razonable. Así el Tribunal debe volver a examinar y, hasta cierto punto, volver a sopesar y considerar el efecto de la evidencia.

De este modo se garantiza una revisión amplia, que no difiere de la revisión en juicio con o sin jurados y, por ende, satisface - insistimos- las exigencias del derecho a la revisión del art. 8.2.h de la Convención Americana y los estándares elaborados por la Corte Interamericana al respecto.

El caso “Biniaris” sintetiza toda la jurisprudencia internacional sobre el diferente método revisor ante un veredicto de un jurado y un veredicto proveniente de jueces

24. Corte Suprema de Justicia de Canadá, “R. v. Yebe” del año 1987, 2 S.C.R. 168.

25. Corte Suprema de Justicia de Canadá, “R v. Biniaris” del año 2000 1 S.C.R. 381.

técnicos: “37. Un jurado no proporciona razones de su veredicto. Para justificar una conclusión de arbitrariedad con respecto al veredicto de un jurado debidamente instruido, la Corte de Apelaciones no podrá señalar o expresar deficiencias en el análisis. Tiene que echar mano y articular inferencias extraídas de una revisión integral de la evidencia para sustentar su conclusión de que el jurado, al arribar a su veredicto de culpabilidad pudo no haber actuado conforme a derecho. Este “test de Yebes”- test de jurado razonable- se expresa en términos del veredicto alcanzado por un jurado. Pero, de todas maneras, se aplica por igual a la sentencia de un juez unipersonal cuando el juicio es sin jurados. La revisión de arbitrariedad en la apelación es, sin embargo, diferente, y un poco más fácil cuando la sentencia atacada es la de un juez unipersonal, al menos cuando él proporciona algún tipo de razones para su sentencia.”

La Corte avanza en el alcance del estándar de revisión y señala que al sostener que “ningún jurado debidamente instruido podría razonablemente haber condenado” el Tribunal está concluyendo que los jurados no actuaron conforme a derecho. El juicio de razonabilidad es respecto del veredicto, no del jurado.

Cuando se recurre una condena dictada por un jurado popular el tribunal revisor deberá hacer el siguiente ejercicio objetivo/subjetivo: Se preguntará si un jurado hipotético de 12 personas razonables, instruidas en la ley correctamente por el juez y con el mismo material probatorio producido en el juicio llegaría el mismo veredicto. Si la respuesta es afirmativa, se confirmará la condena. Si la respuesta es negativa, devolverán las actuaciones para hacer un nuevo juicio ante otro jurado o eventualmente absolver. El tribunal revisor debe interferir lo mínimo posible con el veredicto del jurado, no asumiendo de ninguna manera el rol del jurado número 13.

La mayoría de los sistemas jurídicos del common law, como por ejemplo Estados Unidos (fallos “Winship”; “Thompson” y “Jackson”, de la Corte Suprema estadounidense) utilizan este test, aunque lo llaman de otra manera.

La Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires en la causa P. 134.058²⁶, consideró que el test “Yebes/Biniaris”, mediante el cual el tribunal puede controlar si un veredicto del jurado popular ha superado razonablemente el estándar proba-

26. SCBA, P. 134.058, “Rodríguez, Daniel César s/Queja en causa N.º 93.409 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”

torio exigido en una condena penal, es compatible con el derecho al doble conforme y el derecho a la revisión integral del fallo condenatorio.

El Tribunal de Casación bonaerense también hizo referencia a estos test de revisión. Concretamente, ha sostenido que: *“Calificada doctrina ilustra que el test dominante del jurado razonable –también llamado test de Yebes/Binaris, en homenaje a dos célebres precedentes de la Corte canadiense que prácticamente agotaron la cuestión con gran aceptación en la órbita del common law consiste en que para decidir si un veredicto es arbitrario o no, los jueces del recurso deben preguntarse a sí mismos si ante la cuestión planteada y con la prueba disponible, un jurado razonable de doce miembros, actuando conforme a derecho y debidamente instruido, hubiese rendido el mismo veredicto”*²⁷. Por su parte, en la causa “Monzon, Sandro”²⁸ ha sostenido que: *“Si el veredicto es aquel que un jurado, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido, más allá de toda duda razonable”, no se dará un supuesto de arbitrariedad de lo decidido. Se expidió con igual criterio el Tribunal de Impugnación de Neuquén en causa “Cayulef”*²⁹.

E) causales especiales:

En la provincia de Catamarca, la Ley 5719/21 -en su art. 93- agrega como motivo especial de impugnación a pedido de parte al tribunal revisor que deje sin efecto la sentencia de condena o la que impone una medida de seguridad que derive del veredicto del jurado, ordenando un nuevo juicio si el interés de justicia así lo requiere. En igual sentido el CPP de la provincia de Río Negro, en su art. 232; el art. 89 de la Ley 14.253 de la provincia de Santa Fe; el art. 67 de la Ley 6.451 de CABA y el art. 93 de la ley 10.746 de Entre Ríos.

Por su parte, en la provincia de Chubut, el art. 59 Ley XV 30/2019, se refiere a la impugnación ordinaria y a la posibilidad de un nuevo juicio en los supuestos de las causales mencionadas como A), B), C) y D) agregando otros supuestos: que se haya descubierto nueva prueba que sea relevante, creíble y pueda producir un resultado diferente; que el veredicto no sea expresión verdadera de la opinión del jurado; que

27. TCP Sala V Causa N.º 73.740, caratulada “MARCELO ALEJANDRO RAMIREZ S/RECURSO DE CASACIÓN”, sent. Del 08/06/2017.

28. TCP, causa N.º 81.206, Sala V, “Monzon, Sandro” del 23/5/17.

29. Tribunal de Impugnación de Neuquén en causa “Cayulef” del 27/7/15.

se hayan vulnerado los derechos sustanciales del acusado: por su ausencia injustificada, por recibir prueba fuera de la audiencia, conducta del jurado tras retirarse a deliberar; que haya existido conducta impropia del fiscal; error del tribunal al resolver cuestiones de derecho o por instruir erróneamente al jurado sobre aspectos legales; que no fue registrado el juicio; y cuando el imputado no haya tenido un juicio justo e imparcial.

3. IRRECURRIBILIDAD DEL VEREDICTO DE NO CULPABILIDAD

Es de conocimiento que el derecho al recurso del fiscal no es asimilable al del imputado, siguiendo la doctrina establecida en tal sentido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Arce”³⁰, puesto que la garantía fundacional del doble conforme estipulada en los tratados, pactos y convenciones internacionales incorporados como bloque constitucional federal (art. 75 inc. 22 C.N.), no se dirige -al menos en principio- al poder estatal de los Estados partes, sin perjuicio de la posibilidad que puedan conceder las regulaciones internas, pues las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes...”³¹, por lo tanto siendo el Ministerio Público un órgano del Estado y no sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho...”³²

Entonces, la irrecurribilidad del veredicto de no culpabilidad dictado por el jurado popular se asienta en dos bases: el derecho de las partes acusadoras a recurrir la absolución del imputado no tiene reconocimiento constitucional y, en la naturaleza soberana de la decisión del jurado.

En el procedimiento que nos convoca, todas las leyes de jurados del país, establecen sin excepción, que el veredicto de no culpabilidad del jurado es obligatorio para el juez, es decir, irrecorrible y hace cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal (Catamarca, Chaco, Chubut,

30. Fallos: 320:215, “Arce, Jorge Daniel”.

31. CSJN, Fallos 320:2145.

32. CSJN, Fallos 322:2488.

Córdoba, Mendoza, Rio Negro, CABA, Bs. As., Neuquén, Santa Fe, Entre Ríos, y Salta).

Algunos expresamente tampoco admiten recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el juez ante un jurado estancado (Catamarca, CABA y Chaco).

Con relación a la falta de legitimación del Ministerio Público Fiscal particular damnificado de recurrir el veredicto de no culpabilidad, hubo pronunciamientos tanto de nuestro Superior Tribunal Pcial., como del Tribunal de Casación bonaerense³³.

Abro aquí un paréntesis, sin profundizar en este tópico, a modo de repensar esta cuestión vinculada con la posibilidad de recurrir por parte de la víctima un veredicto de no culpabilidad emanado de un tribunal de jurados. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad argentino (art. 75 inc. 22 CN) y la normativa nacional, especialmente las leyes de Derechos y garantías de las personas Víctimas de delitos, reconocen el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva de la víctima (estándar convencional).

Así la CADH en su art. 8.1 garantiza a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza. Si bien esta garantía ha sido tradicionalmente interpretada en clave de garantías del acusado, la Corte IDH ha afirmado que las víctimas también son titulares de derechos en el proceso penal (caso “Loayza Tamayo vs. Perú, entre otros).

Por su parte, el art. XVIII de la DADDH consagra el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces para protegerla contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Si bien el art. 8.2.h de la CADH reconoce el derecho del acusado a recurrir la sentencia condenatoria, no prohíbe el establecimiento de vías recursivas para otros legitimados. Por lo tanto, admitir el derecho al recurso de las víctimas en el supuesto en análisis, no resultaría contrario al sistema interamericano, sino compatible con una interpretación evolutiva que refuerce el acceso a la justicia de las víctimas.

33. A modo de ejemplo podríamos citar: P. 130.555-RC (SCBA) y Causas N.º 73.254 “Nuñez”, 76.912 “López”, 75.466 30 “Antonacci” en la que remite a “López” y 84.255 “Silva”, entre otras. TCP bonaerense, en las C. 101.081 “Sánchez”, C. 94.872 “Gorordo”, C. 95.464 y acum. “Ledesma” y C. 95.677 “Baumgaertner”.

En esta línea de argumentación, la Corte IDH ha afirmado que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad y a que se sancione a los responsables (caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala), lo que supone una dimensión activa de su participación procesal.

En materia de delitos graves, particularmente los que afectan derechos humanos fundamentales, como la vida, la integridad física o la libertad sexual, la Corte IDH impone un deber reforzado de investigación, juzgamiento y sanción efectiva (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Barrios Altos vs. Perú). Este deber conlleva a la necesidad que las víctimas cuenten con mecanismos adecuados para cuestionar decisiones jurisdiccionales que, eventualmente, frustren ese mandato internacional. Ello abarcaría la posibilidad de recurrir absoluciones que se estimen arbitrarias, incluso en el enjuiciamiento a través del jurado popular.

Ahora bien, no cabe duda que tanto la Fiscalía como el acusador privado cuentan con legitimación para recurrir la determinación de la pena. En este sentido se ha expedido el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires.

En efecto, se establece que, en el procedimiento de juicios por jurados, cuando los acusadores carecen de legitimación para recurrir, lo es respecto de la competencia exclusiva de los jurados. Así una vez sustanciada la cesura del juicio, corresponde admitir la impugnación de la sentencia. Por lo tanto, resulta incuestionable la posibilidad que tiene la parte acusadora de interponer recursos.

También el Tribunal de Casación bonaerense admitió la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir la decisión tomada por el juez técnico en la audiencia de cesura, en cuanto resolvió declarar prescripta la acción penal.³⁴

Por otro lado, es del caso destacar que las legislaciones de algunas provincias de nuestro país han previsto diversos supuestos de excepción que habilitan expresamente la facultad recursiva de las partes acusadoras frente al veredicto de no culpabilidad.

34. TCP, C. 100.840 “Cechi”, del 01/12/2020.

En el caso de Chaco, Mendoza, Salta y Neuquén, admiten la vía recursiva frente al veredicto de no culpabilidad o sentencia absolutoria frente al jurado estancado, en el supuesto que el acusador demuestre que dichos decisorios fueron producto de soborno.

Por su parte, Salta y Santa Fe disponen que contra el veredicto de no culpabilidad y sentencia absolutoria no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que fue producto de soborno, amenaza o coacción contra cualquier integrante del jurado en forma directa o a su entorno familiar, o presiones externas indebidas.

Rio Negro y Entre Ríos establecen que no procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno o de los delitos de coacción agravada, o secuestros extorsivos u otras graves intimidaciones que ejercieron coacción contra él o el jurado.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, destaco que el legislador no previó ninguna causal de excepción como las que contienen las provincias de nuestro país que fueran antes mencionadas.

Sin embargo, ello no ha impedido que la Corte bonaerense entienda que estos casos, que *“regulan supuestos realmente extremos”, “...aún cuando no estén receptados legalmente en el código bonaerense, de presentarse una incidencia que involucre conductas delictivas en la formación de la decisión exculpatoria del jurado (v.gr. cohecho o coacción, intimidación), la doctrina de la cosa juzgada irrita o fraudulenta podría llenar ese vacío legal (conf. Juicio por Jurados, T. II.AAVV., Rubén A. Chaia, director, Abegar Soluciones, Paraná, 2021, pág. 507 a 571)”*³⁵.

Por otro lado, quisiera advertir que, si bien la ley le deniega al acusador público la facultad recursiva contra los veredictos dictados por jurados populares, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires entendió que resulta admisible la interposición de un recurso extraordinario fiscal contra la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal que anulara un veredicto de culpabilidad y la sentencia dictada

35. SCBA, P. 137.668-Q, del 21/03/2024.

en el marco de un proceso de juicio por jurados. En el fallo “Guerendiain” la SCBA no solo declaró admisible la vía extraordinaria incoada por la Fiscalía de Casación sino que además, se pronunció por la procedencia de los agravios federales vinculados a la arbitrariedad por fundamentación aparente y notorio apartamiento de las constancias de la causa y de la solución normativa prevista para el caso³⁶.

A pesar -como venimos sosteniendo- la legislación no habilita a los acusadores para deducir impugnación contra la decisión del jurado, con las excepciones arriba mencionadas, no menos cierto es que la parte acusadora interviene en el trámite del recurso interpuesto por su contraparte procesal, puesto que el Tribunal de alzada le corre vista a fin de contestar los agravios formulados por la defensa, la que deberá explicar en su escrito recursivo que la prueba producida en el juicio y ponderada por el jurado no satisface el estándar probatorio “ más allá de toda duda razonable”³⁷.

Es así que el acusador deberá demostrar que existen elementos probatorios sólidos sobre los que reposa el veredicto de culpabilidad, es decir, deberá sustentar que la prueba producida en el debate permite verificar el estándar de validez de lo resuelto.

4. CONSIDERACIONES FINALES:

Como corolario de todo lo que hasta aquí venimos sosteniendo, podemos destacar que tanto en aquellas sentencias dictadas por jueces profesionales como en las que emitiera el jurado popular, existe amplitud recursiva en favor del acusado, permitiéndose que el tribunal de alzada ingrese en la revisión de los hechos, el derecho, la prueba, las nulidades, de las decisiones que adopte el juez, sea en la etapa intermedia como durante el curso del debate, en los planteos a través de los cuales se denuncien graves defectos del procedimiento, quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, en las cuestiones atinentes al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal y en los agravios vinculados con los motivos genéricos previstos por las leyes procesales en las reglas para la impugnación de las sentencias definitivas³⁸.

36. SCBA, P. 128.761-RQ, del 4 de julio del 2018.

37. Tribunal de impugnación de Neuquén, en Causa “Morales”, del 16/4/2015.

38. Cfr. Harfuch, Andres, ob. Cit.

Las diferencias radican en que el acusador no tiene derecho al recurso, salvo las excepciones que se encuentran contempladas en algunas legislaciones, y que la revisión del derecho aplicable se efectúa a partir de las instrucciones que el juez profesional impartió al jurado y en los estándares de revisión, puesto que lo que se recurre en un juicio por jurado -tal como ya se sostuviera- no es el veredicto, sino que, por el contrario, lo que se cuestionan directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

La tarea de revisión de un veredicto emanado de un jurado popular pasa por corroborar la corrección de las instrucciones, comprobar que no se encuentre afectado el debido proceso y, haciendo una estimación de entidad y alcance de la prueba producida en el juicio, verificar que el veredicto supere el test de duda razonable. Para llevar a cabo esta labor, los jueces de la alzada deberán tomar contacto con la prueba producida en el juicio, a través del registro audiovisual de las audiencias, lo que facilita la estimación probatoria, su entidad, alcance y, por sobre todo, servirá para verificar que el veredicto haya superado el test de la duda razonable³⁹.

La revisión por un tribunal superior no debería consistir en la realización de un “nuevo juicio”, sino que la posibilidad de un control integral del veredicto condenatorio emitido por un jurado popular debería circunscribirse a la revisión de determinadas circunstancias que permitan ratificar o descartar que el jurado ha realizado su trabajo bajo condiciones razonables en virtud del estándar de la duda y a verificar si el veredicto dictado puede o no ser sostenido por la evidencia rendida en juicio.

Ahora bien, se ha sostenido que *“una duda “acechante” o alguna “vaga disconformidad” no es justificación suficiente para tachar de arbitrarias las conclusiones alcanzadas por un jurado”*⁴⁰

Podemos concluir entonces, que el tribunal revisor no es un mero controlador de la valoración probatoria efectuada por el jurado, sino que su función es más enriquecedora, por cuanto se erige en constructor de estándares objetivos de valoración de

39. TCP, Sala I Causa nro. 72.016, caratulada “Mazzon, Marcos Ezequiel s/ recurso de casación”, sentencia del 27/10/2015.

40. TCP, Sala IV, Causa nro. 75.197, caratulada “CASTILLO, Rodolfo Marcelo s/recurso de casación”, sent. del 11/08/2016.

la prueba, siendo, tal como venimos sosteniendo, de gran significación la actividad desarrollada por las partes.



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

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

Derecho a la libre elección de la asistencia letrada y subsidiariedad de la Defensa Pública

Carlos Enrique Llera

Derecho a la libre elección de la asistencia letrada y subsidiariedad de la Defensa Pública

por Carlos Enrique Llera¹

1. PLANTEO DEL TEMA

En un interesante fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Salvatierra, Ramón Gustavo*”² reafirmó su doctrina relativa al reconocimiento del derecho a la libre elección de un abogado de confianza como un elemento inescindible del derecho de defensa en juicio³, al tiempo que recordó el carácter supletorio de la Defensa Pública.

2. LA PREOCUPACIÓN DE LA CORTE POR UN EJERCICIO CIERTO DEL DERECHO DE DEFENSA

En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La Corte siempre señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser

1. Abogado (U.B.A.), 1978, Posgrado Derecho Procesal Penal y Criminalística, Instituto Universitario de la Policía Federal, 2007. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales USAL, 2011. Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales de la USAL, 2012. Magister en Ciencia de la Legislación de la USAL, 2024. Diplomatura en Ejecución Penal y Cuestiones Penitenciarias, Universidad de San Isidro, 2019. Profesor Titular de grado en Derecho Procesal Penal y de Derecho Forense Penal de la USAL. Profesor Titular de posgrado en Ejecución Penal de la USAL. Integrante del Consejo Asesor del Centro de Estudios Procesales de la USAL. Defensor Oficial Coadyuvante con funciones en la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación

2. Fallos: 343:2243, CSJN “*Salvatierra, Ramón Gustavo y otros s/ daño agravado y amenazas*”. FSA 74000120/2011/TO1/18/1/RH5, del 22/12/2020 por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia y Biblioteca de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

3. La relevancia de la designación de un abogado de confianza como un aspecto del derecho de defensa en juicio fue destacada por la Corte Suprema de la Nación en numerosos precedentes (Fallos: 155:374, “*Vázquez*”; Fallos: 279:91, “*Paz*”; Fallos: 312:1042, “*Mario Fernández*”; 329:1219, “*Peirano Basso*”, entre otros). De allí surge que el derecho de defensa en juicio comprende la libertad del propio imputado de organizarla en el marco de la normativa aplicable. En el citado caso “*María Fernández*”, el Procurador General de la Nación recordó que “no es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada es la dueña de las condiciones en que dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuando éstos sean como en el juicio criminal los esenciales de vida, libertad y honor (Fallos: 155:374 y P. 155, LXVI ‘*Paz, Felipe s/ malversación de caudales públicos*’, sentencia del 26 de febrero de 1971, y en sentido concordante, Fallos: 296:65 y 691, entre otros)”

En el evocado precedente “*Mario Fernández*” (Fallos: 312:1042), la Corte Suprema abundó postulando que “la resolución apelada es equiparable a definitiva en la medida en que, al privar al individuo sobre el que recae la medida de seguridad del derecho a ser representado por un letrado de su elección, es susceptible de causar agravio irreparable a la garantía de defensa” (considerando 6°)

provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 343:2181; 342:122; 330:5052; 330:4925; 330:4471; 329:1794; 327:3087; 5095; 325:157; 321:1424; 320:854; 311:2502).

La tutela de esta garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes y ya en 1868, a raíz de procesamientos relacionados con hurto de caballos y mulas en la época de la rebelión de Cuyo, afirmó que tratándose de personas desvalidas y a quienes se había hecho sufrir una prisión inmerecida correspondía, por equidad, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de una condenación injusta, que no se había apelado por ignorancia de los acusados o por descuido del Defensor (Fallos: 5:459)⁴.

No basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido *una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor* (Fallos: 343:2181; 315:104).

Tiene dicho el Tribunal que la garantía de defensa en juicio en materia penal no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende, según los casos, a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor (Fallos: 333:1891; 325:157; 321:1424; 319:617; 313:1031; 312:1998; 310:1797; 308:1557; 1386).

En esa misma línea, ha dicho que la protección de la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional no es función exclusiva de la Corte, sino que debe ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores, a quienes corresponde *salvar la falta de asistencia técnica* (Fallos: 329:1794; 321:1424).

3. LOS HECHOS

En la causa “*Salvatierra, Ramón Gustavo y otros s/ daño agravado y amenazas*”, la defensa oficial había planteado ante la Cámara de Casación la vulneración al derecho

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia. Nota de jurisprudencia. “Derecho de defensa y defensor oficial” <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/6/documento>

de defensa en juicio que derivaba de que se hubiera apartado al defensor de confianza del imputado, como forma de repudio a la estrategia procesal del abogado, sin que semejante sanción se encuentre prevista en normativa alguna y a pesar de que el invocado desmantelamiento del tribunal natural había quedado desbaratado por el rechazo de la recusación.

Según lo alegado por esa parte ante el *a quo*, al imponer en *contra de la voluntad expresa del imputado* la intervención del defensor oficial, se frustra irreparablemente el derecho de aquel, de contar no solo con un asistente técnico, sino, con la posibilidad de que dicha asistencia sea ejercida por un abogado de su propia elección, de su confianza.

Abundando, se indicó que la intervención obligada del Ministerio Público de la Defensa resulta contraria a lo estipulado expresamente por la ley 27.149⁵, que establece el *carácter supletorio de su actividad*, que queda circunscripta a supuestos en los que el imputado decida no ejercer su facultad de elección (art. 5 inc. c)⁶. Las resoluciones DGN 74/08 y 939/11 de la Defensoría General de la Nación recalcan la intervención supletoria del defensor oficial, en línea con los instrumentos de derechos humanos⁷.

4. EL DERECHO A ELEGIR DEFENSOR

La doctrina ha señalado que la asistencia técnica es obligatoria en el procedimiento penal, en los términos de los artículos 104 y 107 del Código Procesal Penal de la Nación, tomando a su cargo el Estado la designación de oficio de un defensor, cuando el imputado no puede o no quiere elegirlo.

Conforme al marco normativo citado, cabe resaltar que *“le corresponde al propio imputado el derecho de designar su defensor, si él no lo ejerce, o lo ejerce mal o desea defenderse por sí mismo sin reunir las calidades mínimas para el cargo o sin poder*

5. Ley 27149, *Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*. Funciones. Organización. Estructura. Sancionada: junio 10 de 2015. Promulgada: junio 17 de 2015
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/248189/texact.htm>

6. Este principio de actuación supletoria, que recoge los principios adoptados en los instrumentos internacionales, llevó al dictado de las resoluciones DGN 1355/15 y 1674/15, donde la Defensora General de la Nación instruyó a los defensores oficiales designados para que se abstengan de intervenir en la defensa de un imputado, en virtud de la voluntad manifestada por este de ser asistido técnicamente por el abogado de la matrícula

7. Artículo 8, punto 2, inciso d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 14, punto 3, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

ejercerlas con idoneidad en el caso concreto, corresponde el nombramiento de un defensor oficial. El defensor ejerce facultades autónomas a las del imputado, a pesar de que la razón de ser de su ingreso al proceso penal reside en la necesidad de auxiliar al imputado”⁸.

En mismo sentido se expidió nuestro Máximo Tribunal al señalar que “(...) la garantía de defensa en juicio posee una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal (...)” (Fallos: 329:4248).

5. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA DEFENSA PÚBLICA

En “Vázquez” (Fallos: 155:374) la Corte señaló que “es evidente el derecho de quien ocurre ante la justicia como actor o demandado, querellante o acusado, para elegir la persona que, llenando las condiciones legales, produzca en su nombre los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, conforme a la garantía de la libre defensa en juicio que menciona el artículo 18 de la Constitución Nacional... No es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada es la dueña de las condiciones en que, dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuando estos sean, como en el juicio criminal los esenciales de vida, libertad y honor”⁹.

En “Ordoñez” (Fallos:347:843, 1984), la Corte sostuvo:” El ejercicio del derecho de defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de encontrarse provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio, así no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es

8. MAIER, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, tomo I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 584. El autor afirma que en un proceso penal democrático “la defensa debe ser un derecho y no una obligación” y que el rol del defensor oficial es resguardar el derecho de defensa cuando el imputado no puede ejercerlo por sus propios medios. En este sentido, señala: “La defensa pública no sustituye la voluntad del imputado, sino que actúa cuando la voluntad libre e informada no puede ejercerse o cuando el defensor privado no actúa conforme al mínimo necesario que requiere el derecho a la defensa técnica” MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos, Buenos Aires, Del Puerto, 1996, pp. 396-399.

9. Fallos: 155:374, “Vázquez, Cipriano” del 27 de septiembre de 1929

menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor”

De adverso, se restringe infundadamente la libertad del imputado de organizar su propia defensa, designando un letrado de su confianza, cuando, según la inveterada doctrina de la Corte Suprema¹⁰, es el dueño de las condiciones en que deben ser alegados y probados sus derechos. Se cercena el derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales, al tiempo que se desconoce la actuación supletoria del defensor oficial, prevista en la citad ley 27.149, *Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*.

El derecho del justiciable a defenderse personalmente o a elegir un abogado de su confianza se encuentra previsto en normas de raigambre convencional, las cuales gozan de jerarquía constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.d del Convención Americana de Derechos Humanos; 14.3.d del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*) y que solo cuando estas circunstancias no se constaten, deberá intervenir el defensor público, ante situaciones que, verificadas en el ámbito jurisdiccional, exijan la integración de la defensa material del imputado con la defensa técnica del abogado.

Sobre el particular afirma autorizada doctrina que *“El Estado tampoco puede imponer ab initio un defensor de oficio pues con anterioridad se ubica el derecho del imputado a escoger un defensor de su confianza y de comunicarse libre y privadamente con éste ... La libertad de elección del abogado debe ser real”*¹¹.

Así en base a los alcances que deben otorgarse al derecho de defensa y en resguardo del debido proceso, del juego armónico de lo prescripto en los artículos 72, 73, 104, 107 y 211 del código de rito, se extrae con toda claridad que el imputado tiene derecho a ser defendido por un abogado desde el primer momento en que es sin-

10. “Peirano Basso, Juan”, Fallos 329:1219, del 11/04/2006,

11. LANGEVIN, Julián, “Sin defensa no hay juicio. Rol de la defensa en los juicios criminales”. Fabián Di Plácido Editores. CABA, 2014, p. 54.

Fallos:321:1928, “Cauchi”, 1998: Resulta imprescindible que toda persona acusada de un delito se halle presente en el proceso, tenga la posibilidad de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de confianza y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (arts. 18 de la Constitución Nacional y 14 inc. 3° ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 inc. 2 apartados c y d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

dicado como tal¹².

Sabido es que pertenece al imputado “...la titularidad del derecho de defensa, y el amparo de su garantía, deviene su facultad para intervenir ampliamente en el procedimiento penal donde se decidirá sobre una eventual reacción contra él, posibilitándole el despliegue de todas las actividades que resulten indicadas para evitar o atenuar la consecuencia jurídica posible en relación a la imputación efectuada. Una característica distintiva de este derecho es su ejercicio dual: lo ejerce el propio imputado, pero también su abogado defensor. Concurren así dos sujetos procesales; el primero en virtud de su defensa material, el segundo llevando a cabo la defensa técnica o formal; entendiendo por defensa material la suma de actividades a través de las cuales el imputado contribuye personalmente a la reconstrucción del hecho y a la individualización de la consecuencia jurídica, y por defensa técnica, la asistencia brindada al imputado por un defensor abogado, que desarrolla su propia función en el procedimiento, invocando a favor de aquél. Al defensor competen los derechos, poderes y facultades del imputado, salvo los actos personales reservados a éste”¹³.

El respeto de la garantía de la defensa en juicio, que “debe ser cierto, de modo tal que quién sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir la negligencia en la provisión del defensor, asegurando de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio. Requisito éste que no puede considerarse satisfecho con la intervención meramente formal del defensor oficial, puesto que ello no garantiza un verdadero juicio contradictorio” (Fallos: 311:2502, “Magui Agüero”).

Resultaría, además, una interpretación *in malam partem* del artículo 104 del Código Procesal Penal de la Nación -Código Levene¹⁴, del artículo 8, punto 2, inciso d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 14, punto 3, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al imponer un defensor en contra de la *expresa voluntad* del encausado, cuando los aludidos instrumentos establecen el derecho *inalienable* a contar con un defensor de confianza.

12. Fallos: 304:1886, “Casinelli”

13. LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, “Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda pendiente”. Artículo corregido del publicado en Pena y Estado N° 5 Defensa Pública; Revista Latinoamericana de Política Criminal. Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, pp. 23/48.

14. Art. 75 del Código Procesal Penal Federal

Al generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, reclama su tutela inmediata¹⁵. Se afecta la garantía a contar con una *defensa eficaz*¹⁶

La garantía de defensa en juicio fue reafirmada, entre otros casos, en “Mario Fernández”¹⁷. Dentro de esta línea jurisprudencial, resulta particularmente relevante el caso “Peirano Basso”¹⁸, en el que se destacó el carácter definitivo del perjuicio que decisiones de esta naturaleza pueden ocasionar al derecho en cuestión.

El principio se encuentra consagrado expresamente en la legislación argentina:

- La Ley 27.149, orgánica del Ministerio Público de la Defensa, establece que la defensa pública actuará de forma subsidiaria, gratuita y de acceso universal, cuando el imputado no cuente con defensa particular o esta resulte ineficaz.
- El Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063), en su art. 21, señala: “Toda persona tiene derecho a ser asistida técnicamente desde el primer acto del proceso por un abogado defensor, ya sea designado por ella o, en su defecto, por un defensor público”.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.922, texto según Ley 12.059), en su art. 89 establece que: “El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogados de la matrícula de su confianza o por el Defensor Oficial”. Abundando, el art. 92 dispone: “Todo imputado será defendido por el Defensor Oficial, quien intervendrá en el proceso hasta que sea sustituido por el abogado de la matrícula que propusiere. Esta sustitución no se considerará operada mientras el defensor particular no haya aceptado el cargo y constituido domicilio. Al imputado, en el acto de la declaración, se le hará saber esto y el derecho que tiene de proponer defensor. Si el expediente pasare de un departamento del

15. “Massaccesi”, Fallos: 321:3679; “Peirano Basso”, 329:1219, y sus citas

16. MARTÍNEZ, Stella Maris, *La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz*, en Revista del Ministerio Público de la Defensa, n.º 9.

“Rojas Molina” en Fallos: 189:34; “Pintos” en 279:27; “Martínez” en 310:2078; “Magui Agüero” en 311:2502; “Cardullo” en 302:1669; “Dubrá” en 327:3802; “Schenone” (Fallos, 329:4248); “Nacheri” (Fallos, 332:1095)

17. Fallos: 312:1042

18. Fallos: 329:1219

interior al Tribunal de Casación o a la Suprema Corte, el imputado será defendido por el Defensor del Tribunal de Casación, mientras el defensor particular no fije domicilio” “

Este marco se encuentra reforzado por estándares internacionales como:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3.d.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2.e.

Ambos textos garantizan el derecho del acusado a contar con un defensor público en caso de no disponer de medios para contratar uno.

6. A modo de conclusión

El principio de *subsidiariedad de la defensa pública* ocupa un lugar central dentro del sistema de garantías procesales penales, fundado en el derecho constitucional a la defensa en juicio (art. 18, CN). La intervención de la defensa oficial *no es primaria*, sino que se justifica *solo ante la ausencia, insuficiencia o deficiencia de la defensa técnica particular*.

El principio de subsidiariedad de la defensa oficial *expresa una opción política y jurídica*, que reconoce al imputado como sujeto autónomo, pero amparado por el Estado en caso de desprotección. Su aplicación concreta requiere un análisis contextual de cada situación y la responsabilidad activa del Ministerio Público de la Defensa para intervenir *cuando exista riesgo de indefensión*, ya sea por ausencia, abandono o ineficacia de la defensa particular.

El valor fundamental de la confianza que motiva la decisión de designar un abogado para que asuma la defensa penal fue destacado por la doctrina, cuando afirma que “*lo que la ley prefiere es que esta defensa sea ejercida por quien goce de la confianza del imputado*”¹⁹.

Concluyendo, la intervención en el proceso penal de un defensor público tiene carácter subsidiario. Ello significa que sólo puede actuar cuando el imputado no se

19. CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1950, Tomo 1, pp. 240 y siguientes

defiende solo (si fuera el caso) ni nombra a uno o varios abogados particulares para que lo asistan.

La Defensoría General de la Nación instruyó a los defensores oficiales a no ejercer la defensa en cualquier caso en el que el imputado hubiera designado defensores particulares, subrayando que el carácter subsidiario de su ministerio²⁰. La defensa oficial no debe actuar cuando el imputado designe a un defensor particular.

Mediante la Resolución DGN 939/11 la señora Defensora General de la Nación recomendó a los Defensores Públicos Oficiales que en aquellos casos en los que exista un imputado individualizado y se hubiera omitido la notificación fehaciente y previa para que ejerza los derechos contemplados en los artículos 104 y 107 CPPN, devuelvan la causa al juzgado o tribunal correspondiente y, eventualmente, agoten las vías recursivas pertinentes para obtener un pronunciamiento favorable (Resoluciones DGN 1668/05, 747/08 y 209/21).

Cabe recordar que es deber del juez proveer la defensa técnica (Fallos: 319:1496), y que la ley privilegia la proposición del defensor de confianza. Tal directiva es receptada con claridad en los artículos 104, 107 y 197 del Código Procesal Penal de la Nación, y no queda sin más suplida por la impuesta al defensor oficial, si así no fue decidido por el imputado ni éste tuvo conocimiento de ello (Fallos: 304:1886).

La figura del defensor oficial es la defensa *por defecto*, si no hay abogado particular designado o aceptado. Una vez que un abogado particular elegido por el imputado acepta y fija domicilio, el defensor oficial cede su intervención. Hasta ese momento, el defensor oficial tiene plena incumbencia procesal para actuar en defensa del imputado.

La consecuencia jurídica que se produce cuando la defensa pública actúa en lugar de los abogados particulares designados por el imputado, es la total nulidad o invalidez de las actuaciones correspondientes. Ello es así, precisamente, por violación a la garantía constitucional y convencional del imputado a ser defendido por el defensor de su elección²¹.

20. Ver, entre otras, las resoluciones DGN n.º 1668/05; DGN n.º 747/08 (26/05/2008); DGN n.º 1433/2008 (29/09/2008); DGN n.º 931/09 (06/08/2009); DGN n.º 1100/11 (07/09/2011); DGN n.º 82/14 (05/02/2014).

21. Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Sentencia del 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas) VITALE, Gustavo L., *Derecho a la defensa eficaz elegida Carácter subsidiario de la defensa pública y deber de apartamiento* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44589.pdf>



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

La inserción constitucional del Ministerio Público de la Defensa

Mariano R. La Rosa

La inserción constitucional del Ministerio Público de la defensa

Por Mariano R. La Rosa¹

1. INTRODUCCIÓN

En la segunda parte, sección cuarta, de nuestra Constitución Nacional se establecen y se consagran las funciones del Ministerio Público, así, el artículo 120 reza: “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

El propósito del presente trabajo consiste en ubicar al Ministerio Público de la Defensa dentro del contexto constitucional, denotar su trascendencia, precisar sus funciones y establecer todo ello a la luz de la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio, detallando las posibilidades en tal sentido con que el particular cuenta para acceder a la justicia, hacer valer sus derechos dentro del proceso; más concretamente dentro del enjuiciamiento penal y específicamente conectado con la garantía constitucional que posee todo inculcado de contar con una asistencia técnica cierta y efectiva, a fin de hacerse oír en el procedimiento y hacer valer su pretensión a la luz del principio de inocencia también con rango constitucional; esto en el entendimiento que el sistema jurídico represivo constituye la rama del ordenamiento público en donde la afectación de derechos individuales se denota de manera más intensa.

1. Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Magister (UB). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Trabaja en el Ministerio Público de la Defensa desde hace 30 años. Fue Secretario y Defensor ad hoc en el área penal de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la CABA. Se desempeñó como Secretario y Defensor Oficial penal en CABA y como Defensor en la Defensoría ante los Tribunales Federales de Ejecuciones Fiscales Tributarias, donde actualmente se desempeña. Es autor de varios libros y artículos. Docente y expositor.

Asimismo, se indagarán en las posibilidades que actualmente cuenta el imputado en sede penal, a la luz de los referidos Tratados de derechos humanos incorporados por la reforma constitucional de 1994, en el ejercicio de su derecho de defensa y en orden al alcance que actualmente le ha irrogado dicha incorporación a nuestra norma fundamental.

Que, como ya vimos, mediante la reforma constitucional de 1994 la Defensoría de Pobres, Incapaces y Ausentes creada por el art. 140 de la ley 1893 de 1886 que la hacía depender del Poder Ejecutivo y estaba a cargo en la Capital Federal por el Defensor de pobres y ausentes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; se inserta institucionalmente en el nuevo órgano contemplado por el art. 120 de la Constitución Nacional, conformando al Ministerio Público como una de las autoridades de la Nación que integran el gobierno federal.

Con anterioridad a dicha norma constitucional, la defensa evidenció una evolución en la que se notan tres etapas²:

1º.- El asesoramiento puramente caritativo, en el cual no hay una obligación legal para los abogados de asumir la defensa. Históricamente surgió el defensor de pobres en la etapa de la colonia, en 1722, y ya en el derecho patrio el Cabildo de Buenos Aires, en 1814 estableció por una Ordenanza dicho servicio para los pobres. En el año 1878, cuando aún no se había establecido el sistema de defensa pública para los casos penales, la Corte Suprema interpretó la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional como un “*derecho a la ayuda jurídica*” cuando el interesado no puede pagarla y, para efectivizarla, nombra a un abogado del foro para que asumiera gratuitamente la defensa (“SACCO”, Fallos 20:373).

2º.- El período en que se establece el deber legal de asumir la defensa, a través de las leyes de organización de las profesiones jurídicas, a mediados del siglo XX y particularmente con la sanción de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires, que instituyó también los consultorios jurídicos a cargo de los Colegios de Abogados. A partir de la década del 40’ se difunde la colegiación legal de los abogados, lo que trajo la imposición del deber para los mismos, a la vez que se organizan las entidades profesionales, instalándose los consultorios jurídicos gratuitos en los distintos

2. LARRANDART LUCIA “Acceso a la justicia y tutela de los derechos de los ciudadanos”, en “El Sistema Penal Argentino” AD-HOC 1992.-

colegios. Hacia la misma época las entidades intermedias, como los sindicatos de los trabajadores, toman la defensa de sus miembros, al tiempo que también algunos órganos de la administración asumían funciones similares.

3°.- La etapa anterior a la reforma constitucional, en donde los lazos de dependencia con el Poder Judicial eran evidentes, llegando incluso a ejercer la superintendencia de la defensa pública, todo lo cual implicaba la subordinación jerárquica y la carencia de un status asimilable al jurisdiccional y una fuerte dependencia.

De tal forma, la ausencia de norma constitucional al respecto, siempre había sido objeto de dudas doctrinarias y prácticas.

En el derecho vigente hasta la reforma de 1994 las posiciones podrían agruparse así: A) una sostenía que el ministerio público era una “*magistratura particular*” que dependía del Poder Ejecutivo, B) otra sostuvo que formaba parte del Poder Judicial³, bien que su función no consistía en administrar justicia, C) una tercera la consideró una magistratura que no formaba parte ni del Poder Judicial ni dependía del Poder Ejecutivo, o sea que, era un órgano extrapoder de naturaleza colegiada.

Estas ubicaciones presuntas no quedaron claras ni definidas y eran aproximaciones que debía efectuar la doctrina. La jurisprudencia de la Corte no alcanzó suficientemente a dilucidar el tema, bien que registró casos que parecían demostrar inclinación a no reconocer la dependencia del ministerio público respecto del poder ejecutivo.

En el plano doctrinario, una postura se inclinó a favor de rechazar que el Ministerio Público dependa del poder ejecutivo y a afirmar que consiste en un conjunto orgánico extrapoder, como auxiliar del Poder Judicial. Ello en tanto a que, si bien no forma parte del Poder Judicial, es un órgano auxiliar que se le adosa como órgano extrapoder, de modo que después de la reforma de 1994, con sección y normas propias, mantiene la naturaleza que se le atribuía antes de la reforma. Así, la innovación es solamente normativa, ahora hay en la constitución una norma expresa que regula al Ministerio Público y es el art. 120, pero no ha cambiado su fisonomía ontológica, ni en sentido orgánico, ni en sentido funcional, es un órgano extrapoderes al lado del Poder Judicial. No en vano la acordada 2/97 de la Corte Suprema estableció que

3. Como sucede actualmente en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde la Defensa Oficial forma parte del Poder Judicial, según el artículo 7 de la ley 7.3 y art. 1 y cctes. de la ley 1903.

el escalafón del Poder Judicial es independiente del correspondiente al Ministerio Público⁴.

Asimismo, su carácter se ve reafirmado mediante la definición de su independencia funcional y la autarquía financiera del Ministerio Público.

Sin embargo, podría suponerse que como órgano auxiliar del Poder Judicial no es, en rigor un órgano extrapoderes de fiscalización o vigilancia en el sentido político de estos términos y que, más bien, hace parte del poder judicial. No obstante esta apariencia, reviste una función excitadora de la jurisdicción y a su vez controladora, desde fuera de los tres poderes clásicos de gobierno.

Funcionalmente, y al no depender directamente de ningún poder, se corta de raíz toda posibilidad de interferencia en su misión o en la impartición de órdenes o instrucciones por parte de organismo alguno.

De esta forma, a la actuación tradicional del Ministerio Público, si es correctamente asumida y ejercida, se adosa otro espacio para el control de constitucionalidad y de legalidad, ya sea de normas o de actos de los restantes poderes constituidos, en resguardo del orden institucional y constitucional. Si a este aspecto se le suma el control específico en cada causa, se desprende que también se fiscaliza por esta vertiente el ejercicio de la administración jurisdiccional en las concretas circunstancias de un proceso determinado.

Desde otro lado, la autonomía funcional, traza una frontera externa que impide cualquier injerencia de los demás poderes; desde el punto de vista externo, implica que las relaciones dentro del órgano son conducidas únicamente por quien inviste la jefatura máxima, para el caso en la persona del Defensor General de la Nación. Ello supone que las políticas y las reglamentaciones para el funcionamiento del Ministerio Público de la Defensa deben ser adoptadas por el propio órgano, según su naturaleza y necesidad; cuestión que habla a las claras de que su independencia es indiscutida y que las cuestiones atinentes a su mejor funcionamiento deban ser resueltas en el seno mismo del Ministerio, según pautas y políticas propias.

4. BIDART CAMPOS GERMAN, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo II, pag. 360 y sstes..-

La inclusión de la figura del Defensor General de la Nación, implica así la supresión de una verdadera esquizofrenia (como lo calificó el Sr. Ministro de la CSJN, Dr. CAVAGNA MARTINEZ) consistente en supra ordenar a una sola cabeza funciones tan disímiles como las que se atribuyen a los fiscales y a los defensores⁵.

La autarquía financiera indica que la ley de presupuestos debe asignarle los recursos en forma separada y que el mismo organismo tiene a su entera disposición la administración y disposición de sus bienes. De esta forma no puede padecer presiones en torno a la disponibilidad de recursos materiales por parte de ningún poder, a no ser a los controles propios del Poder Legislativo, a través de la Auditoría General de la Nación (art. 85 Constitución Nacional).

Asimismo, la configuración que la Constitución Nacional le otorga al Ministerio Público es la de un órgano bicéfalo, que ostenta dos líneas jerárquicas independientes, esto es el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, sujetos diferenciados que con carácter autónomo son titulares de estructuras propias, y que específicamente dentro del proceso penal establecen el contrapeso de fuerzas que en el mismo se debaten, estableciendo de este modo la correlación entre acusación y defensa. En tal sentido, se asegura la distinción y autodeterminación de los sujetos procesales, a fin de lograr el equilibrio de posiciones dentro del juicio y afirmar así la imparcialidad del juzgador ajeno a la contienda.

2. FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA

Nuestra Constitución Nacional principalmente es la expresión y desarrollo normativo de una serie de ideas fundacionales que se desarrollan principalmente en el Preámbulo, el cual privilegia el objetivo de “*afianzar la justicia*”, y que se encuentra íntimamente relacionado con la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, principio contenido en su art. 18.

De ello puede decirse que la defensa de la persona preside las bases de nuestro sistema jurídico, dado que configura la fuente primaria de realización del derecho, ubicándose en la cúspide legislativa en tanto la ley suprema de la Nación (art. 31

5. MASNATTA HECTOR “*Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución*”, LL 1994-E, pag. 880.-

CN), de la cual descienden todas las normas realizadoras destinadas a garantizar la satisfacción de los intereses públicos y privados. Es por ello que las leyes que lo reglamentan (al igual que acontece con los otros principios constitucionales) han de hacerlo dentro de los límites necesarios para evitar su supresión, modificación, restricción o sustitución (art. 28 CN) ⁶.

En ese contexto se yergue el principio de defensa, que la Constitución Nacional ha racionalizado, condicionándola a un juicio con posibilidades de hacer valer su postura y asegurándola en él, sobre el concepto del reconocimiento pleno de los derechos que hacen al acervo humano (ampliamente descripto por los Pactos Internacionales), atendiendo por sobre todas las cosas a la seguridad y a la justicia y volviendo inexcusable su cumplimiento en honor a la naturaleza y dignidad humana.

De tal modo, la institución de la defensa en juicio descansa sobre un *sustractum* causal natural, el hombre en su íntegra dimensión, que no se agota en la persona física, sino que se extiende a su patrimonio, en el sentido más amplio de la palabra, como comprensivo de todos aquellos bienes que se encuentran inmersos en su calidad de tal. En consecuencia, la inviolabilidad de la defensa en juicio se basa en la protección de la existencia plena del individuo y el desarrollo pacífico e integral de su personalidad, actuando como una energía destinada a la seguridad y la justicia en el goce pacífico de los atributos humanos, ordenándose a garantizar que ellos no sean turbados arbitrariamente, no sólo en las relaciones con sus semejantes sino también con y por el propio Estado⁷.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en aras de la seguridad y en el marco de la sociedad jurídicamente organizada, los derechos son resueltos en las normas y garantías que los positivizan, valorizándolos jurídicamente. Desde esta óptica es dable afirmar que el substrato causal natural del principio de defensa se corporiza en el derecho objetivo en el que quedan legitimados (a la luz del orden positivo) los derechos a que se refiere la fórmula constitucional. Pero más precisamente, quedan garantizados a la luz del derecho constitutivo, es decir en la concreta y específica forma en que van a ser resguardados y por la o las instituciones que cumplirán di-

6. CRISTINA DEL V. JOSE DE CAFFERATA "Teoría General de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal". Ed. Marcos Lerner, pag. 93.-

7. CRISTINA DEL V. JOSE DE CAFFERATA "Teoría General de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal". Ed. Marcos Lerner, pag. 98.-

cha tarea, esto es y en orden al art. 120 que nos convoca, con el doble papel que desarrolla el Ministerio Público Fiscal en su calidad de garante del procedimiento, el Ministerio Público de la Defensa, puesto siempre del lado del imputado, y por último, dicho cuadro nos proporciona el cumplimiento de la tarea jurisdiccional plena y por naturaleza imparcial.

Por su parte y a simple vista, del art. 120 de la Constitución Nacional se desprende la división de funciones del Ministerio que nos ocupa, las que pueden ser resumidas en:

a) Promover la actuación de la Justicia, lo que implica para el concreto caso de la defensa el incitar la acción jurisdiccional, pero desde el punto de vista del particular defendido, es decir, provocar la actuación judicial en beneficio de su postura en el proceso.

b) Defender la legalidad en cada proceso, de donde se apunta a la defensa efectiva del debido proceso legal, puesto que para el caso de toda persona inculpada, se hace acreedora a la substanciación de un proceso respetuoso de todos sus derechos con jerarquía constitucional, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

c) Defender los intereses generales de la sociedad, como consecuencia de la defensa del debido proceso y de la legalidad de todos los actos jurídicos incorporados a un juicio; del mismo modo, el interés general se satisface al representar al Estado Nacional en litigios, así como también a particulares en juicios contra el Estado; tal función entonces comprende la protección de los intereses particulares de aquéllos a los que la ley considere pobres, incapaces y ausentes. En cuanto a los intereses generales, debe considerarse (como lo hace la Constitución colombiana) las más amplias atribuciones en orden al control republicano y la defensa del sistema democrático, que la nueva Constitución ha enfatizado incorporando la necesidad de la tutela de la ética pública⁸.-

d) Controlar, desde el ejercicio de las funciones señaladas a los otros órganos del poder y más específicamente del poder judicial, todo ello en la medida y en el marco que le traza y le delimita su intervención en los procesos judiciales donde la cuestión que se ventila guarda relación con actos y omisiones de dichos órganos o de los

8. MASNATTA HECTOR "Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución", LL 1994-E, pag.878.-

particulares involucrados en el mismo.

e) Ejercer el control de constitucionalidad de leyes, normas infralegales, actos y omisiones del órgano jurisdiccional y demás sujetos procesales.

f) Asumir representación en las funciones tradicionales del ministerio pupilar, defensa oficial de pobres, menores, incapaces y ausentes.

g) En coordinación con las demás autoridades de la República, la que no supone recibir instrucciones de ningún otro órgano, sino acordar con los otros poderes políticas para desplegar la variedad de funciones que incumben al Ministerio Público.

Es claro que como está inserta en la Constitución Nacional, la defensa constituye un presupuesto único de validez del procedimiento. En tal entendimiento, el defensor no es tan solo un asistente técnico del imputado, sino que además bajo su institucionalización, es más bien un verdadero sujeto de la relación procesal, que ejerce facultades autónomas y cuya actividad responde siempre a un interés propio, la defensa del imputado.

Es que el interés público en la defensa del individuo debe orientar la actividad del defensor en todas sus manifestaciones. Esto evitará que se convierta en cómplice o encubridor del delito, o en protector de la delincuencia. Su misión más general es la de contribuir a la correcta obtención de los fines del proceso. Su actividad se concibe como un servicio de necesidad pública, siendo la representación y la asistencia sus dos aspectos más visibles, aunque tiene personalidad independiente del acusado, actuando siempre orientado en favor del interés del causante. Este es su límite subjetivo, la ley es su límite objetivo.

Estrictamente, entre las funciones que cumple el defensor se pueden mencionar las de asistencia y representación. Asiste al imputado tanto en lo que hace a la defensa material como a la técnica. En lo que respecta a la primera, contribuye a despejar con su labor la incertidumbre en que puede encontrarse el requerido por la pretensión penal, aconsejándolo sobre la mejor manera de exponer los hechos e informándolo de sus derechos y de su situación en el proceso, las posibilidades que tiene dentro del mismo y las opciones a seguir a su respecto. En cuanto a la segunda, se halla a su cargo el contralor del proceso tendiente a asegurar el debido respeto de las normas procesales, control que se extiende a la labor de los demás intervinientes en aquél,

para lograr el éxito de la justicia.

Asimismo representa al procesado en todos los actos procesales, ya sea actuando a su lado (como por ejemplo en una declaración indagatoria) ya sea interviniendo en aquellos en que el cliente resulta excluido por alguna circunstancia (como por ejemplo un reconocimiento de un lugar, estando el imputado detenido).

Pero no se debe confundir esta clase de representación con la que se desarrolla en la relación procesal civil, pues la que cumple el defensor en sede penal es de carácter más amplio. En tal sentido, no tiene el carácter específico de mandatario, ni de patrocinante, aunque muchas relaciones derivadas del vínculo con el asistido pueden ubicarse dentro de la naturaleza jurídica del mandato.

De la amplia noción de asistencia en cuanto a la persona, manifestaciones, derechos y garantías del imputado, es posible obtener la idea de la integración de la personalidad jurídica del sujeto sometido a proceso por medio de la actividad del defensor. Pero no ha de serlo como si se tratara de un incapaz, sino como consecuencia de la necesidad de poder disponer de elementos idóneos para enfrentar con eficacia la acusación y conservar su situación jurídica en el proceso.

Tan importante es la participación de la defensa en el proceso, que la mayoría de los códigos procesales modernos incluyen como causal de nulidad absoluta a la asistencia y representación del imputado, pero no emplean a estos vocablos en su significado técnico, sino para comprender todas las situaciones del defensor con respecto al imputado, en cuanto sean impuestas por la ley.

Tampoco la defensa se excede en su ejercicio a diferencia de otras funciones del sistema. Por el contrario, un adecuado cumplimiento de las funciones del defensor se vinculan de modo directo con el desarrollo de la estrategia más eficientemente defensiva y que ofrezca al imputado más posibilidades de éxito. Es verdad que existe una responsabilidad funcional, pero nunca hasta el punto de que esa responsabilidad genere algún tipo de objetividad frente al caso penal, puesto que por definición el ejercicio de dicho ministerio es parcial por naturaleza, a consecuencia de colocarse exclusivamente del lado del encausado.

El instituto del Defensor Oficial constituye a su vez una forma subsidiaria de proveer a la defensa técnica, ya se trate de que quien la necesite carezca de medios para

costearse un abogado particular, o que, por cualquier circunstancia, no se decide por ninguno; también corresponde la designación en los supuestos en que el letrado particular abandone la defensa o la ejerce remisamente. Todo ello demuestra el sentido tutelar de esta institución que nos habla a las claras de la importancia otorgada por el constituyente al aseguramiento de la defensa en juicio.

Es que en pleno uso de la facultad que detenta todo encausado en sede penal de hacerse representar en juicio, la ley prefiere que el propio individuo elija hacerse defender por un letrado de su confianza que constituye esencialmente un abogado particular, en razón de la elección entre la oferta de dichos profesionales que puede efectuar. Por el contrario, la designación del Defensor Oficial se efectúa en un funcionario previamente asignado en virtud del reparto de competencias internas del Ministerio Público, cuestión que vista a la distancia y en un primer momento, priva al justiciable de la presunta confianza en la que podría llegar a recaer en un abogado elegido personalmente, pero que no por eso se trata de un menoscabo en sus derechos que se pretenden hacer valer en juicio y resulta de tal modo un desafío de idoneidad y lealtad para el funcionario público que deba intervenir en su favor.

De tal manera, puede encontrarse en tal situación un mandato de efectividad en esta actividad pública, puesto que además de la delicada misión a la que está destinada a cumplir, se aúna la obligación de brindarle confianza al encausado en todo acto en que se cuestione su postura en el proceso, a fin de no solo verse menoscabado frente al poderío de la jurisdicción, sino que se vea incurso en disparidad de condiciones frente a otros encausados que son defendidos en forma privada y pueden a su vez llegar a tener intereses contrapuestos con el que cuenta con asistencia pública y por ende se encuentra inculcado por aquellos, o lo que resulta más delicado, en caso de tener que enfrentar a querellantes particulares (integrados por abogados de la matrícula) dedicados exclusivamente a impulsar la investigación en su contra.

3. LA DEFENSA PUBLICA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y EN EL PROCESO PENAL

La incorporación de Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos a la Constitución Nacional, importa el respaldo normativo de máxima jerarquía que antes no tenían las garantías dentro del proceso penal, su ampliación y afirmación, la que se deriva de la exégesis de dichas cláusulas. No en vano nuestra Corte Suprema afirmó

que: “los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de la legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (Fallos 320:2145).

Dicho postulado, llevó a decir que estamos en presencia de la nueva edad de las garantías: *“La influencia -razonable- en el marco normativo de una inesquivable dimensión social y de una visión comparativista e interdisciplinaria a la luz de nuevos valores, ha provocado ese crecimiento interior de lo jurídico, más realista, sensible, sistemático y maleable, todo lo cual empuja hacia un proceso constante de renovación y superación infinitamente rico en ideas y perspectivas, que coloca al mapa jurídico en otro nivel y acaso en otro rumbo”*⁹.

Que, en especial, la incorporación de instrumentos internacionales a nuestra norma fundante obedece a que existe en tal sentido un generalizado consenso en occidente sobre un nivel mínimo de garantías que tejen una red universal de seguridad a los derecho y libertades fundamentales, como correlato de que existen criterios compartidos que han de ejercerse con eficacia. Es que a través de la dura experiencia de este siglo, las sociedades occidentales, dispuestas y atentas, han terminado por comprender que si las garantías operan enérgicamente y hay voluntad ciudadana en que ello sea de verdad así, los resultados serán muy distintos: conviviremos en una sociedad habitable, humanamente más justa y solidaria¹⁰.

De esta manera, la institucionalización del ministerio público de la defensa por parte del artículo 120, irroga a todo imputado en sede penal el acceso a la justicia y la posibilidad de ejercer su postura desincriminatoria dentro del proceso, todo ello a la luz del principio de inocencia que le asiste, que importa el derecho a sostener su inculpabilidad en todas las instancias procesales.

El derecho a la defensa en juicio, hunde su raigambre dentro de todas las ramas del ordenamiento jurídico, pero adquiere su punto máximo en el ámbito del derecho penal. En dicho ámbito, la trasgresión de este principio de defensa se presenta con ribetes de suma gravedad, puesto que involucra la raíz de la dignidad humana; así como también compromete, en un orden visiblemente apreciable por la sociedad

9. AUGUSTO MARIO MORELLO, “Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales”, pag. 115.-

10. autor y obra citada, pag. 116.-

en general, la seguridad jurídica en general, por tratarse de la rama del derecho en donde más plausibles y en forma más insidiosa se presenta esta vulneración.

En tal sentido, encontramos formas que resultan ser de lo más elocuentes de afectar estos principios fundamentales del proceso, ya que el funcionamiento del aparato estatal se puede nutrir de visos de legalidad, amparándose en la aplicación automática de preceptos legales que conducen directamente a su neutralización, denotando la apariencia de la aplicación formal de las normas del caso, pero sustancialmente alejadas de la realidad compatible con nuestra Constitución Nacional; y también, desde otro punto de vista, la desmesurada utilización de comportamientos burocráticos que *per se* desapropian del proceso penal de su finalidad y de sus principios rectores, cuales son la realización de la justicia y la defensa de la sociedad.

Que no basta entonces con la sola expedición de un texto que contenga tanto los principios o valores esenciales como las normas o reglas fundamentales para la organización de la comunidad política, si ambos no están acompañados de una aplicación práctica de sus preceptos en los hechos o realidades. Es decir, que el amplio espectro de derechos y garantías al que hacen referencia los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, quedarían sin su concreta aplicación, sin vida y no pasarían de ser una mera declaración de buena voluntad, a no ser por la institucionalización de organismos que velen por su vigencia y ello es precisamente lo que por medio del Ministerio Público de la Defensa se pretende, en tales condiciones, asegurar.

En ese entendimiento, es menester contar con mecanismos de salvaguardia para garantizar la justicia, la vigencia y eficacia de la Constitución; así como también para corregir o restablecer el orden constitucional cuando es desconocido o vulnerado o para petitionar ante las demás autoridades republicanas constituidas el debido amparo de posibles falencias.

Asimismo, hay que considerar que esencialmente las garantías del ciudadano consisten en límites al ejercicio del poder estatal, esto es, en la protección del individuo frente a los abusos de tal poder; lo cual se corporiza en la protección de los derechos humanos, como en la separación de funciones y competencias, el que se debe complementar por un conjunto de principios rectores que garanticen la justicia y la vigencia y eficacia del Estado de derecho como gobierno de leyes y no de hombres.

Dicho estado de derecho puede peligrar cuando mediante la aplicación rígida de

las constituciones escritas, se petrifica el derecho al no adaptarlo a las cambiantes circunstancias. Es precisamente el cambio producido a partir de la reforma constitucional del año 1994, en donde esta transformación va cobrando importancia en el recto equilibrio imperante en nuestro Estado, dado que las innovaciones provocadas dejan la acabada impresión de que nuestro ordenamiento tiende a consagrar la primacía de la vigencia de las normas por sobre la arbitrariedad y la efectividad de la defensa en juicio por sobre el desasosiego que importa el desconocimiento de los derechos fundamentales que hacen a la correcta convivencia en sociedad.

Pero este efectivo reconocimiento de garantías por sí solo es insuficiente si no es acompañado por la defensa constitucional, integrada ahora por un órgano independiente y dotado de organización propia, no sólo para conservar el ordenamiento constitucional, sino también para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales.

Es así que el respeto absoluto de las garantías individuales exige en un Estado de Derecho, *un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial*. Son los jueces y no otros funcionarios del Poder Público, que tienen el principal deber de ser “*guardianes de las garantías individuales*”. El Poder Judicial ha nacido como instrumento de los ciudadanos frente al nacimiento del Estado y con los jueces nace el derecho de todos y cada uno de los ciudadanos de los países libres a que de ellos emane, en clave de sentencia, el contenido de la ley, ellos son “*la boca de la ley*”¹¹.

A dicha afirmación, cabe razonablemente agregarle que la función jurisdiccional debe ser sanamente complementada por un eficiente protagonismo del Ministerio Público, ya sea Fiscal como de la Defensa, dado que de esta manera se completa una trilogía equilibrada tanto en lo que compete a las funciones propias de cada uno, como en el control recíproco de dichas partes, no olvidando que la finalidad de todo ello radica en el respeto constitucional, tanto de la persona como de las instituciones establecidas por nuestra norma fundamental.

Que además, la necesidad de contar con una defensa imparcial y eficaz directamente deriva del estado de inocencia que todo imputado en sede penal le asiste, en tanto goza de un status que no debe construir, sino que compete al Estado destruirlo,

11. Del dictamen del Procurador General de la Nación, en la Fallos 321:2035, “SUAREZ MASON, CARLOS GUILLERMO s/homicidio, privación ilegítima de la libertad, etc.”.-

probando su culpabilidad en un proceso desarrollado en legal forma.

Pero en repetidas ocasiones no hubo acuerdo para dar respuesta a la pregunta acerca de qué órganos del Estado son, o deben ser, los responsables de destruir el estado de inocencia y probar la culpabilidad del acusado. En tal sentido, se pensó que todos, es decir, que la policía, los fiscales y también (o principalmente) los jueces, cualquiera sea la competencia que se les asigne.

Esta admisión de la regla del “*todos contra uno*” (el acusado) es francamente contraria al principio de “*plena igualdad*” consagrado por la legislación internacional incorporada a la Constitución Nacional como garantía para la actuación y la defensa del acusado durante el proceso (C.N. art. 75 inc. 22, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 10: “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...*”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2: “*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...*”).-

Admitir que el Juez sea corresponsable (o principal responsable) de la destrucción del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo cofiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular “*quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor*”, lo que no parece, por cierto, un paradigma de igualdad ¹².

Probablemente podrá en tal sentido argumentarse en contra de lo referido, que las facultades probatorias propias del Tribunal también pueden favorecer al imputado, permitiendo la incorporación de pruebas de descargo omitidas por un defensor desaprensivo o irresponsable. El argumento de que esta limitación puede llegar a perjudicar al imputado cuyo abogado no atiene a ofrecer pruebas exculpatorias, parte de la base de reconocerle a los Jueces mejores condiciones que a aquél para diseñar una estrategia defensiva. Tal idea, por un lado, es un resabio inquisitivo (“*si es culpable no merece defensa y si es inocente no la necesita*”) y por otro, resulta de difícil comprobación empírica. Pero en verdad se utiliza para dar

12. CAFFERATA NORES JOSE I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Editores del Puerto, 1997, pag. 49.-

simetría a la posibilidad opuesta: la incorporación de oficio por parte de los Jueces de prueba de cargo que el Ministerio Público Fiscal no considere necesarias, o se le pasen por alto.

Es decir, que nos encontramos en un sistema en donde la imparcialidad es condición de tercero del juzgador, esto es, la de no ser parte ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones, y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva, hasta el mismo acto de la sentencia. No es casual que el triángulo con que se grafica esta situación siempre sea equilátero, tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados y a la misma distancia del fiel. Implica, a su vez, la igualdad de posibilidades entre acusación y defensa para procurar mediante afirmaciones y negaciones, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo, y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas, desequilibrar los platillos de la balanza a favor de los intereses que cada uno representa o encarna (verdadero “control de calidad” de la decisión final)¹³.

Por lo tanto, se advierte que la validez dentro del ordenamiento jurídico se demuestra no solo con una actuación jurisdiccional eficiente, sino también con un recto equilibrio dentro de la misma, en tal sentido, considero que el Ministerio Público viene a cumplir y a garantizar dicha función, puesto que en su seno hallamos al órgano acusador y titular de la acción penal encargado de la excitación de la jurisdicción y también se sitúa a la defensa oficial, encargada de la excepción, es decir del poder de defensa de justiciable.

Que lo expuesto denota que la igualdad de posiciones dentro del procedimiento debe ser ampliamente asegurada, puesto que es el Estado por medios de sus órganos preestablecidos quien persigue penalmente los ilícitos, en consecuencia, igualar el poder de la organización pública puesta al servicio de la persecución penal resulta realmente difícil, dado que la administración de justicia cuenta con medios de investigación y con la facultad de coerción que no pueden ser parangonados a los medios con que cuenta el sujeto encausado; de esta forma, ello se traduce en una desigualdad real entre quien acusa e investiga y de otro lado quien soporta la persecución penal. Se trata entonces de lograr el ideal de intentar acercarse en la mayor

13. CAFFERATA NORES JOSE I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Editores del Puerto, 1997, pag. 41.-.

medida posible al proceso de partes, dotando al imputado de facultades meramente equivalentes a los poderes del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir los embates de la persecución penal que en su contra se cierne, con posibilidades parejas al del acusador. Tal circunstancia se verá con claridad cuando se traten los caracteres del proceso penal, puesto que dicha paridad de posiciones varía diametralmente de acuerdo a la etapa del juicio de que se trate.

Que en tal sentido, el art. 120 de la Constitución Nacional establece la calidad de órgano bicéfalo al Ministerio Público, y no resulta ocioso en este entendimiento que teleológicamente se denote que esta paridad real deba existir dentro del enjuiciamiento, puesto que la defensa en juicio exige condiciones óptimas para enfrentar situaciones inherentes de derechos y en algunos casos en donde importa involucrar más directamente la dignidad humana.

Si bien en la norma mencionada se establece que el Ministerio de la Defensa será al igual que el Ministerio Público Fiscal defensores de los intereses generales de la sociedad, hay que destacar una particularidad que de sus propias funciones se denota, esto es que la defensa siempre debe propender a un interés direccionado únicamente hacia el sujeto encausado, consistente en proveer a su defensa en juicio; y por otra parte el fiscal no solo constituye el titular de la acción pública (encargada de excitar al órgano jurisdiccional y requerir la prosecución de los delitos) sino que también atiende a la legitimidad del proceso, pudiendo solicitar la absolución del imputado o incluso interponer recursos a su favor.

Es así que se ha dicho que el Ministerio Público Fiscal no es una parte del procedimiento penal, en el sentido de que haga valer en él un interés subjetivo, propio o ajeno -del Estado- en la actuación de la ley penal, sino por el contrario, es un órgano público cuyo interés se resume en la correcta actuación de la ley penal; en tanto ampara al ciudadano, al incorporar la prueba de su inocencia y reclamar una decisión que lo libere de la persecución penal, como le imputa un hecho punible y demanda una consecuencia jurídica, bajo la condición procesal de que se verifique en el debate todos los extremos que condicionan esa consecuencia.

De allí se desprende que no está situado frente al imputado para sólo requerir ciegamente en su contra, sino todo lo contrario, para aclarar en representación de la sociedad la imputación procesal que soporta.

Encontramos aquí un doble aseguramiento del sujeto más débil del proceso, es decir del particular acusado, en cuanto por mandato constitucional no solo posee un órgano estatal exclusivamente encargado de su defensa, sino que también es la fiscalía garante de la realización de un juicio justo, pero siempre atendiendo al interés general, bajo un criterio objetivo de justicia. Con ello el sistema logra los fines políticos que le son impuestos en la materia, realizar el poder penal estatal en un marco que garantice el respeto por la defensa del individuo a quien aquél se le aplica.

En consecuencia, quien pretende tomar ventajas que desequilibren la igualdad de las partes de un proceso no hace sino vulnerar el debido proceso, de tal modo que: *“En efecto, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente”* (Fallos 272:188, 280:297).-

Queda de tal modo claro que todo aquello que causa desequilibrio entre las partes de un proceso desnaturaliza su espíritu y nos lleva a la negación de la garantía del debido proceso.

Es que existe una tan estrecha vinculación entre las garantías constitucionales individuales y sociales y el proceso penal como instrumento necesario e inevitable de realización del derecho penal en el cumplimiento de la obligación de administrar justicia, que la ley formal y su aplicación dentro del juicio debe guardar en todo momento un cuidado equilibrio de los intereses de la comunidad fincados en su seguridad, con el interés individual resumido en su libertad.

Pero el distintivo que ofrece el proceso penal, además de su necesidad y obligatoriedad, en oposición a la voluntariedad y eventualidad propias del civil, es el de que todos sus institutos giran en torno a ese equilibrio de garantías (de seguridad para la sociedad y de libertad para el individuo), a punto tal que, en mayor o menor medida, aparece casi siempre el orden público detrás de cada uno de ellos. Es así que, en función de los intereses tutelados, el proceso penal es la Constitución Nacional misma regulada en la satisfacción de la función jurisdiccional penal que ella instituye.

A todo lo expuesto no hay que olvidar que a la luz de la Constitución Nacional y de

los Tratados a ella incorporada, ha de entenderse en el juicio criminal (como así también en los demás procesos) que las disposiciones de orden procesal no se reducen a una mera técnica de organización formal de los juicios, sino que tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio. Coligiéndose de ello que la mera repetición de actos formales no constituye la sustanciación del proceso que la Constitución exige, siendo por ende imprescindible la actuación de la defensa en todo el transcurso del conflicto y su presencia esencial e indispensable.

4 INDEPENDENCIA (GARANTÍA DE DESEMPEÑO)

La independencia del Ministerio Público sin duda constituye una garantía a su desempeño, en tanto detenta la facultad de autodeterminarse y de no recibir más órdenes que las propias de su estructura jerárquica interna.

A grandes rasgos presenta los siguientes caracteres:

- Inmunidad funcional, es decir la señalada posibilidad de obedecer a sus propios designios.
- Remuneraciones igualadas a la de los Jueces a fin de no producir desigualdades con los demás órganos de la administración de justicia, ni menoscabar la calidad de sus integrantes.
- Intangibilidad de las remuneraciones, como seguridad a su vez de desempeño.
- Permanencia en el cargo mientras haya buen desempeño, en tal sentido la ley orgánica del Ministerio Público (nro. 24.946) establece la competencia del Jurado de enjuiciamiento para entender en causales de remoción de los defensores, así como el Juicio Político constituye la vía idónea para cuestiones referidas al Defensor General de la Nación. A su vez este mecanismo de destitución resulta una garantía del ejercicio de la función ya que no puede haber órgano sin control.
- Mecanismo de designación para los integrantes de dicho Ministerio mediante concurso público de antecedentes y oposición, como garantía de imparcialidad y elección equitativa de sus integrantes, lo que a su vez refuerza la independencia

del organismo en tanto no le pueden ser impuesto designaciones más que por la vía legislativa, y por su parte constituye un valioso aporte a la idoneidad y experiencia de los aspirantes en los cargos.

En tal sentido y al declarar la reforma constitucional la independencia del Ministerio de la Defensa afirma el espíritu de institución del mismo, irrogando a su actuación la legitimidad tan buscada en un organismo de esta clase que debe brindar. Es que de este modo, se termina con actitudes que en tiempos de su dependencia al Poder Judicial eran consideradas como desafiantes al mismo, en tanto se avasallaba o se desafiaba mediante el legítimo ejercicio de una impetuosa y férrea defensa al organismo superior jerárquicamente, de este modo nos encontrábamos a un paso de actitudes sumisas y posiciones obsecuentes, en tanto la efectiva actividad impugnativa parecía responder a una tarea de obstrucción de la justicia y revelación frente al poderoso que conducía el proceso.

Esta diferencia jerárquica, en tanto el responsable de la defensa integraba la misma estructura de poder que los magistrados, menoscababa su autonomía funcional. Si a ello se agrega que solía incluirse en la misma área que el Ministerio Público Fiscal, se colige que se llegaba al punto de una subordinación (por lo menos administrativa) de quienes resultaban ser partes encontradas dentro del mismo proceso penal.

Tanto en la administración de justicia de la Ciudad de Buenos Aires como en la Justicia Federal, esta desvirtuación de los correspondientes roles tiende a superarse a partir de la vigencia de la reforma constitucional de 1994, que en su art. 120 diseña el Ministerio Público como un órgano bicéfalo y crea la figura del Defensor General de la Nación como cabeza de una estructura extrapoder integrada por los distintos componentes del servicio oficial de defensa.

De esta forma, el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo, sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal, velar por el principio de legalidad -en particular por la legalidad constitucional- y por una recta administración de justicia. Si se admiten esos roles para el Ministerio Público, hay primero que jerarquizarlo, ubicándolo donde debe estar: una magistratura autónoma, órgano extrapoder, no sometida al Poder Ejecutivo ni tampoco al Judicial, puesto que debe

actuar con independencia de ambos¹⁴.

Asimismo, como expresara el Dr. JORGE DE LA RUA al fundar el proyecto de su autoría, la tutela de los derechos y libertades públicas frente al órgano acusador sólo se puede encontrar debidamente resguardado si se desvincula dicho órgano del Poder político y se lo rodea de las garantías necesarias para asegurar su independencia e imparcialidad. Es que no sólo es importante la ubicación dentro del funcionamiento del Estado sino también fortalecer la capacidad institucional para cumplir adecuadamente las tareas que la Constitución le encomienda¹⁵.-

Que junto al postulado de independencia, se aduna la autarquía financiera, el que a fin de lograr una completa independencia se relaciona con la intangibilidad de las remuneraciones de los miembros de la institución.

Es por ello que debemos asegurar la independencia de los tres poderes clásicos que actúan en el proceso penal, es decir de la defensa, la fiscalía y el juez, para poder profundizar el control de poder que exige toda organización democrática. Que esta mentada independencia resulta fundamental para poder tomar decisiones con plena libertad.

Del Ministerio Público Fiscal también puede decirse lo mismo, en tanto nació en un primer momento para servir al poder, y actualmente sirve para controlarlo.

Por su parte, la función de defensa se ocupa de custodiar la legalidad y los intereses de la persona encausada, no puede ser cumplida por ninguna otra persona que no sea la figura del defensor. Los principios de bilateralidad y contradicción conforman una estructura triangular del proceso, integrada por el Tribunal, la Fiscalía y la Defensa, situación que no puede perfeccionarse en la realidad si alguno de sus protagonistas dependiera de otro.

Pero que sea una función esencial de la defensa el control de la actividad estatal, no habilita a considerar una solidaridad incondicional con los intereses del representado, de lo cual se desprende que el Ministerio Público de la Defensa también resulta

14. MASNATTA HECTOR "Regimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución", LL 1994-E, pag. 878, citando a SAGÜES.-

15. MASNATTA HECTOR "Regimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución", LL 1994-E, pag. 878.-

independiente con respecto a los defendidos, puesto que de lo contrario se convertiría al defensor en servidor absoluto de los intereses particulares e implicaría en ciertos e innumerables casos, en colocarse al margen de la legalidad, por ejemplo para el caso de que sea voluntad del encartado citar testigos falsos o destruir o falsear pruebas.-

En definitiva, la necesidad de la defensa en juicio está dada por el hecho de que interesa a la sociedad y al Estado que el requerido de imputación se defienda eficazmente, a efectos de que el inocente no resulta condenado. Para ello es necesario que no se alteren las reglas del debido proceso, y que la defensa sea desempeñada con la eficacia que pueden prestarle los profesionales con el conocimiento de las normas procesales y de fondo. En tal sentido, la influencia del interés público en juego explica el rasgo más característico del defensor: su independencia; puesto que como no tutela solamente el interés privado, el defensor no se constituye en un simple mandatario del acusado, sino que se encuentra revestido de poderes autónomos en lo tocante a su labor técnica que no provienen de la voluntad de su cliente sino de la ley ¹⁶.

Un claro ejemplo de la importancia de contar con un instrumento estatal enteramente dedicado a la representación de las personas sometidas a juicio, se deduce de un artículo titulado “¿Tuvo Ud. un abogado cuando fue al tribunal? No, me dieron un defensor público”¹⁷, donde JOHATHAN CASPER realiza un estudio sobre 72 casos en que intervinieron defensores de oficio durante el invierno de 1970-71 en el Estado de Conneticut, EEUU. El estudio arrojó los siguientes resultados: el total de los defendidos encuestados manifestaron su absoluta disconformidad con la tarea desempeñada por el defensor que les fue asignado. Existía, en general, un sentimiento de desconfianza hacia el defensor de oficio, desconfianza motivada básicamente por el comportamiento de éste durante el procedimiento, su situación institucional y sus aparentes ambiciones personales. La imagen que los asistidos forjaron de su defensor fue la de una suerte de “agente de la fiscalía” ya que resultaba imposible, a sus ojos, que alguien proveniente de la misma estructura que el acusador (el Estado) pudiera sostener un interés contrapuesto al de este último.

16. CASIMIRO A. VARELA, “Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal”, AD-HOC, pag. 243.-

17. Citado por GUARIGLIA F. “El Nuevo Sistema de Oficio en el Procedimiento Penal”, en JA 1992-II, pag. 776 y sstes.-

En tal sentido, tampoco hay que olvidar la impresión que ello genera en la delicada situación del imputado: perseguido y acusado por el Estado, juzgado por el Estado y defendido por el Estado.

Pero esta situación se ve desvirtuada en el recto entendimiento de lo que una garantía constitucional importa, ya que la misma consiste en limitaciones que el propio poder estatal se impone, fundado en normas básicas y constitutivas del mismo ordenamiento jurídico. En tal entendimiento, y en virtud del actual sistema constitucional de derechos no se puede afirmar que el Estado al intervenir en un proceso, no distinga las debidas competencias y la distribución de funciones dentro del mismo, ya que ella se ve respaldada además por la asignación de independencia de cada uno.

Es también de notar que la independencia proclamada para con el Ministerio Público se condice con la independencia de poderes propia del Estado Democrático de derecho. En tal sentido, la historia ha enseñado harto elocuentemente que se da una relación inversamente proporcional entre concentración autoritaria del poder y organización garantizadora del imputado. En los regímenes autoritarios los derechos de la persona sometida a proceso penal y, particularmente, sus oportunidades de descargo, se esfuman de hecho. El justiciable es presentado como un mero objeto de investigación, actuando en su contra un cúmulo de presunciones que diluyen por completo el principio de inocencia y lo colocan desde el primer momento en la situación de un enemigo atrapado al que debe destruirse¹⁸

5. EL DEBIDO PROCESO

Dentro de la correcta actuación de la institución de la Defensa, resulta función primordial la salvaguarda de la garantía del debido proceso, en tanto el art. 18 de nuestra Constitución Nacional enfáticamente proscribire que resulta “*inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”, lo que implica el correcto ejercicio del derecho a la jurisdicción, su contralor, y el acceso a la tutela judicial efectiva, todas tareas propias del Ministerio que nos ocupa.

El debido proceso legal representa desde nuestra estructura constitucional una garantía amplia e innominada para la protección de los derechos. Se encuentra in-

18. VAZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO “La Defensa Penal”, Ed. Rubinza-Culzoni, 1989, pag.57,

tegrada por dos aspectos, que si bien son inescindibles, a la hora de su aplicación pueden distinguirse en debido proceso adjetivo, garantía instrumental que mira a la no vulneración de la defensa en juicio, dirigida a la estructura formal de la norma y tendiente a verificar qué órgano, competencia, procedimiento y proceso han cumplido con las exigencias del mandato constituyente desde la asignación de atribuciones y satisfacción de requisitos, presupuestos que hacen a la validez de la misma. Se manifiesta en el principio de legalidad (en sentido amplio en el art. 19 y en sentido específico en el art. 18 de la Constitución Nacional).

Por otra parte encontramos al debido proceso sustantivo, con basamento en el principio de razonabilidad (art. 28) en consonancia con el principio de igualdad (art. 16), que se presenta como un test sobre el contenido de las normas o al modo de los actos de gobierno, en cuanto a la exigencia de adecuación material, al texto, a los principios y a los valores de la norma fundamental.

La defensa, en cuanto actividad jurídica, no puede concebirse fuera de la particular configuración normativa que es el proceso, para lo cual ya reiteradamente nuestra Corte Suprema ha referido que la garantía a la defensa en juicio radica en la estricta observancia de las formas procesales, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

En tal entendimiento, siempre se ha afirmado que el derecho penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida, por ello es que es menester desarrollar una forma práctica de realización, denominada casualmente proceso. Entonces, ha de tenerse en cuenta que el derecho sustancial se encuentra un tanto distanciado de los acontecimientos de la vida real, no contiene más que valoraciones generales y esquemáticas que deben ser aplicadas al caso en concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares, para que la función jurisdiccional pueda desarrollarse. Todo esto demuestra que el derecho penal ha de completarse por una actividad supletoria, que deje sentado en cada caso el “si” y el “como” de la pena, ejecutando el acto punitivo¹⁹.-

Que tal proceso deba ser el “debido” implica que en el estado de derecho se deje sentir la necesidad de una regulación fija de la clase y forma de aquella actividad,

19. ERNST BELING “Derecho Procesal Penal” Ed. Labor 1943, pag. 1.-

de la regulación de un procedimiento jurídico en el cual, dejando a un lado la arbitrariedad y el oportunismo, queden precisadas la admisibilidad y pertinencia de los actos de procedimiento y se perfilen previamente las facultades, los derechos y los deberes de cada parte interesada en el mismo.

Ello nos sirve para fijar el concepto del juicio penal, encontrando en él un “*pro-cedere*”, un avanzar, un procedimiento que comprende una cadena de actos dominados por un fin único y que se realizan con vistas a la consecución de un objeto determinado, no se trata en el proceso de un estado de reposo, ni de un acto único y aislado. Del mismo modo, debe tratarse de un proceso jurídico, es decir, que la regulación jurídica se dirija antes que al procedimiento, a delimitar el ámbito de actividad de determinadas autoridades²⁰.

Que de ello se colige que las conductas dentro del procedimiento deben estar ordenadas y delimitadas a la prosecución del mismo hacia la sentencia final, otorgando posibilidades parejas a sus intervinientes y en el caso de la defensa que ahora nos ocupa, de la posibilidad de intervenir ampliamente y poder prever y conocer cada acto y cada paso procesal que a su respecto se tome.

En tal sentido, la función del ordenamiento procesal consiste en ofrecer a los órganos de la justicia penal las normas a que han de atenerse en su conducta propia y al juzgar las conductas ajenas.

El debido proceso, a su vez comprende: A) que ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el Juez de la causa; B) este procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el “debido”, C) para que sea el “debido”, tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, D) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído). En otras palabras, se inser-

20. Autor y obra citada, pag. 2.-

ta aquí la plenitud del *derecho de defensa*²¹.

Se colige de esta forma que el derecho de defensa está íntimamente ligado al debido proceso, puesto que necesariamente debe entrar en la composición de éste como supuesto de legitimidad.

Es por ello que los principios que iluminan las normas constitucionales pueden ser resumidos en la idea de que el proceso a cumplir (por el cual el sujeto se ve compelido a comparecer a la jurisdicción y en el que se arribará a un pronunciamiento definitivo) no es un trámite cualquiera, no se trata de un procedimiento establecido bajo una forma desordenada y simplista del cual puede ser subordinado a formas casuísticas y derivadas de la costumbre judicial o del recto entendimiento subjetivo del tribunal que toque intervenir; sino todo lo contrario, debe tratarse de un proceso legal, regido por las reglas preestablecidas legislativamente que resultan derivadas de aquella norma fundamental; es decir en un sentido estricto, se trata del debido proceso.

Por lo tanto, la fórmula no puede convertirse en una mera declaración axiológica, sino que se identifica con la justicia misma, aplicada al caso concreto pero fundamentada según reglas generales de valoración y de procedimiento.

CARRARA²², entendió que a la legalidad del ordenamiento jurídico sustancial se le debe adosar la legitimidad del proceso, en tanto no se concibe uno sin el otro: “*si la ley eterna del orden le impone al género humano una sociedad y una autoridad civil que protejan al derecho; si, por las condiciones de la naturaleza humana, esa protección de la autoridad social no puede actuarse sin la amenaza de un castigo que debe infringirse a todo el que viole el derecho, de estas verdades se desprende como legítimo colorario, que de esos mismos principios de donde proviene la legitimidad de la prohibición y de la amenaza, tiene que derivarse también la legitimidad del juicio. Este es necesario para que al verificarse la previsión del delito, se haga real la irrogación del castigo; y es necesario que el juicio sea un acto de razón, así como también es un acto de razón el que prohíbe la violación y amenaza con pena*”.

21. BIDART CAMPOS GERMAN, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo II, pag. 327).-

22. Citado por VAZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO “La Defensa Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1989, pag. 43.-

De ello surge la necesidad de dotar de racionalidad al procedimiento, de otorgar posibilidades parejas a las partes y garantizar su actuación en el transcurso de la investigación. Esto lleva a determinar con precisión los principios inalterables a los que el acto de juzgar debe someterse, los que deben ser minuciosamente establecidos y reglados por el legislador, ya que serán el instrumento previo que establezca las formas que conducen al pronunciamiento e implican las garantías de imprescindible cumplimiento en razón de la materia tratada y su importancia decisiva, ya que el juicio está indisolublemente ligado a la pena y ésta a la prohibición y, a su vez, a la autoridad y a los fundamentos mismos de la sociedad civil.

En tal sentido, el fundamento de la sociedad civil se concibe en la defensa armónica del individuo y de la comunidad, de lo que se desprende que el origen del ordenamiento punitivo no debe buscarse exclusivamente en la defensa social, sino por lo contrario en la defensa del derecho, es que lo primero (bajo la invocación del peligroso principio *salus publica suprema lex*) puede dar lugar a incontrolables abusos, en cambio la defensa del derecho descarta tal posibilidad, ya que implica lo previamente establecido, la serena meritación de criterios objetivos de justicia y una organización equilibrada en función de la razón de cada acto y medida, así “*el juicio penal debe ser el último instrumento de la tutela del derecho y es evidente que los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios, o sea, proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables, y proteger el derecho del reo a no ser castigado sin motivo o más allá de la justa medida de su falta*”²³.

En conclusión, la cuestión central que se debate en el procedimiento penal es siempre la conciliación entre la tutela del orden jurídico y la tutela de los derechos del encausado. CARRARA afirma que entre el conflicto entre estas dos necesidades debe primar la que protege los derechos del acusado. Y es palpable el motivo cardinal de esta respuesta, pues si se viola el derecho en perjuicio del acusado, se ocasiona un mal cierto y positivo que es la condena del inocente, mientras que, si al preferir la absolución en caso de duda, se viola (respecto a una verdad desconocida) el derecho de la sociedad al castigo del culpable, no se produce sino un mero peligro; de modo que la diferencia es entre afrontar un mal y afrontar un peligro.

El enjuiciamiento responde a su naturaleza jurídica, básicamente a la necesidad de

23. VAZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO “La Defensa Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1989, pag. 45, citando también a CARRARA.

saber a qué atenerse con respecto a los demás en cuanto a conductas y pasos procesales se refiere, marcando así la legalidad de la convivencia dentro del proceso. De este modo desempeña un papel fundamental de certeza sobre las relaciones intersubjetivas y otorga un relativo margen de predecibilidad en la libertad de acción y de planificación de la actividad según los pasos rituales que en forma sucesiva se encadenan.

Que en definitiva, un procedimiento limpio es, al mismo tiempo, el comienzo de la actividad resocializadora del derecho penal. Al arbitrio del autor no se le puede responder con el arbitrio de la comunidad jurídica. Es ese sentido, un procedimiento penal llevado a cabo correctamente tiene un elevado contenido de orden y un efecto de paz ²⁴.

6. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Puede encontrarse en la organización de la Nación el antecedente al derecho a la defensa en juicio en el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, que establecía que ningún ciudadano podía ser condenado o expatriado sin que procediera la forma de proceso y sentencia legal, asegurando la inviolabilidad del domicilio y la obligación de hacer saber al imputado la causa de su detención y de remitirlo al Juez competente.

Dicho antecedente dio base a nuestra Constitución Nacional, que establece en el art. 18 que “...es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. De esta forma, los poderes del Estado deben por mandato constitucional respetar el derecho de defensa, lo que significa no solo su reconocimiento y la facultad de ejercerlo, sino que más aún, implica la imposibilidad de obviarlo, ya que su observancia es obligatoria y debe serle otorgado al imputado aún incluso contra su voluntad.

Que dicha norma constitucional a su vez puede ser entendida a la luz del art. 120 incorporado por la última reforma constitucional, en el sentido de valorar la importancia otorgada por el constituyente al aseguramiento de la defensa en juicio y de la provisión por parte del Estado de los medios para que la misma se haga efectiva en todos los casos sometidos a la jurisdicción.

24. CABALLERO RICARDO “Justicia Criminal”, Ad-Hoc, citando a BAUMANN.

En definitiva, la defensa del imputado es el derecho subjetivo individual de resistir y refutar la imputación de una conducta concreta que se subsume en un tipo penal determinado, se funda en el interés constitucional de justicia y constituye un poder de realización penal que es inherente al pleno ejercicio de los derechos otorgados a todo ciudadano sometido a proceso²⁵. No cabe enunciar a la defensa en juicio como una difusa y errática eventualidad sino como una concreta y exigible exteriorización que debe operar en tiempo propio y medida adecuada²⁶.

La misión del ordenamiento jurídico de resguardar la vigencia de los derechos fundamentales debe asegurar que la defensa en juicio de la persona que es sometida al procedimiento sea cierta, efectiva y pueda ejercer su misión sin restricciones arbitrarias. Por ello hay que considerar que la base del ordenamiento represivo está dada por el imputado; pues es el centro del proceso, ya que, desde el momento en que hay una leve sospecha en contra de una persona de que haya cometido un suceso delictivo, ésta se convierte en imputado, con todos los derechos que el sistema le confiere.

Esta relevancia se vislumbra también, con las repetidas interpretaciones dadas a dicha garantía por nuestra Corte Suprema, en tanto son sancionados con nulidad absoluta los casos en los que se priva al encausado del acceso a una defensa efectiva o en donde no se ejerce su defensa en forma eficaz y certera.

En ese sentido, es posible sostener que todos los sujetos sometidos a proceso merecen la defensa más acabada y eficaz posible, puesto que el Estado como detentador del poder coactivo que es, se ha autolimitado en su afán persecutorio para lograr alguna especie de paridad en torno al individuo sujeto de investigación, razón por la cual lo considera jurídicamente inocente, a fin de evitar la irrazonable situación de serle aplicada una condena sin tener la certeza de que sea plenamente responsable y posibilitarle el ejercicio de su derecho a la oposición de las imputaciones al cargo que se le reprochan.

De este modo, es el estado de inocencia del individuo traído a proceso el que impone la existencia de un servicio público de defensa que se haga cargo de los ciudadanos que carecen de medios para afrontar a erogación que implica un abogado de con-

25. LEDESMA ÁNGELA E., “La excepción de prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable en el proceso penal”, Revista de Derecho Procesal, “Defensas y Excepciones” II, Rubinzal-Culzoni 2003, pág. 239.-

26. MORELLO AUGUSTO M., “La Eficacia del Proceso”, Hammurabi 2001, pág. 20.-

fianza. Sostener que el Estado no debe proveer a la defensa de una persona acusada de haber cometido un delito porque es quien, a través de otro de sus órganos, la persigue, es tan absurdo como afirmar que un sospechoso herido durante un enfrentamiento armado con personal policial no debe ser atendido en un hospital público²⁷.

Pero a su vez, dicho derecho puede ser conceptuado como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la convicción de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano²⁸.-

Que no debemos olvidar tampoco que la defensa en juicio implica la modalidad racional y jurídicamente sustitutiva de la defensa “*por mano propia*”, extremo que evidencia la abolición de que todo individuo se arme en razón de la misma; circunstancia que como contracara, presenta el reconocimiento de que la inviolabilidad de la defensa en juicio no es otra cosa que el instituir el proceso judicial como medio idóneo (y único admisible) para la defensa.

Si literalmente analizamos la fórmula constitucional debemos advertir que defensa “*de la persona y de los derechos*” se ejerce no sólo por el imputado y el demandado, sino también por aquél que, precisamente ante la afectación, alteración, violación y, aún, falta de certeza jurídica respecto de sus derechos, acude a la jurisdicción para obtener, procesalmente, justicia. En síntesis, defensa es poder y es actividad des-
envueltos, tanto por el imputado y los sujetos pasivos de la denominada “*relación jurídico-procesal*” en general, como por el particular directamente interesado en la concreta actuación del derecho constitutivo, que ocurre ante los órganos jurisdiccionales predispuestos por la organización estatal, reclamando su inserción -como actor- en el proceso, que es condición para la defensa racionalizada²⁹.

27. MARTINEZ STELLA MARIS “*Algunas Reflexiones Sobre el Derecho de Defensa en Juicio*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 8, pag. 237 y sstes..

28. CASIMIRO A. VARELA, “*Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*”, AD-HOC, pag. 240.-

29. CRISTINA DEL V. JOSE DE CAFFERATA “*Teoría General de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal*”. Ed. Marcos Lerner, pag. 103.

Pero desde el punto de vista que instaura el art. 120 de la Constitución Nacional, la función del defensor se ve dirigida a la concreta persona que representa, velando a través de su ejercicio por el respeto de sus derechos humanos (función conectada y complementada por los Pactos Internacionales en la materia), tarea en la cual la defensa se ve institucionalizada y adquiere su parámetro normativo en el cual actuar.

En consonancia con ello, la ley Orgánica del Ministerio Público (24.946), establece como deber y atribución del Defensor General de la Nación, realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales (art. 51, “D” y “V”).

Así, se denota que en todo caso el defensor cumple una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés individual, puesto que no puede ser entendido burdamente como un patrocinante de “delincuentes”, sino como un custodio del derecho y de la justicia en cuanto estos valores puedan encontrarse lesionados o amenazados en la persona del imputado e impliquen la injusta atribución de responsabilidades, reservada únicamente para los legítimamente declarados culpables luego de la sustanciación del proceso.

La defensa en juicio que tiene basamento constitucional se manifiesta de tal forma a través de los actos que componen el proceso judicial. Así es de rigor observar el derecho del imputado a tomar intervención en el proceso seguido en su contra con la posibilidad de ejercer todos los derechos y atribuciones que la ley procesal y sustantiva le acuerda. Las formas del proceso penal deben organizarse de tal manera que conjuguen la necesidad de la indagación y del descubrimiento del delito y el derecho del procesado a que se le repute inocente hasta ser convicto por sentencia firme.

El moderno derecho procesal penal requiere que no haya imputación o acusación sin el ejercicio simultáneo de la defensa. Así, la búsqueda de la verdad material requiere prioridad procesal y es presupuesto ineludible de la sentencia, exigencia del principio *pro reo* y ello ha de lograrse a través de la oposición entre la acusación y el auténtico pensamiento opositor de la defensa. Se hace necesario en este orden de cosas, que la intervención de ésta se opere en todos los pasos procesales en los cuales la ley requiera su presencia. Es el principio constitucional el que exige que se otorgue al imputado un correcto ejercicio de tal derecho, exigencia que se torna ineludible aún para el caso de que aquél observe desinterés de su parte o no quiera

ejercitarlo³⁰.

Se comprende de este modo, la capacidad de parte del imputado y de su defensor de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión primitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del individuo.

La defensa efectiva de los justiciables es entonces el medio necesario y la regla esencial para asegurar la salvaguarda de los derechos fundamentales.

En este sentido, y a fin de poner realmente en práctica las declaraciones incorporadas por los Pactos Internacionales y de consuno con el art. 120 de nuestra norma fundante, es menester disponer de mecanismos efectivos que garanticen el acceso a la justicia, con el propósito de asegurar el funcionamiento adecuado, democrático y justo del sistema penal. *“Hemos dicho reiteradamente que la institucionalización de la defensa pública persigue salvar el abismo, cada vez más perceptible, entre el texto legal y la práctica judicial, entre el discurso jurídico garantista y su realización práctica. Con ello hacemos relación al concepto de “la dimensión social de la justicia”, entendido como la obligación del sistema de administración de justicia penal de intervenir en el conflicto en procura de la solución social del mismo, ante sujetos que se enfrentan en igualdad de condiciones legales”*³¹.

Que, por el contrario, si el imputado no pudiera defenderse frente a una acusación penal, llegaríamos al irracional punto de no poder hacer valer sus más básicos derechos que se conculcan en mayor o menor grado (puesto que a una persona encausada y gozando de la libertad durante la tramitación de la causa o al que resulta finalmente condenado en suspenso, ciertamente le incumben), esto es, en sentido amplio su vida, su libertad, su patrimonio, su honor y otros derechos, sean privados o públicos; y las garantías constitucionales serían abstracciones formales, disposiciones ilusorias plasmadas en letra muerta. En tal sentido, resulta evidente que la norma constitucional ampara principalmente a la actividad procesal, entendida como posibilidad de acción procesal, puesto que es la que concibe y pone en funcio-

30. CASIMIRO A. VARELA, “Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal”, AD-HOC, pag. 172.-

31. ANTONIO MALDONADO y ALVARO FERRANDINO “Congreso Constituyente de la Confederación de Defensorías Públicas de Centroamérica”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, pag. 261, Ed. AD-HOC. En nota a dicho texto, los autores ejemplifican la dimensión social que debe guiar a la administración de justicia, con lo normado en el art. 7º del Código Procesal Penal de la República de Costa Rica, que establece: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre los protagonistas”.

namiento los derechos básicos consagrados por ella y otorga.

La necesidad de la defensa impone de tal modo su obligatoriedad, por lo que el nombramiento del defensor es además irrenunciable, cuestión que fundamentalmente se asienta en dos principios, el primero en tanto la sociedad tiene interés efectivo en la tutela concreta de la libertad personal y de los derechos individuales que el proceso a veces los toca tangencialmente, en segundo término, también la sociedad tiene interés en la represión del verdadero culpable (elemento que reafirma el imperio de la ley, que es igual a la voluntad popular en cumplir con los bienes del Estado, base de nuestro sistema democrático) y por ello en la absolución del inocente; extremo que remite asimismo a que la sociedad no quiere juicios injustos o medios condenatorios arbitrariamente adoptados.

En consecuencia, podemos afirmar que el derecho del imputado a contar con una defensa técnica, no es una concesión acordada por el legislador en la medida de la conveniencia del estado, sino que resulta ser un derecho derivado del texto constitucional mismo.

Desde el sensible flanco del proceso criminal se debe reconocer que la garantía de la defensa en juicio no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa sino que se extiende, según los casos, a la provisión por el Estado de los medios necesarios para el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional, y se desarrolla en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante al efectiva intervención de la defensa (CSJN “BASILIO OSCAR S.A. vs. BASILIO ALBERTO” 30/4/96, voto en disidencia de los Dres. MOLINÉ O’CONNOR, FAYT, PETRACCHI y BOSSERT).

Desde el punto de vista esbozado, el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abiertamente para decidir acerca de una posible reacción penal en su contra y la de llevar a cabo en el mismo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal requirente del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.

Estas facultades pueden ser resumidas en: la posibilidad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal

una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal.

Por su parte, la garantía a poseer un defensor técnico dentro del proceso se produce desde la primera oportunidad en que alguien es sindicado como autor o partícipe de un ilícito penal determinado. En realidad, todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en el que una persona es involucrada en un hecho punible, ante cualquiera de las autoridades competentes para la prosecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede entonces desde este instante ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal. Como contracara, y denotando un punto de comparación opuesto, el antiguo ordenamiento que regía en el proceso penal (Código de Procedimientos en Materia Penal que data de 1889) negaba al imputado el derecho a intervenir en el procedimiento de manera espontánea y el de ejercer las facultades que la ley le concede antes de que el Juez de instrucción le considere sospechoso y disponga a que comparezca a declarar en informativa o en indagatoria. Seguramente en esta nueva faceta de las garantías constitucionales tal entendimiento resulta imposible, puesto que el rol de la persona enrostrada de un delito consiste en participar activamente del proceso y en defender su postura exculpatoria, privilegiando la libertad y la legalidad del proceso por sobre la coerción arbitraria.

Tal aserto evidentemente trasluce que la posición del imputado no depende del ordenamiento procesal en el que se desarrolle, dado que los derechos y garantías fundamentales de la persona emanan directamente de la Constitución Nacional y no existe posibilidad alguna de restricción en tal sentido (art. 28, “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”). Es así que resultaría aceptable que una Constitución de provincia o un código de procedimientos otorguen al imputado mayores derechos y garantías que los que la Constitución Nacional les concede (art. 33 C.N.) pero resulta imposible que ellos desmejoren la posición mínima que aquélla le garantiza al imputado en el proceso.

Con respecto al momento en que la garantía de la defensa fenece, se presenta el cuestionamiento de si termina cuando la pena pasa en autoridad de cosa juzgada o si también opera durante el procedimiento de ejecución de la sanción impuesta; a tal fin es menester tener en cuenta que la pena o la medida de seguridad y corrección

resultan ser manifestaciones del poder penal del Estado, caso por el que la postura correcta es la reseñada en segundo lugar, dado que es un principio emergente de la protección del individuo que cuente con garantías y con posibilidad de defensa en todo el lapso en que se encuentre bajo la potestad represiva estatal, caso en el que es clara la aplicación de reglas jurídicas, incluso constitucionales.

Pero además de la posibilidad de que el propio imputado pueda vertir en la causa las circunstancias que crea conveniente, la particularidad del proceso penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, la que no obstante el planteo desarrollado en la presente, se logra sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un defensor de confianza o cambiar el mismo cuando lo considere conveniente o necesario para su defensa en juicio.

Que tal derecho resulta de tamaña importancia que en caso de que el individuo no cuente con los medios necesarios como para acceder a una defensa técnica particular o incluso en casos en que no desee ser defendido en el proceso, el Estado acude en su auxilio brindándole los medios para ejercer sus derechos por medio del Ministerio Público de la Defensa, garantizando así el debido respeto a la inviolabilidad de la defensa en juicio, que no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado.

Previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, sólo pueden indicar que el derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal por sí solo, salvo supuestos excepcionales, esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en que se permita su autodefensa. El defensor viene así a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal y esa es la auténtica función que él cumple. Se comprenderá mejor esta misión y la relativa capacidad del imputado para estar en juicio penal, si se observa que, salvo excepciones, ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí mutuamente por el ejercicio concreto de ellas en un sentido determinado, por ejemplo si el imputado decide confesar el hecho punible como propio y el defensor lo niega o el defensor acepta que el imputado ejecutó el hecho punible, incorporando la circunstancia

que se defendió de una agresión ilegítima y el imputado haya negado el hecho³².

Que la razón misma por la cual se establece la defensa de oficio en nuestra norma fundamental, también reconoce razones de igualdad frente al enjuiciamiento penal y que la gratuidad de la defensa como principio sustentador del servicio jurisdiccional y el aseguramiento por parte del Estado de suministrar asistencia letrada a quien carezca de recursos suficientes.

En realidad, la mayoría de las personas que acuden a un servicio de justicia como ser el de una defensa pública, no tienen la posibilidad económica de proveerse una asistencia técnica privada. Es por ello que, en gran parte, el nivel de protección de las garantías individuales dependerá del funcionamiento del sistema de defensa oficial que el Estado provea. En tal sentido, la última reforma constitucional ha dado pasos trascendentes en lo referente a la implementación en el sistema constitucional de poder al profundizar el diseño del modelo de control, al haberse dado nacimiento con rango constitucional el Ministerio Público, órgano cuya misión consiste en ejecutar tareas destinadas a potenciar el rol del ciudadano en el sistema democrático y en asegurar la vigencia de sus derechos y garantías, los que, por otra parte, recibieron aportes imprescindibles al ser receptados en el texto constitucional diversos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos.-

De esta manera, lo que consagra nuestro régimen constitucional es un sistema procesal penal en el que se encuentren debidamente conjugados el interés individual de defensa y el social de represión, en tanto el rito debe ser garantía de justicia para el individuo y para la sociedad, estructurándose sobre la base de procurar un equilibrio entre el interés por averiguar la verdad y la necesidad de garantizar los derechos de las partes en general, y del acusado en particular.

En el proceso penal, a diferencia del civil, es en donde la capacidad de postulación es ejercida, casi exclusivamente, por los profesionales del derecho y el derecho de defensa es ejercitado simultáneamente por el abogado defensor y su patrocinado. En este sentido la defensa penal presenta un carácter dual, ya que se halla integrada por ambos. La primera, que es de carácter técnico, responde a un principio de derecho público, y es en definitiva la sociedad, quien impone la necesidad de que el imputado

32. MAIER JULIO B. "Derecho Procesal Penal", Tomo I, pág. 551.

sea asistido por un abogado defensor. En cambio, la segunda depende del acusado quien podrá o no conformarse con la pretensión deducida por la parte acusadora.

En tal sentido, se debe resaltar que las manifestaciones del poder de defensa se explicitan a través de dos órdenes de actividades. La que ejercita el sujeto que se ve sometido a proceso o amenazado por una pretensión penal a través de la función defensiva desarrollada durante la marcha de todo el procedimiento, y la realizada mediante la expresión técnica de la subsunción de los hechos que dan margen al proceso, en las normas penales y procesales aplicables y que exigen conocimientos de los cuales, por regla general, el imputado carece³³.

Es decir, que nos encontramos frente a dos cuestiones que pueden ser explicitadas como netamente probatorias, en las cuales casi cualquier persona puede comprender cuales son los argumentos mínimos que puedan llegar a inculparlos o cuales son los que favorecerían a su condición, extremo que no obstante requiere siempre de una adecuada defensa dado que es notable el peso que tienen determinados indicios o la validez de determinadas diligencias, pero a pesar de ello en general resultan ser cuestiones asequibles a un ciudadano medio, puesto que en definitiva son cuestiones fácticas, reales y palpables; quedando, por supuesto, fuera de las mismas la valoración de las probanzas. Y por otra parte, se puede enmarcar la cuestión en el orden puramente del derecho, a eso se hace referencia cuando se habla de la subsunción típica, es decir a las posibles adecuaciones de la conducta acriminada, así como también el mejor uso de las herramientas procesales en el desarrollo del proceso y de las recursivas casi a su finalización; en donde la tarea del defensor se hace netamente imprescindible e involucran cuestiones constitucionales.

En tal sentido, se afirma que el poder de defensa comprende tanto el aspecto material como el técnico, por cuanto uno y otro integran la resistencia a la imputación: diríase resistencia natural o intuitiva y resistencia jurídica o razonada³⁴.

Que en caso de la defensa letrada, con su presencia se reconocen además intereses públicos en que nadie sea sancionado en estado de indefensión, y en cuanto al propio imputado le asiste la libertad de disponer por propia voluntad de su defensa, en

33. CLARIA OLMEDO "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, pag. 310, Rubinzal Culzoni 1984.-

34. CLARIA OLMEDO "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, pag. 309. Rubinzal Culzoni 1984.-

el sentido de contestar la imputación, preferir confesar el hecho, guardar silencio, conformándose con la pretensión incoada por la acusación o desistiendo de los recursos interpuestos.

Además del derecho de defensa, es menester conceptualizar al imputado como el sujeto esencial del proceso que, con respecto al objeto principal, ocupa una posición pasiva. Es el perseguido penalmente, a quien se le concede el poder de pretender con fundamento opuesto a la pretensión incriminadora del acusador. A la par de éste, actúa frente al órgano jurisdiccional, por sí, con la asistencia del defensor, o haciéndolo éste en su defensa. Eventualmente ocupará también una posición pasiva frente a la pretensión del damnificado que ejerza en el proceso penal la acción civil, caso en el cual podrá pretender con fundamento opuesto a esa exigencia de reintegración patrimonial³⁵.

El nombre “*imputado*” para este sujeto procesal ha sido aceptado en los últimos tiempos por la doctrina, subsistiendo otras denominaciones. La legislación moderna lo recepta, sin perjuicio de nombrarlo también conforme a la situación procesal que va asumiendo en el avance del proceso: “*indagado*”, “*procesado*”, “*acusado*”, “*condenado*”.

La denominación más antigua es la de “*reo*”, que se extendía al demandado civil. Se trata de una noción puramente sustancial, y por ello inadecuada por cuanto equivale a “*culpable*” por el hecho. Algunos le dan el nombre de “*inculpado*” pero este término, a más de equívoco, proporciona también una noción sustancial de “*puesto en culpa*”. Se trata de conceptos ya procesales los de “*encausado*” y “*enjuiciado*”, que emplean algunas legislaciones nacionales, pero son demasiado generalizantes y no identifican bien el acto que pone a este sujeto en causa o lo somete a juicio.

De allí que con mayor precisión obtengamos de la denominación de “*imputado*” el contenido del que se muestra la dirección de la pretensión penal, delimitándose asimismo como el sujeto procesal que podrá ejercer sus derechos desde el primer acto imputativo dirigido en su contra.

Como regla, el comienzo de la calidad de imputado se da cuando oficialmente la

35. CLARIA OLMEDO “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo II, pag. 69, Ed. Marcos Lerner, 1984.-

autoridad con funciones judiciales penales (policía, fiscal o tribunal) tiene indicado a alguien como posible partícipe en un hecho delictuoso. La indicación debe estar contenida en un acto imputativo procesalmente eficaz en cuanto dirigido a formar causa. Los códigos modernos le dan este alcance cuando extienden la posibilidad de hacer valer los derechos que la ley acuerda al mismo por la persona indicada como partícipe de un hecho ilícito, en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra. Este modo legal de expresión se debe a la noción restricta del imputado en cuanto sujeto del proceso, por lo cual no lo será durante el procedimiento previo a su iniciación.

7. ACUSACIÓN COMO ACCIÓN, DEFENSA COMO EXCEPCIÓN

El artículo 120 de la Constitución Nacional, a su vez contribuyó a reafirmar los roles de la acusación y de la defensa, conformando un legítimo orden institucional dentro del proceso al tiempo que define los ámbitos propios de cada institución.

Es así que la prohibición del procedimiento de oficio exige la excitación extraña por parte del Fiscal para que la jurisdicción pueda ejercerse válidamente. De la misma forma, la acción delimita el objeto procesal, el que no puede ser excedido por la jurisdicción. Son dos poderes del Estado que ejercitan órganos diversos, la acción es excitante y la jurisdicción excitada, no obstante ésta va dando base al ejercicio de aquélla.

Quedan así, perfectamente diferenciadas las funciones de requerir y de decidir, y con ello los poderes de acción y de jurisdicción. Esto último muestra una nota diferencial de importancia en la valoración del poder de acción desde el punto de vista penal o del derecho privado, en lo penal el titular del poder siempre es el Estado, en lo civil lo es el particular y en pocos casos el Estado a la par de aquél. De aquí que la acción penal sea de ejercicio ineludible una vez dadas las condiciones para ello, lo cual no ocurre con la acción en lo civil. Es el principio de promoción inevitable de la acción en el proceso penal, el que se ve extendido también al ejercicio posterior a lo largo del proceso conforme al principio que se conoce como irrefragabilidad de la acción, puesto que su ejercicio sólo puede suspenderse por las causales expresamente previstas en la ley.

En realidad, la acción es un poder estatal distinto al punitivo o diverso del derecho penal sustantivo cuya actuación se persigue en el proceso. Por el poder punitivo, el

Estado debe castigar al infractor de la ley, por el de acción debe exigir un pronunciamiento jurisdiccional acerca de si existe o no un infractor. El primero se concreta cuando hay un culpable declarado por sentencia firme, el segundo, cuando se dan las circunstancias fácticas de posibilidad delictual. El primero tiende al castigo del culpable, el segundo, con criterio imparcial, persigue la decisión que dé o no paso a la pena, y en su caso que la pena se ejecute, conforme a su imposición y a la ley penal³⁶.

En forma contraria a la expuesta, quien resulta perseguido en el proceso penal como consecuencia del ejercicio de la acción y aún de los actos que preparan su promoción, está munido del poder de plantear pretensiones con fundamento opuesto o diverso al de la imputación, postulando su desvinculación en el proceso o que se dé una declaración de menor responsabilidad. También es hábil para pretender la eliminación, la paralización o el cierre del juicio.

Ello significa ejercitar el poder de excepción, concebido como el ejercicio del derecho de defensa que constitucionalmente se le reconoce al imputado, concretizado en la persona del imputado como sujeto esencial del proceso enfrentado formalmente al acusador en su posición ante el Tribunal.

La razón de la defensa está en el reconocimiento de la libertad. De aquí que se la haya considerado como una base constitucional y que su fuente sea el orden jurídico en su conformación integral.

El mayor mérito del estado democrático de derecho, que, por su naturaleza excluye formas de legitimación absolutas y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales³⁷, implica que el ejercicio de la defensa, vertido en este acápite como excepción, enfrente con validez y autoridad la decisión pública puesta de manifiesto por el poder jurisdiccional, en cumplimiento no sólo de los deberes emanados de nuestra norma fundamental, sino que en salvaguarda de la misma y de los derechos inherentes a los ciudadanos.

36. CLARIÁ OLMEDO JORGE A. "Derecho Procesal Penal", Rubinzal-Culzoni, Tomo I, 1998, pag.31.-

37. FERRAJOLI LUIGI, "Derechos y garantías, la ley del más débil", Ed. Trotta, 1999, pag. 19.-

El principio aquí detallado, presupone que para que exista un equilibrio acorde con las garantías procesales, dentro del procedimiento exista correlación entre la acusación y la defensa, esto es, necesaria paridad de oportunidades para cada una de ejercer una la prosecución estatal de los delitos, la otra la defensa de la postura exculpatoria.

El requerimiento de que el imputado cuente con un defensor técnico se deriva entonces de la necesidad de la igualdad lógica entre la acusación y defensa y de razones de eficacia procesal. En tal sentido CARNELUTTI³⁸ afirmaba: *“...el que ha de ser juzgado está, por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sabe todo lo difícil que es al imputado y, por lo demás, también a las otras partes contener la pasión o aún solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aún cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general, no la posee. Él está, por eso, exactamente en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender”*.

De tal forma, el juicio penal puede entenderse como la síntesis necesaria entre acusación y defensa, dado que no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra, lo que nos lleva a colegir que la defensa en cuanto concepto contrario a la acción, es de igual rango y necesidad que ésta. De ahí entonces que esta igualdad deba concebirse como uno de los principios básicos de la mecánica del proceso penal. Al igual que la acción, la defensa es una promesa de decisión, también en forma similar a la acusación, es una investigación de circunstancias de hecho y valoración de pruebas y exposición razonada y fundada del derecho aplicable a las circunstancias fácticas del caso. En tal sentido, si la acusación es el desarrollo razonado de la pretensión penal, la defensa es su contestación.

Si se piensa a la acción como un derecho a la tutela jurídica en tanto importa la prosecución de los delitos, la defensa también debe ser entendida (más aún a tenor del

38. Citado por VAZQUEZ ROSSI JORGE EDUARDO “La Defensa Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1989, pag. 162.-

texto constitucional) y desde la perspectiva contraria, como similar derecho a esa tutela. De ahí que ambas sean manifestaciones de la legalidad del debido proceso y poderes para la plena realización de la actividad integradora.

Es decir que el propio Estado se impone ante la acusación que se encarga de impulsar, el poder al particular de reaccionar frente a la misma, para asegurarse debidamente que la pena que imponga no se ampare en un acto de poder desplegado frente al que no tuvo la posibilidad de oponerse.

8. INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO

El estado de indefensión se produce básicamente en dos supuestos, tanto cuando se privó al defensor designado de toda oportunidad de actuar, como cuando la intervención del mismo se operó sólo formalmente.

En diversas oportunidades, nuestra Corte Suprema ha encontrado mérito suficiente para anular resoluciones adversas a los afectados en tal causal, con la genérica invocación de la garantía de la defensa en juicio. Esto es, casos en los que el Alto Tribunal ha entendido que una determinada sanción represiva ha sido impuesta o bien sin dar a la parte interesada adecuada oportunidad de defenderse, o bien en condiciones en que esta ha visto notoriamente dificultado el ejercicio de su derecho de defensa³⁹.

Es que la necesidad de defensa del imputado condiciona y orienta entonces el ejercicio de los otros dos poderes (Judicial y del Ministerio Público Fiscal) a lo largo del proceso. En los regímenes inquisitivos no se consideraba esta correlación por cuanto subordinaba la defensa a la actividad jurisdiccional. Atento a que el imputado se lo entendía culpable desde el primer momento, en el proceso estaba presente como un objeto de persecución y por ello carente de todo derecho.

Si apelamos a una interpretación gramatical en relación al artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, advertimos que la declaración de que “*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*” está inserta con independencia, entre puntos seguidos. Se yergue, pues, con autonomía propia; lo que justifica una interpretación amplia, la que ni siquiera está vinculado (como los principios del

39. CARRIO ALEJANDRO “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, pag. 21.-

juicio y la ley previos), al término “*penado*” con sus peculiares connotaciones⁴⁰. Esta aseveración implica que no sólo el derecho de defensa es pasible de ser invocado en el proceso penal, puesto que mantiene su imperio en toda cuestión justiciable; y por otra parte en el mismo juicio criminal, no debe verse circunscrito a la defensa ante la cuestión principal, dado que dentro de la tramitación de un expediente pueden surgir numerosas cuestiones colaterales pasibles de ser atendidas y resueltas de acuerdo a derecho y con todas las garantías que amerite la cuestión, tales como ser el tratamiento de los provisionalmente detenidos o los ya condenados, las injerencias propias que causan el enjuiciamiento en la vida y los derechos del hombre (piénsese en las medidas cautelares, constantes citaciones o procedimientos policiales) y fundamentalmente que la pena o su investigación no trascienda los límites propios del proceso, es decir, que no cause más consecuencias que las propias de la aplicación de la pena o la posibilidad de que ello ocurra.

En tal sentido, la fórmula constitucional que instituye el derecho a un juicio previo, se refiere al proceso en su entera complejidad, configurado a través de una serie de actos que la ley define abstractamente como instrumento indispensable de la Justicia. Es así que la expresión “*juicio*” empleada en la Constitución Nacional, se refiere a los procesos de cualquier naturaleza y en su total integridad.

De ello se desprende con meridiana firmeza que a nivel constitucional se reconoce a los particulares la defensa racionalizada, consagrando para el caso un específico derecho de petición a la Justicia.

Es decir, que la defensa no se circunscribe solo al proceso *strictu sensu*, sino que se dilata en toda la extensión que sea necesaria para asegurar el ejercicio de la defensa, toda vez que resulte amenazado el patrimonio jurídico de los individuos a raíz de la posibilidad de la puesta en acto de la función judicial. De esta forma, en toda su dimensión, este principio se proyecta como comprensivo de todo el tracto procedimental, en su entera complejidad, incluidos todos los actos paraprocesales que hubieren de corresponder.

Es así que la defensa no admite recortes respecto de ninguna etapa, captándolas

40. CRISTINA DEL V. JOSE DE CAFFERATA “*Teoría General de la Defensa y Connotaciones en el Proceso Penal*”. Ed. Marcos Lerner, pag. 105.-

en su integral desarrollo hasta la obtención de cosa juzgada; persistiendo además hasta la total cumplimentación de lo resuelto, es decir, hasta la ejecución total de la sentencia.

Ello es así porque la defensa penal no puede evitarse ni impedirse, lo que técnicamente se ha dado en llamar la irrenunciabilidad de la defensa técnica. Proveer de ella a quien no pueda o no quiera ejercitarla, constituye un deber para los órganos del Estado, en tanto debe asegurarse en tales casos el nombramiento del defensor oficial (Fallos 237:158).

Pero se debe además tener en cuenta que la inviolabilidad de la defensa en juicio no importa una licencia irrestricta al inculcado de invocar su vulneración ante la más mínima desviación del proceso, puesto que al mismo también le es oponible el cumplimiento del debido proceso “...al declarar que la defensa en juicio es inviolable, no quiere la Constitución que haya de tener el acusado libertad para alterar a su capricho las reglas comunes de los procesos, sino que su libertad de defensa no sea coartada por las leyes hasta impedirlo producir la prueba de su inocencia, o de su derecho, o ponerlo en condiciones desiguales a los demás” (Fallos 125:10).-

9. DERECHO A CONTAR CON UNA DEFENSA CIERTA

En primer lugar, la obligatoriedad a contar con una defensa técnica en todas las causas sustanciadas en sede penal encuentra raigambre en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, como consecuencia necesaria del principio que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio, extremo que se vio reflejado en la norma contenida en el art. 120 del mismo ordenamiento fundamental, por cuanto así se consagra la idoneidad del acceso a la defensa en juicio, mediante un organismo estrictamente establecido para tal finalidad e independiente.

Que dicho derecho no constituye solamente un formalismo, sino que es la efectiva salvaguarda y realización del principio de igualdad de partes y de contradicción, que imponen a su vez el deber de que el Estado no permita limitaciones en la defensa y menos aún en un proceso penal donde la falta de paridad de circunstancias se traduce en menoscabo de las oportunidades de lograr una sentencia justa.

Es precisamente en el marco del proceso criminal en donde aparece mucho más claro que la defensa o es plena, y permite con eficacia se cumpla con la finalidad de la persona (los derechos del individuo) con el sistema, es decir respecto a la totalidad del horizonte en el que puede sobrevenir su desconocimiento o lesión, o en los hechos no hay defensa.

Que el derecho a la defensa en juicio en el proceso penal, “...se traduce en las facultades de intervención acordadas al imputado y a su defensor, y en los presupuestos establecidos para que ciertos actos puedan tener eficacia procesal, con la finalidad de asegurar las posibilidades del imputado de influir en la decisión final. Pero ello debe ocurrir en forma efectiva durante el procedimiento. Por lo cual no es suficiente con el cumplimiento meramente formal de ciertos cánones, sino que se debe atender a la realidad sustancial de la defensa en juicio (conf. Fallos 255:91 y sus citas, 308:1386, 310:1934)” (disidencia del Dr. PETRACCHI y Dr. BOGGIANO, causa 1078, rta. 30/6/99).

En este entendimiento, no basta con el solo hecho de la actuación formal de un defensor para actuar durante todo el proceso penal, sino que se le debe haber dado la oportunidad real de actuar en la defensa del imputado y así la debe haber ejercido.

El estado de indefensión de una persona no sólo se produce cuando se ha privado al defensor designado la oportunidad de actuar, sino también, cuando la intervención de éste ha sido meramente formal sin haberse producido un auténtico ejercicio del derecho de defensa en juicio. La actitud de por ejemplo un defensor que no interpone recurso extraordinario habiendo manifestado el condenado su voluntad de hacerlo, resulta para la Corte contraria a derecho al afectar derechos constitucionales.

Que, al decir de la Corte, este requisito de contar con una defensa real, “no puede considerarse satisfecho con la intervención meramente formal del defensor oficial puesto que ello no garantiza un verdadero juicio contradictorio” (Fallos 304 :1886 y F. 543, XX, “FERNANDEZ JORGE NORBERTO” del 28/8/86).

Ello nos habla de la importancia que reviste una defensa aportada por el Estado, por cuando debe exigírsele la misma idoneidad y sometimiento a los mandatos de la ley que los demás poderes públicos que intervienen en el proceso. Asimismo se contempla que el propio Estado es el que persigue, acusa y juzga al sujeto sometido a proceso, caso en el cual una defensa también provista por el Estado no debe supo-

ner una desventaja que pese en contra del propio encausado.

El debido respeto a la defensa en juicio del justiciable, consiste también en la recta notificación de toda resolución decisiva dentro del juicio, más aún considerando a la sentencia condenatoria acto del cual se desprende la posibilidad última de recurrir por derecho propio

En consecuencia, en un estado democrático las reglas del debido proceso exigen que para que exista una condena se debe necesariamente contar con un adecuado y efectivo derecho de defensa en juicio, puesto que ello no puede desembocar en la mera designación rutinaria que redunde en una ausencia de asistencia cierta, para lo cual se deben extremar las cautelas en mira de que el derecho de defensa no sea meramente formal o ilusorio.

De este modo, por ejemplo, se debe entender a los defectos en las interposiciones de los recursos promovidos por los propios condenados, en el sentido más amplio posible a fin de no vedar el acceso a una instancia superior de revisión de la sentencia, extremo que no puede gravitar en contra del inculpado, máxime si se trata de una persona lega y privada de su libertad, toda vez que tal imperfección, *“...no sería más que el resultado de la asistencia profesional mínima que el Estado debe proveer para que el juicio penal y sus trámites posteriores se desarrollen en paridad de condiciones, respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación”* (sic. CSJN, causa “MARTINEZ JOSE AGUSTIN”, n° 563, letra “M”, del 8/10/87).

En tal sentido, es menester afirmar que para la satisfacción de la garantía constitucional a la defensa en juicio no basta con el solo hecho de la actuación formal de un defensor y la posibilidad virtual de comparecer a ser oído por el Tribunal interviniente, sino que efectivamente se le debe haber dado la oportunidad real al justiciable de actuar en la defensa de sus derechos y así también lo debe haber ejercido su defensor.

De ello se desprende la exigencia de una cobertura profesional, de técnica jurídica adecuada, y de satisfacción ineludible y obligada. Se trata de un nuevo foco de aseguramiento de las garantías de la defensa a suministrar por parte del Ministerio Público de la Defensa.

Que además, la reforma constitucional de 1994 no solo consagró la institucionali-

zación de la defensa técnica de oficio, sino que introdujo diversas especificaciones en orden a las garantías constitucionales dentro del juicio penal, que implica que dentro del proceso ya no se conciba al imputado como mero objeto o espectador de la persecución penal estatal, sino como verdadero sujeto procesal, con derechos, facultades y atribuciones, habilitado para realizar los actos que se estimen necesarios y conducentes a los fines de su defensa y del sostenimiento de su pretensión. Que este principio, se vería ampliamente desvirtuado sin medidas que efectivicen el derecho del inculcado de proveer a su defensa, mediante la posibilidad de contar con un abogado defensor a su disposición.

La defensa de oficio adquiere, de este modo, importancia fundamental: constituye el medio para lograr que, en una enorme cantidad de casos, el principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio no quede relegado al rol de una mera garantía formal, sino, por el contrario, se vea reafirmado como un derecho cuya vigencia e importancia no pueden ser cuestionadas. En este sentido, es necesario que el sistema de defensa de oficio no sólo garantice la asistencia letrada a quien la solicite, sino también la idoneidad de los prestadores del servicio. Es decir, la observancia de la garantía constitucional en juego no se limita a su aspecto formal, la asistencia letrada debe ser efectiva y eficiente⁴¹.

En consecuencia, el estado de indefensión de una persona sometida a proceso, no sólo se produce cuando se ha privado de tener la asistencia de un defensor, sino también cuando la intervención de el mismo ha sido meramente formal sin haberse producido un auténtico ejercicio del derecho a la defensa en juicio.

En definitiva, es función de la defensa la de asistencia, conocimiento de la imputación, control de la argumentación jurídica y de la valoración fáctica de las resoluciones, para ello debe contar con la posibilidad de controlar y producir prueba, de modo que su intervención tienda a asegurar la justicia e independencia de las decisiones jurisdiccionales.

La función del defensor es de asistencia, conocimiento y estudio de la imputación, debe asegurar la correlación entre la acusación y el fallo y es quien tiene la posibilidad de probar y controlar la prueba, de modo que su intervención tienda a asegurar

41. GUARIGLIA F. "El Nuevo Sistema de Oficio en el Procedimiento Penal", en JA 1992-II, pag. 776 y sstes..-

la justicia de las resoluciones jurisdiccionales y a perfeccionar las presentaciones “in forma pauperis”, subsanando eventuales omisiones o defectos formales en que pudieran incurrir los encausados.

En tal sentido, “La garantía de defensa en juicio en materia penal no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende...a la provisión por el Estado de los medios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la función pública y quien debe soportar la imputación, mediante efectiva intervención de la defensa” (Fallos 308:1386).

Que esta provisión de medios materiales es ahora reforzada por la disposición material contenida en el art. 120 de la Constitución Nacional, además de ser receptada en las disposiciones ultra nacionales.

Es que esta garantía básica a la provisión de la defensa en juicio debe ser otorgada en paridad de condiciones a los encausados, lo que a su vez llevó a decir a nuestra Corte que: “...las partes en el proceso penal no persiguen intereses iguales. En efecto, lo que caracteriza al proceso penal es la ausencia de un permanente antagonismo, propio del proceso civil. Ello deriva del carácter público de la pretensión que persigue el Ministerio Público Fiscal, la cual muchas veces puede llegar a coincidir con el interés particular del imputado, pues su función es la reconstrucción del orden jurídico alterado. Así lo ha entendido el representante de la República Argentina, doctor José María Ruda, en la discusión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso (conf. Trabajos preparatorios del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Asamblea General, tercera comisión, decimocuarto período de sesiones, art. 14 de proyecto, 24 de Noviembre de 1959)” (Fallos 320:2145).

10. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El acceso a la jurisdicción puede considerarse desde tres aspectos diferenciados, pero a su vez complementarios entre sí:

- El acceso propiamente dicho, o sea la posibilidad de llegar al sistema judicial, comprendiendo las normas que lo regulan, así como los recursos al alcance del encausado.
- La posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, en tal sentido acceder no solo significa llegar al sistema, sino que el mismo brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial en un tiempo prudencial, que solucione el conflicto o que brinde el respectivo amparo a los derechos fundamentales conculcados.
- Que en todo momento, se reconozcan los derechos de los individuos sujetos a proceso y se cuente con los medios para ejercer y hacer reconocer esos derechos, específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y de los recursos que se ofrecen para su efectivización, como la consecuente obligación del Estado de garantizar dichos extremos.

Puede así considerarse al acceso a la jurisdicción como la principal función que debe promover la defensa, puesto que ello implica el impulso a una decisión judicial para la cuestión traída a conocimiento en el proceso, es decir que comprende la actividad tendiente a ejercer la pretensión del encausado y a mejorar su postura dentro del mismo en miras a obtener una decisión definitiva ajustada a derecho.

El acceso a la justicia fundamentalmente consiste entonces *“en la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él una sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes”* (Fallos 199:617, 305:2150).

En consecuencia se trata de un derecho integrante de las bases de la seguridad jurídica, es por ello que significa para el Estado una función y para el individuo el derecho a acceder a la misma, constituyéndose para el Juez el deber de decidir contiendas y emitir mandatos en orden a los conflictos puestos a su conocimiento y decisión.

En tal sentido se entiende que la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado; sin esa función el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico

le ha investido del derecho de acción y el Estado del deber de jurisdicción⁴².

El acceso a la jurisdicción no puede negarse a nadie, pues el justiciable tiene derecho a obtener el reconocimiento o declaración de su derecho (o el rechazo del mismo) mediante un pronunciamiento que lleva la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada, y que todo rito que impida ese acceso vulnera la Constitución Nacional, así, el derecho a ser oído se engarza como una efectiva garantía constitucional.

Así es *“Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal, todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma”* (Fallos 268 :266). Es decir que al querellante también le asiste la facultad de acceder a la justicia y al debido proceso, puesto que también se trata de un particular que busca la actuación de la justicia desde su especial postura. Si el Estado no le provee lo necesario como para fundar su derecho, es lógico que mediante su actuación se pueda arribar a una decisión jurisdiccional igualmente válida. Que lo dicho se puede parangonar con la situación del particular imputado, puesto que al igual que el querellante persigue un interés particular, del cual el Estado debe adoptar una resolución al respecto.

Pero también el acceso a la jurisdicción se relaciona directamente con la garantía de la defensa en juicio, puesto que supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de ser oído y con ocasión de hacer valer sus defensas a tiempo, lugar y forma previstos por las leyes respectivas.

Como contracara de la privación de justicia se erige el derecho a la jurisdicción, el que se presenta con mayor amplitud dentro del proceso penal y en el conocimiento cabal por parte de un tribunal de justicia imparcial radica la esencia del proceso justo, puesto que para que un individuo pueda ser penado se necesita transitar íntegramente un proceso judicial, en el que se debe contar con el derecho de defensa, y

42. Citado por CASIMIRO A. VARELA, *“Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal”*, AD-HOC, pag. 90, con cita de COUTURE.

al que debe apuntar al dictado de una sentencia objetiva, justa, bien fundamentada y que atienda y resuelva de acuerdo a las circunstancias del caso y con los parámetros que dispone la ley, todas las cuestiones que se clausuran con la misma.

Es que el acceso a la jurisdicción o la determinación de la verdad en el juicio no son sino medios, instrumentos para alcanzar el valor más alto que es el de la justicia, que se materializa en la resolución de conflictos sociales, enmarcados en delitos de carácter penal, misión a que los Jueces tienen el deber de resguardar con la más debida cautela, puesto que en el proceso penal es donde se ve más de cerca el sacrificio de bienes individuales y la necesidad social de persecución del delito, implemento necesario (tanto el interés individual como el público) para lograr el objetivo máximo de la comunidad, que consiste en la paz social, marco valorativo de nuestra organización constitucional.

Asimismo, el acceso a la jurisdicción supone la eliminación de trabas que pueden ser intrasistemáticas al proceso y extrasistemáticas al mismo, tales en el primer caso, como el excesivo rigorismo formal o en el segundo, la falta de conocimiento del individuo y la pobreza. En consecuencia, el servicio de la defensa puede y debe efectivamente hacer valer este derecho desde los dos ámbitos apuntados, en tanto su razón de ser obedece a la provisión de los medios indispensables para la representación en juicio, lo que supone que de esta forma el acceso a la jurisdicción se vea asegurado.

En conclusión, al ser el derecho a la jurisdicción un elemento del debido proceso, supone una cantidad de factores determinantes que deben concurrir para posibilitar que el mismo sea viabilizado de la forma más eficaz posible. Cabe acudir aquí a conceptos tales como la división de poderes, la independencia de los jueces, así como la facultad de ser oído, producir prueba y obtener decisión por sentencia del litigio en tiempo oportuno⁴³.

Que además dicho acceso al servicio de justicia implica su observancia en todos y en cada estadio procesal, puesto que, como lo aseguró la Corte en el caso “COLADILLO”, se sentó el principio de que el proceso no puede ser conducido en términos

43. CASIMIRO A. VARELA, “Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal”, AD-HOC, pag. 92.-

estrictamente formales, ya que no se trata de cumplir con ritos caprichosos, sino del derecho de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad jurídica, que es su norte. Ello quiere significar que el proceso no se halla referido a cualquier clase de verdad, sino a la determinada por límites que se encuentran acotados por el marco conceptual del campo jurídico; así como que la dirección que se imprime a la actuación judicial debe tender ineludiblemente a dicha realización del descubrimiento de la realidad de los hechos, cuestión que no puede ser denegada bajo ningún pretexto o franqueada por la aparente realización del rito.

Claramente se denota de la estructura del debido proceso y del derecho a contar con una defensa técnica efectiva, que el acceso a la jurisdicción constituye un derecho inalienable del ciudadano (también en igual sentido, es consagrado por los arts. 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 2, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que resulta correlativo a la obligación que tiene el Estado de administrar justicia; puesto que la una no se entiende en ningún caso sin la otra.

Así, el derecho a la jurisdicción y la función que se llama administración de justicia son como las dos caras de una moneda. De un lado, en el ámbito del poder, el Estado tiene la función de administrar justicia, del otro, en el ámbito de los derechos del hombre, el justiciable tiene el derecho de requerir esa función a su favor o de incitarla.

En este entendimiento, se habla actualmente de que dicho derecho debe configurar una tutela judicial efectiva, con un enfoque que toma en cuenta las disponibilidades reales de cada persona en particular que está sometida a proceso, es decir que pueden llegar a ser tanto materiales como de cualquier otro orden, por lo cual el acceso a una defensa cierta debe ser complementado con el derecho a requerir ante las autoridades judiciales un pronunciamiento concreto, que habíamos definido como acceso a la justicia. Es por ello que la mejor garantía para que ello ocurra en igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, está constituida en la institucionalización de un organismo que desde el Ministerio Público esté encargado específicamente de las personas que están sometidas a una imputación o que reclaman que un derecho se haga, previa declaración judicial, a su respecto efectivo.

El derecho del acceso a la justicia no consiste solamente ni se agota con el acceso formal al órgano jurisdiccional, al acudir al mismo sólo se cumple la primera etapa de la cuestión. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que requiere: que se cumpla con la garantía del debido proceso, cuyo elemento esencial radica en el derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, que debe ser: a) oportuna en el tiempo, b) debidamente fundada, c) justa.

Asimismo, en todas las etapas del proceso y respecto de todas las medidas posibles hace falta que el tribunal respectivo despliegue un correcto activismo judicial para la celeridad y la eficacia de cada acto, en cada instancia y en el eventual resultado final que deparará la sentencia.

11. CONCLUSIÓN

De las aproximaciones y de las incumbencias vertidas precedentemente que conforman al derecho de defensa, vemos que íntimamente tienen su desarrollo en aquel órgano introducido en la constitución reformada, esto es el Ministerio Público de la Defensa.

Ello no solo implica el respaldo fáctico, en el sentido de la materialización del acceso a la justicia y las posibilidades de enfrentar con ecuanimidad y justicia un proceso penal, sino que también irroga al justiciable el ser incluido en el procedimiento como sujeto procesal y no como mero objeto de conocimiento, del cual en algunos casos y en determinadas épocas, se pretendía coaccionar y utilizar como medio de prueba.

Queda así conformada una estructura constitucional que por un lado incluye instrumentos internacionales que desarrollan in extenso y sientan la base mínima de derechos con que cuenta un individuo en el juicio previo a la sentencia (condenatoria o absolutoria), sustrato material para que el Ministerio Público desarrolle con amplias facultades la misión que dicha norma fundante le otorga, el contralor de la legalidad de los actos jurisdiccionales.

En tal sentido encontramos un fundamento esencial para la existencia misma de un órgano encargado de la defensa de un individuo sometido a proceso, cual es la fuerza irradiante de las garantías básicas constitucionalmente amparadas, en pos de su vigencia irrestricta y de su igual desarrollo en todos los casos y para todos los

sujetos.

En definitiva, el debido proceso exige que nadie pueda ser privado judicialmente de su libertad, sin el estricto cumplimiento de procedimientos establecidos por ley, al mismo tiempo, tal ley no puede ser una mera apariencia formal, sino que debe dar al imputado la posibilidad real de exponer razones para su defensa, probar esas razones y esperar sentencias fundadas, principios esenciales de la defensa en juicio al que el art. 120 de la Constitución Nacional está destinado a consolidar.

De esta forma, y a modo de ejemplo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que: *“Se observa el debido proceso cuando se respeta el derecho de defensa, el acceso a la justicia, el trato igualitario, las garantías judiciales y la autonomía, independencia e integridad de los miembros del Poder Judicial”* (CIDH caso 27/86) *“La Comisión Interamericana agregó que más allá de la necesidad de la vigencia plena del Estado de Derecho, que resguarda adecuadamente el principio de la separación de poderes, la autonomía, independencia e integridad de los miembros del Poder Judicial apela a la adopción de medidas que aseguren el acceso irrestricto a la jurisdicción, la sustanciación de las causas, conforme al debido proceso legal, y su conclusión en un plazo razonable mediante sentencias exhaustivas”* (informe anual 1993, págs. 484 y 485, Nicaragua).

En el Estado Constitucional de Derecho, los derechos y garantías no están sujetos al mecanismo de las mayorías (la Defensa Oficial estaría en el grupo minoritario, si se lo ve como luchando por la postura del más débil dentro del proceso) y ello es el soporte de legitimación para el poder judicial y es el mejor argumento para justificar su carácter de órgano contramayoritario. En el ejercicio de su función tiene en el debido proceso sustantivo un instrumento clave de protección para implementar el control de constitucionalidad con diverso grado de intensidad, para lo cual no basta recurrir al concepto clásico de subsunción legal, sino que debe complementarse con una ponderación según valores y principios consagrados en la norma fundamental⁴⁴.

Tan importante es la labor del defensor que los actos que violentan formas esenciales del proceso o infringen garantías constitucionales son nulos, es decir no pueden producir sus efectos propios en el juicio, encontrando que las nulidades de aquellos actos encuentran un doble fundamento desde el punto de vista constitucional, esto

44. CAYUSO SUSANA, *El debido proceso sustantivo en dos sentencias extranjeras*”, LL, suplemento de Derecho Constitucional 17/3/2000.-

es, por un lado garantiza la efectiva vigencia del debido proceso legal y por otro garantiza la efectiva vigencia de la regla de la defensa en juicio del imputado ⁴⁵.

En tal sentido, es importante resaltar que en el proceso penal se decide la inocencia o culpabilidad de una persona a la que se le atribuye un delito, en consecuencia, tan importante función exige que haya formas básicas que cumplir para desarrollar aquella misión y que exista un órgano legalmente delimitado con la competencia para hacerlo.

Pero la presencia de un proceso legal previo y llevado a cabo por el órgano instituido para ello, no resulta suficiente sino que es exigencia constitucional contar con mayores recaudos que hacen a ciertas seguridades, protecciones o garantías que el proceso debe brindar al individuo encausado. Este grupo de garantías conforma en su conjunto la defensa en juicio. Tanto la estructura jurídica del poder institucional realizador de la potestad penal como la estructura normativa reguladora del proceso penal, tienen que respetar determinados postulados axiológicos e ideológicos que se desprenden de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales integrantes de ella, para ser compatibles con la misma. Esto significa que no resulta suficiente crear normas jurídicas que ordenen los órganos con competencia para realizar la ley penal o que regulen el proceso penal sino que estas normas deben contener determinados principios axiológicos, constitutivos de lo que se denomina la garantía de la defensa en juicio, el que a su vez abarca la totalidad de los derechos y garantías que son propios del particular, que implican la posibilidad de comparecer al proceso en el pleno ejercicio de sus facultades, la restricción de toda medida coactiva o mortificante, el respeto por la dignidad de la persona, su domicilio o la correspondencia, el considerarse inocente hasta tanto dicho estado no sea destruido por una sentencia condenatoria firme y todos las demás cautelas que de ellas se derivan.-

45. NELSON R. PESSOA “La nulidad en el proceso penal”, Mave Editora, pag. 40 y sstes.



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

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

Justicia Restaurativa y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

Sandra M. Bajkovec

Justicia Restaurativa y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

Por Sandra M. Bajkovec¹

1. INTRODUCCIÓN

La permanente búsqueda de mejora de los sistemas judiciales, tan necesaria para garantizar de manera efectiva el irrestricto acceso a justicia², ha generado un progresivo interés en la incorporación de mecanismos alternativos a la respuesta penal tradicional.

En este marco, la Justicia Restaurativa y los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) constituyen herramientas fundamentales para garantizar una justicia más humanizada, ágil, y orientada a la reparación del daño. Se trata de ampliar el concepto tradicional de justicia, sin desconocer el rol que les cabe a los órganos jurisdiccionales del Estado en lo que hace a la tutela de los derechos fundamentales de sus habitantes, abriendo nuevos canales a través de los cuales las partes involucradas en una controversia pueden optar, de acuerdo a su voluntad, y al tipo de problemática, de qué manera resolverla.

Después de mucho tiempo de transitar por el estudio y la práctica de la mediación desde el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, como así también de acompañar a quienes se desempeñan en las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos Penales -en adelante ORAC- creadas a partir de la ley de Mediación Penal

1. Abogada. Escribana (UNLP) Mediadora. Especialista en Derecho Procesal Profundizado -UNA-. Formación en Justicia Restaurativa. Subsecretaria a cargo de la Oficina Central de Mediación, Procuración General de la provincia de Buenos Aires. -

2. El concepto de "Acceso a justicia" es más amplio que el de "acceso a la justicia" ya que incluye una gran variedad de soluciones alternativas de disputas. Las políticas judiciales tendientes a garantizar el acceso a justicia de las poblaciones más vulnerables se centran en ofrecer a la ciudadanía una variedad de métodos de resolución alternativa de conflictos con el objeto de que los propios afectados puedan encontrar vías de solución de disputas sin necesidad de que ello implique la apertura de un proceso judicial, que por lo general es largo y costoso. <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/quees>

Nº13.433, sigo sosteniendo con ahínco la importancia de contar con espacios en los que quienes atraviesan un conflicto con consecuencias penales tengan la posibilidad de gestionarlo de una manera pacífica, a través de un proceso que se oriente a desescalar las tensiones y trabajar hacia la superación de la herida que el evento dañoso les produjo. Un lugar donde poner palabras a lo sucedido, escucharse, intentar comprender lo que pasó, y en la medida de lo posible construir una solución que de satisfacción a los interesados.

En ese sentido, el presente trabajo tiene por finalidad dar a conocer aspectos vinculados a la justicia restaurativa, y diversas formas no adversariales de resolución de controversias, su incorporación en el sistema, y una breve referencia a la implementación de la mediación en contexto penal en la provincia de Buenos Aires.

2. SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los saberes y prácticas de numerosos países nos acercan la oportunidad de conocer y aplicar respuestas novedosas y complementarias a las instituidas desde la justicia tradicional, configurando el modelo que conocemos como Justicia Restaurativa. Las innovaciones incluyen intervenciones más reparatorias hacia las víctimas y la sociedad, como la responsabilización y el aprendizaje, que aportan además innumerables beneficios, especialmente en el caso de los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Así, se han ido incorporando experiencias instituyentes enraizadas en las formas de atender conflictos de los pueblos primitivos, que han enriquecido los modos de abordaje de las comunidades para resolver las problemáticas surgidas de los delitos.

La Justicia Restaurativa puede definirse como un modelo que procura reparar el daño causado por el delito a través de la participación activa de las partes involucradas: víctima, infractor y comunidad.

Los programas de Justicia Restaurativa contemplan un proceso a través del cual todas las partes que tienen interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones a futuro. Entre ellos se destacan:

a) **Círculos restaurativos:** procesos de diálogo grupal diseñados para construir comunidad, reparar conflictos y prevenir el daño mediante la participación activa, la escucha empática y la toma de decisiones colectivas. En ellos se comparten histo-

rias, se escucha a las partes y se buscan soluciones conjuntas. Todas estas personas tienen la oportunidad de narrar sus vivencias, expresar sus sentimientos, debatir y llegar a acuerdos.

b) **Conferencias familiares restaurativas:** son reuniones en las que participan la víctima, el ofensor y sus redes de apoyo (familia, amigos), también puede haber representantes de la justicia penal. Se enfoca en el impacto del delito y en cómo reparar el daño, con la colaboración familiar.

Otras conferencias también se realizan para reflexionar en familia sobre un tema particular, planificar, o simplemente pasar tiempo juntos y dialogar.

c) **Mediación víctima-ofensor:** el facilitador organiza y conduce el proceso de diálogo entre la víctima y el infractor, primero individualmente con cada uno, y si dan su consentimiento, lo hacen de manera conjunta. Busca contribuir a la sanación del daño sufrido, propiciando un encuentro seguro, a fin de que las partes, si lo desean, alcancen un plan de reparación.

Los objetivos de estos programas se orientan a fomentar la empatía y responsabilidad, empoderar a las víctimas y comunidades, reconstruir el tejido social y disminuir la reincidencia, entre otros.

Si bien tienen su antecedente de mayor experiencia en otras latitudes, poco a poco se van insertando en nuestro medio, con resultados prometedores. Responden a una lógica diferente, en la que la sanación y la humanización del proceso es su norte, y el trabajo artesanal que conlleva la aplicación en cada caso se justifica con las respuestas satisfactorias que se obtienen.

Es en el ámbito de la Justicia Juvenil donde más se ha incorporado esta mirada, a través del trabajo de responsabilización del joven infractor, la reparación a la víctima y la restauración a la comunidad, que constituyen los pilares de este paradigma.

Respecto de los jóvenes, este tipo de abordaje ayuda a neutralizar su estigmatización, resultando de alto valor pedagógico, dadas las características de los mismos en constante cambio, en un período fundante de su personalidad, sujeto a los avatares de su propio crecimiento, para quienes estos procesos constituyen vivencias educa-

tivas que implican un aprendizaje transformador con efectos beneficiosos para sus conductas futuras.

En ese sentido, existen diversas experiencias en la provincia de Buenos Aires, que con base tanto en la normativa internacional³ como nacional vigente⁴, trabajan desde esta perspectiva con resultados altamente satisfactorios. Así, desde los Departamentos Judiciales de La Matanza, Zárate Campana, Lomas de Zamora, San Martín, Junín, que cuentan con protocolos específicos para el desarrollo de la intervención restaurativa, sin perjuicio de otras jurisdicciones que realizan abordajes desde las ORAC.

3. RESEÑA HISTÓRICA: LEGISLACIÓN Y PRÁCTICAS

En el contexto penal de nuestra provincia la incorporación de esta nueva mirada al sistema judicial se fue haciendo paulatinamente hacia fines de los años 90. La reforma procesal penal provincial puesta en vigencia en el año 1998 -ley N°11.922- hizo lugar al traspaso de un sistema inquisitivo a la instauración de uno con características abiertamente acusatorias, permitiendo el desarrollo de argumentos a favor de la aplicación de estos métodos que antes eran exclusivos del derecho privado.

Se incorporó así el “principio de oportunidad” facultando al Sr. Agente Fiscal a seleccionar los casos que serían perseguidos por el Ministerio Público (art.56 4to. Párrafo Código Procesal Penal), como también los “criterios especiales de archivo” en cualquier momento del proceso (art.56 bis CPP).

La Ley N.º12.061 en su artículo 38 -hoy Ley 14.442 artículo 52- por su parte, estableció que...“El Ministerio Público propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos”, lo que dió lugar a diversas iniciativas que comenzaron a desarrollarse desde las áreas sociales de las Fiscalías Generales Departamentales -hoy Fiscalías de Cá-

3. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2007), Observación General N.º24 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil (2019), Convención Americana sobre los Derechos Humanos, entre otras.

4. Ley N.º 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y su complementaria Ley N.º13.634 de Responsabilidad Penal Juvenil.

mara- como experiencias piloto, instalándose oficialmente la figura de la mediación y conciliación penal hacia fines del año 2005 en que se sancionó la ley N°13.433.

A partir de dicha norma, unas de las pioneras en el país en la materia, se fueron creando las ORAC en todos los departamentos judiciales, no solo en las sedes cabeceras, sino también en varias descentralizadas, con la intención de acercar la posibilidad de acceso a dicho proceso mediatorio a la mayor cantidad de personas involucradas en una investigación penal, en aquellos casos correccionales que el artículo 6° habilitaba para derivar.

4. CONCEPTUALIZACIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO: MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Antes de avanzar es necesario definir y distinguir a qué se hace referencia cuando se habla de los mecanismos más utilizados: negociación, conciliación y mediación, ya que si bien son institutos diferentes muchas veces se los utiliza como sinónimos.

Todos ellos son autocompositivos, en los que las propias partes buscan activamente una solución, ya sea por sí mismas o a través de un tercero neutral que facilita. Se basan en la autonomía de la voluntad para remediar las diferencias, en contraposición con los métodos heterocompositivos, como el juicio, donde es un tercero el que resuelve.

Negociación

La llamada negociación es el proceso comunicacional que se da directamente entre las partes, o entre sus representantes, sin la intervención de un tercero. Es voluntario, flexible y no estructurado, donde cada uno expone sus intereses, busca comprender los del otro y propone alternativas para satisfacer ambas necesidades.

La negociación puede ser formal o informal, y ocurre en todos los aspectos de la vida, desde acuerdos entre abogados en controversias con consecuencias legales, en cuestiones de disputas entre familiares, vecinales, comerciales hasta los más simples que realizamos en nuestra vida cotidiana.

Existen diversas estrategias de negociación, desde el enfoque *competitivo* (ganar-perder) hasta el *colaborativo* (ganar-ganar).

-Enfoque competitivo: una de las partes obtiene la mayoría (o todos) los beneficios, mientras que la otra parte cede o pierde; puede ser útil en ciertos contextos, conflictos de corto plazo o cuando hay poco interés en mantener una relación futura; podría ser el caso cuando regateamos el precio al hacer una compra.

-Enfoque colaborativo: Es el que propicia la Escuela de Harvard, conocido como negociación según principios: se centra en la cooperación y la búsqueda de intereses comunes para llegar a soluciones beneficiosas para todos los involucrados.

El método Harvard fue desarrollado por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, que entre otras cosas sostienen “...Además, hay una tercera manera para negociar, que no es ni dura ni suave, sino más bien dura y suave. El método de negociación según principios desarrollados en el Proyecto de Negociación de Harvard, consiste en decidir los problemas según sus méritos, en lugar de decidirlos en un proceso de regateo centrado en lo que cada parte dice que va o no a hacer. Sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y que cuando haya conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo, independiente de la voluntad de las partes. El método de la negociación según los mencionados principios es duro para los argumentos y suave para las personas”⁵.

La metodología de trabajo incluye escuchar activamente, hacer preguntas abiertas, identificar puntos en común, generar opciones creativas y saber cuándo ceder o mantenerse firme. La preparación es crucial: conocer los propios intereses y estimar los de la otra parte.

b) Conciliación:

La Conciliación supone avenimiento entre intereses contrapuestos. Proviene del latín conciliare: reunir, avenir, componer, ajustar los ánimos en diferencia.

Como método de resolución de conflictos es autocompositivo: la decisión es de las partes, aunque en él interviene un tercero que facilita la comunicación, pero que además puede aconsejar, asesorar, recomendar, lo que permite que también pueda influir en su resultado.

5. Fisher,R, Ury,W y Patton, B.:”Si, de acuerdo! Como negociar sin ceder”, Buenos Aires,Norma, 1994, 2da. de. Actualizada y aumentada, XVII.

En la mayoría de los ordenamientos procesales los jueces cuentan con facultades conciliatorias, sin que ello implique prejuzgamiento, tal como el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, artículo 36 inc. 4.

En materia penal, como principio de oportunidad legal, se encuentra legislado en el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires en la audiencia de conciliación prevista en el artículo 388 para el caso de las querellas, en los delitos de acción privada.

Por su parte, también se ve claramente el rol en la figura del Consejero de Familia, quien de acuerdo al art. 833 de la ley N°11.473, establece que *“...sus funciones se desarrollarán en la etapa previa y en la contenciosa, mediante el asesoramiento y orientación, intentando la conciliación, procediendo de la manera más conveniente al interés familiar y al de las partes...”*

Mediación:

La Mediación puede definirse como el proceso voluntario, no adversarial, confidencial, en el cual un tercero imparcial sin poder de decisión asiste a las partes en conflicto para que, en forma cooperativa, y asumiendo un rol protagónico, puedan construir una solución mutuamente satisfactoria.

- El mediador:
- Conduce el proceso;
- Facilita la comunicación entre las partes;
- Promueve el protagonismo de las mismas en la toma de decisiones;
- Fomenta la creatividad en la generación de opciones;
- Propicia la colaboración, evitando la confrontación;
- Mantiene el control del procedimiento, no de su contenido.

Desde ese lugar le está vedado opinar, asesorar, ni aconsejar. Esta es una de las diferencias que la distinguen de la conciliación.

Son características distintivas o principios básicos de la mediación:

- **la voluntariedad:** que consiste en la libertad de las partes para adoptar decisio-

nes dentro del proceso: si participarán, que temas abordarán, las propuestas, entre otras. A decir de Marinés Suáres⁶ “...la voluntariedad es a su vez uno de los límites de la mediación, ya que si ella no está presente, no puede realizarse...”

Se confunde muchas veces con la obligatoriedad que establecen algunos ordenamientos procesales respecto a la instancia de la mediación: lo que se supera fácilmente asistiendo a la primera reunión y manifestando la falta de interés en participar en el proceso.

Si bien han sido muy criticadas inicialmente tanto la ley Nacional de Mediación Civil N.º 24.573 que fue una de las primeras en nuestro país en fijar ese sentido, como lo ha hecho a posteriori la Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria de la Provincia de Buenos Aires, N.º 13.951 entre otras, se ha respondido que en momentos iniciales de desconocimiento de la figura era una forma de hacerla conocer y promoverla como forma pacífica de resolución de controversias.

- **la confidencialidad:** que implica el compromiso de mantener en reserva no solo los dichos sino también la documentación de la que se toma conocimiento a partir de la participación en dicho proceso. Tiene por fin generar confianza en las partes y el clima necesario para expresarse sobre los temas que los convocan y expresarse libremente. Se extiende a las partes, sus abogados y mediadores, aunque en este último caso admite algunas pocas excepciones establecidas normativamente.

- **la informalidad o flexibilidad:** dada por la menor solemnidad; sin perjuicio de que la mediación cuenta con ciertas etapas secuenciales que deben mantenerse, no solo para establecer el propio encuadre de trabajo, sino también las estrategias para trabajar en el proceso.

Por su parte, respecto del mediador, según los manuales, las características de su rol están dadas por la *neutralidad* e *imparcialidad*, términos de por sí polémicos, y de difícil aplicación en esta materia, en el sentido que se les da usualmente.

- al referirnos a la **neutralidad:** en principio diríamos que “el mediador se abstendrá de involucrar sus valores, creencias, ideología, preferencias”; pero sabemos que la

6. Marinés Suáres, “Mediando en sistemas familiares”, 1era edición, Buenos Aires; Paidós, 2002. pag.30.

sola participación en una mediación nos incluye en un conflicto, aun cuando el lugar a ocupar sea el de tercero, un rol distinto al de los participantes. ‘La teoría general de los sistemas y los trabajos realizados por Andolfi, entre otros, han demostrado que siempre la inclusión de un tercero crea un nuevo sistema...’⁷

Si al tomar contacto con el caso advierte que puede estar condicionado, lo más apropiado sería no intervenir en él; si durante la tramitación del proceso siente que podrían querer involucrarlo en cuanto a alguna manifestación, o inclinarlo a generar alianzas, el propio proceso le brinda las herramientas necesarias para salir de la situación.

Lo importante es que el mediador desde su rol trabaje para que las partes puedan crear o diseñar sus propias soluciones, ya que de no ser así estaría eludiendo el protagonismo al que justamente este proceso las convoca.

- respecto de la **imparcialidad**: podría definirse como la actitud que debe tener el mediador de no favorecer o tomar partido por ninguna de las partes.

Un concepto muy cercano a ella es la *equidistancia*, que se identifica con la habilidad de los mediadores para asistir a los disputantes de igual manera, otorgando las mismas posibilidades para expresarse, mismos tiempos, proximidad física, entendiéndolo como un proceso dinámico; algo que como profesional debe cuidar y asegurar.

Sin perjuicio de ello, es de resaltar que el contexto penal es diferente a otros, atento el desequilibrio inicial de poder entre los participantes: hay alguien que ha padecido un daño, una ofensa, y otro que llevó a cabo el acto que lo produjo. Aquí la importancia de crear un espacio de legitimación y confianza para ambos, donde el equilibrio de poderes sea algo fundamental. Será el mediador por sus conocimientos, o a partir de la colaboración de un equipo victimológico- quien deberá merituar en su caso, si la víctima está en condiciones de participar, y de qué forma, en ese proceso.

Como bien lo detalla la Licenciada Florencia Brandoni,⁸ especialista de amplia

7. Suares, Marinés: Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Ed. Paidós 1a.reimpresión.1997. pag.53

8. Brandoni, Florencia; Hacia una mediación de calidad: 1º edición, Buenos Aires, 2011, «Construcción de calidad en

trayectoria en la materia, refiriéndose a los condimentos indispensables que se requieren de los mediadores para alcanzar el *lugar de tercero* ..: “...posicionarse en el lugar del no saber, del desconocimiento; genuino interés por saber de los sujetos a quienes escuchan; estar convencidos de la capacidad de las partes para asumir y resolver su conflicto; disponer la escucha y establecer empatía, entendida como la distancia óptima que permite entender la experiencia y la realidad subjetiva sin identificarse con ella; otorgar idéntico valor a los relatos de cada uno; ...abstenerse de poner en juego los propios afectos y valoraciones referidas al conflicto entre las partes “

5. MEDIACIÓN PENAL

Innumerables programas de mediación penal se han implementado, tanto en Europa como en América. Existen versiones muy diversas, siendo los más utilizados: el modelo ‘clásico’ de mediación como reconciliación víctima-victimario y el modelo ‘transformativo’.

- El modelo ‘clásico’ intenta el acercamiento de las partes luego de un trabajo preparatorio previo, con entrevistas individuales del mediador con ambos. Este análisis permite cerciorarse de que el caso es admisible para un programa de estas características y además las partes pueden resolver en este momento sus dudas y así ejercer una opción plenamente informada. Se establece una relación de confianza con el proceso y con el mediador, y este puede preparar adecuadamente a las partes para el encuentro. Cuando los dos acceden a participar (y están en condiciones de hacerlo), se fija una reunión común.

- Por su parte, el modelo Transformativo se centra en el empoderamiento y valoración de las partes, para transformar la relación entre ellas. El acuerdo no está entre sus objetivos. Tiene una base esencialmente restaurativa.

En cuanto a la manera en que puede desarrollarse: la mediación puede ser directa o indirecta.

1. Mediación Directa

- **Víctima y ofensor** se encuentran cara a cara, en reuniones conjuntas, con el **mediador** presente.
- Es el modelo más común y el más impactante emocionalmente para ambas partes.

Podría decirse que favorece la empatía y permite un acuerdo personalizado, aunque no siempre es viable (por seguridad, falta de voluntad, trauma).

2. Mediación Indirecta:

- Las reuniones se realizan por separado, sin contacto entre las partes;
- El mediador trabaja con cada una de ellas, llevando mensajes y propuestas a las partes.

Es de utilidad cuando no es posible o las partes no quieren el encuentro directo; aunque puede limitar el impacto restaurativo del proceso.

Serán en definitiva los mediadores quienes, de conformidad con las características del caso y sus conocimientos, los que decidirán la manera en que implementarán la figura.

a) Marco normativo: Ley provincial de Mediación N°13.433

La Ley N°13.433 establece el régimen de resolución alternativa de conflictos penales, que se instrumentará en el ámbito del Ministerio Público: incorpora como institutos *la mediación y la conciliación*, y destaca entre sus fines⁹:... “*pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes; posibilitar la reparación voluntaria del daño, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal...*”.

9. Ley N°13.433 art.2

Algunos de sus aportes más relevantes son:

- Incorporación de la mediación penal como alternativa procesal.
- Faculta a los Agentes Fiscales a evaluar y derivar causas correccionales susceptibles de resolución alternativa.
- Garantía de voluntariedad y confidencialidad de los procesos.
- Crea las ORAC, oficinas integradas por equipos interdisciplinarios, capacitados en métodos alternativos de resolución de conflictos, que actúan facilitando la comunicación entre los intervinientes y en procura de que puedan alcanzar acuerdos que satisfagan sus intereses.
- Establece los casos que podrían ser mediados y aquellos en los que no procedería la utilización del instituto.
- Fija pautas básicas para el procedimiento.
- Reconoce la validez de los acuerdos alcanzados, cuyo cumplimiento habilitan al Agente Fiscal al archivo de las actuaciones.
- Crea el RURAC, registro único de resolución alternativa de conflictos, en el ámbito de la Oficina Central de Mediación, donde deberán registrarse todos los trámites iniciados.
- Pone a cargo de la Oficina Central de Mediación la capacitación técnica de los agentes del Ministerio Público a los fines del cumplimiento de dicha norma, la coordinación de la implementación del sistema y la confección de estadísticas sobre la información que reciba de las diferentes oficinas departamentales.

b) Implementación provincial:

Como fuera explicitado al inicio de este trabajo, al momento de dictarse la norma referida ya existían experiencias con equipos muy comprometidos con la temática,

que llevaban a cabo mediaciones en contexto penal, desde las áreas sociales de varias Fiscalías Generales.

Estos mediadores fueron abriendo camino al resto, que fueron integrando las nuevas ORAC, las que se instalaron en las cabeceras departamentales, y en algunas sedes descentralizadas, lo que permitió acercar a la comunidad otras formas pacíficas de resolución a sus conflictos.

Paulatinamente los profesionales se fueron formando y capacitando en la temática específica, a través de las actividades organizadas desde la Oficina Central de Mediación, tanto de manera presencial como virtual.

Hoy suman 34 ORAC que despliegan su actividad en todo el territorio provincial, y se encuentran conformadas por 69 mediadores de diferentes profesiones de base, la mayoría de ellos con una basta trayectoria en mediación penal.

La tarea que despliegan es distinta: la Investigación Penal Preparatoria – IPP – deja de verse como un expediente judicial, para encontrar dentro de ellos a las personas que los protagonizan. Trabajan con sus conflictos, con sus emociones, con su ira, sus temores, sus tiempos de reflexión, y su satisfacción, para el caso de poder poner fin a sus diferencias en forma pacífica.

Es de destacar el compromiso de los profesionales con la tarea; la vocación de servicio, la amplia recepción a cualquier propuesta de capacitación que se les formula.

Por su parte, entre los desafíos que se presentan en la implementación, no se puede dejar de resaltar: la falta de conocimiento de la ciudadanía respecto del recurso, de ahí la importancia que adquiere todo el trabajo que se realiza con relación a la voluntariedad para participar de los procesos; como así también las dificultades de accesibilidad de las partes, por cuestiones económicas, laborales, o imposibilidades físicas, lo que en muchas ocasiones se suple con reuniones virtuales.

6. REFLEXIÓN FINAL

Cumpliendo próximamente 20 años de vigencia el sistema de mediación penal establecido por la ley, torna más que oportuno una reflexión respecto a su inserción y la situación actual.

De aquél tiempo a esta parte existe una mayor conciencia de los operadores judiciales respecto de la importancia de que determinados conflictos que ingresan al sistema penal puedan ser abordados de una manera distinta: problemáticas vecinales por ejemplo, que con la intervención de un facilitador, resueltas de manera pacífica, con el protagonismo de los involucrados, pueden evitar escaladas mayores, con hechos de más gravedad que en definitiva repercutirían en todo el sistema. Pero falta.

Es de destacar, como se anticipó, la existencia de equipos profesionales formados, comprometidos y con ganas de seguir apostando al fortalecimiento de la mediación penal, como así también el apoyo y compromiso de la mayoría de las Fiscalías de Cámara Departamentales, de quienes dependen.

Se suma también el avance tecnológico que se ha producido últimamente dentro del Sistema Informático del Ministerio Público, que ha permitido agilizar la carga de trámites, y disponer de mayor tiempo para el trabajo específico.

La agilidad de los trámites, la flexibilidad de los procesos; la gratuidad.

Es hora si, después de 20 años, de analizar la ley y pensar en “aggiornarla”: la materia mediable, los tiempos para una nueva mediación, el concepto de “partes”, entre otras.

Para finalizar, no dejar de considerar que, más allá de las consecuencias que puedan advertirse en relación a la descongestión del sistema que pudiera producir, el dispositivo de la mediación aporta a la transformación cultural¹⁰, en el sentido que ayuda a modificar la concepción litigiosa como forma de abordar las diferencias, promoviendo en los ciudadanos una actitud responsable y proactiva ante la búsqueda de solución a sus conflicto

10. Brandoni Florencia, obra citada pág.26.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

Estudio sobre los límites a la recurribilidad de los fallos absolutorios

Cecilia Margarita Boeri

Estudio sobre los límites a la recurribilidad de los fallos absolutorios

por Cecilia Margarita Boeri¹

Resulta fuera de toda discusión que en la Provincia de Buenos Aires rige la garantía contra la doble persecución penal, conforme lo dispuesto por el art. 29 de la Constitución Provincial, y 1° del CPP. Este estándar es más amplio que el que contemplan la CADH y el PIDCyP, que prohíben sólo el nuevo juzgamiento después de una sentencia firme, por lo que este principio de la Constitución Provincial, debe entenderse como un límite irrebasable para el recurso del fiscal o del querellante.

La CSJN en el precedente “Garrafa” (c. 1622/92, G. 911.XXXVI, del 31.10.06, “Garrafa Carlos Francisco y otro s/lesiones culposas”), entendió que el Tribunal Superior de Neuquén carecía de jurisdicción para anular la sentencia absolutoria sin que mediara la previa declaración de inconstitucionalidad de los límites objetivos impuestos por el ordenamiento adjetivo provincial al Ministerio Público Fiscal (en este caso por el monto de la pena solicitada). Del mismo modo, deberá plantearse la inconstitucionalidad del art. 29 de la Constitución Provincial y del art. 1° del CPP para hacer lugar a un recurso de la acusación o del querellante cuya satisfacción implique la transgresión de las normas citadas, habilitando la múltiple persecución penal.

Oralidad, publicidad, acusación, defensa, prueba y sentencia, siempre con inmediación, son ineludibles y hacen al sistema republicano de gobierno, tanto en la sentencia que se dicte en casación, como en la sentencia fruto del reenvío eventualmente dispuesto por ésta, incurriéndose en caso contrario en violación de lo dispuesto por la CN art. 18, CADH art. 8.1, 8.2 b, c, f, 8.5; PIDCyP art 14.114.3.d y e; CPP art. 360, 365, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 375.

La extensa jurisprudencia a la que nos referiremos seguidamente, que veda la persecución penal múltiple como consecuencia de la realización de un nuevo juicio

1. Defensora General del Departamento Judicial de Mar del Plata

por los mismos hechos cuando el primero ha sido válidamente realizado, no puede eludirse dictando nueva sentencia con jueces que no han estado en el juicio previo, o sea violando las más elementales normas del debido proceso y el derecho a la defensa en juicio ante la falta de inmediación.

1. LOS PRECEDENTES DE LA CSJN Y OTROS TRIBUNALES SUPERIORES

Comenzando con el caso Alvarado, del 7 de mayo de 1998, (llega a la Corte un recurso fiscal contra una sentencia absolutoria), es la minoría la que dará el puntapié inicial a la doctrina que insistimos debe hoy fortalecerse y ratificarse ante los serios embates contra las sentencias absolutorias por la presión de la opinión pública, y la amplitud recursiva concedida al querellante.

En el citado precedente, la mayoría tuvo en cuenta que la arbitrariedad del pronunciamiento en crisis, significaba que “...no habría sentencia propiamente dicha...” (con cita de Fallos 312:1034 entre otros). Se sostuvo que la Corte federal tenía dicho reiteradamente que la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, pero que dicha regla cede, por excepción, con base en la doctrina de la arbitrariedad, al exigirse que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

Concluye la mayoría en que la sentencia impugnada se apoya en *fundamentos aparentes que no constituyen una derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las circunstancias comprobadas en la causa, y dicho pronunciamiento no constituye un acto jurisdiccional válido*. Se deja sin efecto la sentencia apelada y se devuelve el principal para que “...por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento de acuerdo a lo expuesto...”. Como puede advertirse, esta fórmula se ha repetido como un cliché cada vez que se ha casado una sentencia absolutoria, ya sea adquiriendo luego competencia positiva y dictando un veredicto condenatorio, disponiendo el reenvío a primera instancia para que jueces hábiles dicten un nuevo pronunciamiento renovando en su caso los actos necesarios para ello; o, con menor frecuencia, dictando veredicto condenatorio, e imponiendo pena; o sea, una primer sentencia condenatoria completa sin inmediación, sin presencia del imputado, y sin defensa en juicio.

Pero la innovación histórica del precedente “Alvarado”, fue la notable disidencia -luego retomada en muchos otros casos de la Corte federal-, de los jueces Enrique Santiago Petrachi y Gustavo A. Bossert.

Los ilustres magistrados objetan el reenvío en los términos arriba transcritos, entendiendo que éste supone “...la reedición total del juicio, esto es la renovación de la integridad de sus partes (declaración del imputado, producción de la prueba, acusación y defensa). La propia estructura de un proceso oral...determina lo necesario de esa consecuencia. En particular esa relación de necesidad está dada por dos derivaciones directas del principio llamado de inmediación: las formas o reglas llamadas “identidad física del juzgador” y “concentración de los actos del debate y la sentencia”. En virtud de la primera, se sostiene que la sentencia -en especial su acápito fáctico, la reconstrucción de los hechos imputados- sólo puede ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde el comienzo hasta el fin, que oyeron al acusado, recibieron la prueba -la única que puede dar base a la sentencia, esto es, la producida durante el juicio, que escucharon los alegatos de las partes..(citan a Velez Mariconde)..La segunda de las formas o reglas ...designa un límite temporal para la tarea del juzgador que asegura que la sentencia se dicte inmediatamente después de que sea examinada la prueba que ha de darle fundamento y de la discusión de las partes ...Como consecuencia de tales condiciones procesales estructurales, cuando en un proceso se da la necesidad de dictar una segunda sentencia en la que se resuelva sobre el mérito de la prueba -esto es cuando no se cuenta con una reconstrucción histórica de los hechos imputados que haya quedado firme-, no habrá más alternativa que llevar a cabo un nuevo juicio, fundamentalmente idéntico al primero..” .

Continuando ahora con el precedente, los jueces advierten que no se dirigió queja alguna respecto de la validez de los actos del debate, sino que sólo se impugnó la sentencia por sus vicios de motivación. Por ello debía tenerse al juicio cumplido, como válido en su totalidad.

Se preguntan seguidamente: “. ¿Es posible ...que en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?”.

Con cita del caso “Mattei” (CSJN, 29/11/68, Fallos 272:188) entienden que la respuesta a la cuestión es negativa, pues el **principio de progresividad** impide que el juicio

se retrotraiga a etapas ya superadas, dado que los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad.

Reconocen asimismo el derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal. Siguen citando a “Mattei” en cuanto establece que ese derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio, y cuando no falta más que el veredicto definitivo, fuera posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión solo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no al encausado. Como regla general se establece en “Mattei” que no puede retrotraerse un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece.

Afirman en su disidencia los jueces de la minoría en “Alvarado”, que sólo mediante la declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio por sobre actos ya cumplidos, más solo en la medida de la nulidad declarada.

Por lo tanto, entienden que, en el caso, si se pretende invalidar la sentencia por vicios intrínsecos a ésta, no es posible reanudar actos que ya habían sido adecuadamente cumplidos. Que el principio que impone esta conclusión es la prohibición de múltiple persecución penal, o non bis in ídem (con cita de Fallos 299:221, 315:2680). Citan luego el precedente “Green v. United States” (355 U.S. 184-1957) que recepta la prohibición del “double jeopardy”, concluyendo que “...no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos por condenar a un individuo por un mismo delito, sometiéndolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable...”.

Continúan los Dres. Bossert y Petrachi dejando sentado que “. una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido, precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria...”. Que lo contrario importaría otorgar al estado una nueva chance para su pretensión de condena. Reflexionan también sobre la naturaleza del reenvío y las posiciones doctrinarias

que lo distinguen de la mera reedición del juicio. Entienden que esos pretendidos caracteres propios sólo son indicados con el fin de determinar la limitación de la actividad de las partes y del tribunal en el juicio de reenvío, pero que en ningún caso se somete a contradicción “*el hecho de que aquel constituye un nuevo juicio -o bien la renovación del juicio cuya sentencia definitiva se sometió a impugnación-, impuesto por la necesidad de sustituir por otra la sentencia que el tribunal ad quem ha rescindido...*”.

Y que,” ... cualquiera sea la forma de reducir a conceptos el juicio de reenvío, lo cierto es que *-en casos como el presente-, para el imputado absuelto, aquel constituye un nuevo juicio, básicamente idéntico al primero, en el que su honor y su libertad vuelven a ponerse en riesgo. Ello es suficiente, pues, para que la garantía del non bis in ídem impida al estado provocarlo...*”.

Proponían entonces en su disidencia, declarar la inadmisibilidad del recurso fiscal que pretendía revocar una sentencia absolutoria.

La extensión de la cita, tiene por fundamento hacer nuestros todos y cada uno de los fundamentos de esta ilustre disidencia, que como veremos, luego se recepta mayoritaria o unánimemente en otros precedentes de la Corte Federal, y aborda desde hace más de dos décadas, todos los argumentos en favor de la limitación a la recurribilidad de la sentencia absolutoria.

Como veremos seguidamente, este reconocimiento de la necesidad de inmediatez para dictar una sentencia condenatoria, instala más adelante la discusión entre aquellos que entienden que la garantía del *non bis in ídem* debe ceder para asegurar el derecho al recurso al Ministerio público fiscal y/o al querellante, censurando la casación positiva pero revocando la absolución y ordenando la realización de un nuevo juicio; y quienes sostienen a ultranza las limitaciones al recurso fiscal cuando la absolución se dicta luego de un debate válido y cuando la sentencia no puede descalificarse por absurdo, defectos graves, o arbitrariedad -según los precedentes-, en los que la absolución es irrevocable.

Los casos excepcionales de revocación de absoluciones por parte de la Corte federal, se han dado en cambio, cuando ha mediado arbitrariedad, al punto de denunciarse procedimientos fraguados (así, “Luzarreta” S.L. 328; L.XLIII), o “irregularidad e inequidad” (“Tellerdín” Fallos 332:1210), y en ambos casos mediando gravedad insti-

tucional, o sea siempre por vía excepcionalísima, y entiendo que para evitar la cosa juzgada irrita.

Aún así, en general se preserva la necesidad de la inmediación en los reenvíos con fórmulas que se refieren a la renovación de actos, o directamente a la celebración de nuevo debate, y ocasionalmente el reenvío es a los mismos jueces que dictaron el fallo casado (en “Luzarreta”), lo que no deja de generar a nuestro juicio otros inconvenientes.

Pero siguiendo con los precedentes de la Corte Federal que han revalorizado conceptos vertidos por la disidencia del caso “Alvarado”, aunque alterando el orden temporal, en primer lugar, queremos citar **“Casal”** (CSJN c. 1757 XL 20/9/05), pues allí se pone en primer plano la relevancia de la inmediación, y los límites del tribunal revisor.

En lo que aquí nos interesa, en “Casal” se expresa que *“...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h de la Convención, y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2. h de la convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancela el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de Leistung, del rendimiento máximo de esfuerzo revisable que pueden llevar a cabo en cada caso...”*

También en el precedente “Alvarado”, la disidencia había mencionado más de una vez el “caso concreto”, y aquí la Corte federal reitera que la limitación fáctica de conocimiento debe examinarse en cada caso.

Continuando con “Polak”, el 15.10.98 (Fallos 321:2831) volvieron a tratarse los temas de la preclusión, la progresividad (que habían sido reiterados luego de “Mattei”, en Mozzatti el 17.10.78, Fallos 300:1102), y el non bis in ídem. En este caso se habían anulado tanto el debate como la sentencia absolutoria. Todos los votos coincidieron en que la absolución había sido válidamente otorgada. La mayoría (Fayt, López y Bossert) sostuvo que se lesionó el derecho de Polak a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, ello siempre y cuando se hubieran llevado a cabo las formas esenciales del juicio, y la causa que determinó uno nuevo, no le fuera imputable. El Juez Petrachi señaló que la resolución impugnada reabría el debate sobre una cuestión que había sido válidamente resuelta por el tribunal de origen, y el juez Boggiano a su vez precisó que no había mediado violación alguna de las formas esenciales del procedimiento.

Llegamos ahora, avanzando abruptamente en la cronología de los fallos de la Corte Suprema Nacional, al caso “Sandoval” del 31.8.10 (Fallos 333:1687, CAUSA 21923/02, S. 219 XLIV) en el que se retoma nuevamente la garantía del *ne bis in ídem*.

Aquí el Superior Tribunal de Rio Negro había anulado la sentencia absolutoria de Sandoval y el debate que la había precedido. En razón de ello se había realizado un segundo juicio, en el que fue condenado Sandoval, quien recurrió a la Corte federal. Los jueces Lorenzetti, Fayt y Petrachi aplicaron la doctrina del *non bis in ídem* de los precedentes “Alvarado” (disidencia de los Jueces Bossert y Petrachi a la que ya nos hemos referido ampliamente) y “Olmos” (cons. 17 del voto del Juez Petrachi). También afirmaron los principios de progresividad y preclusión, con cita del precedente “Polak” (Fallos 321:2826), indicando que tales principios obstan la posibilidad de retrogradar el proceso y “...son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuida al procesado...”

También se deja sentado en el fallo “Sandoval” el alcance más amplio del principio del “*ne bis in ídem*”, según el cual no es lícito que por un recurso acusatorio se autorice el reenvío de la causa a nuevo juicio en perjuicio del imputado, si éste no originó la invalidación del primer debate, de modo que la garantía no requiere la firmeza del fallo para evitar un nuevo pronunciamiento, tomando una vez más la analogía con las fuentes norteamericanas y la prohibición del “doblé jeopardy” (tema que ya había sido abordado en los votos de la disidencia en “Alvarado”) La mayor amplitud de nuestro derecho interno no ha sido aún reconocida por la CIDH, que no la tuvo por

probada en “Mohamed”, a nuestro criterio por defecto del recurrente .

Gustavo Herbel, en el análisis del fallo “Sandoval” (“Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Nación”, L. Pitlevnik, T.10, pág.187 y sgtes., abril de 2011) se detiene en el alcance de la prohibición de reenvío, la dilemática definición de sus efectos y la conflictiva alternativa de la casación positiva contra el imputado.

Resumiendo las conclusiones de los integrantes de la Corte hasta abril de 2011 –fecha de publicación de la nota-, en relación a la competencia positiva, y tomando los fallos “Sandoval”, “Kang”, “Lagos Rodas”, y “Olmos”, Herbel extrae las siguientes conclusiones:

- a) El reenvío a nuevo debate contra el imputado viola el principio non bis in ídem, salvo que su actuación causara la nulidad del proceso.
- b) La casación positiva contra el acusado, mediante revaloración de la prueba, viola el non bis in ídem para Lorenzetti, Fayt y Petrachi (cf. remisión en fallos “Kang y “Lagos Rodas” a la disidencia de Bosser y Petrachi en Alvarado); si se plantea oportunamente, también para Algibay la doctrina se aplica, pero debe destacarse que para Algibay, cuando la nulidad abarque el debate entiende legítimo el reenvío contra el imputado (cf. su disidencia en “Sandoval”, y su voto en “Olmos”). Diversa es la posición de Zaffaroni quien ve posible recurrir contra el imputado si el planteo versa sobre la prueba ya ofrecida y producida (cf. su voto en “Sandoval”) y siempre que se le otorgue una instancia de revisión.
- c) La casación ‘positiva por error de encuadre jurídico, no fue tratada por la Corte.

Por nuestra parte, respetuosamente, entendemos que la postura del Dr. Zaffaroni en Sandoval (31.8.10), debe compatibilizarse con la que se sostuviera en “Casal” (20.9.05), estableciendo como límite de la revisión, todo aquello que pueda alcanzarse sin afectar la intangibilidad de la inmediación (ver cita supra).

Con posterioridad a “Sandoval”, el 27.12.11 se dicta el primer fallo **“Kang Yoong Soo”** (K 121XLIV). Contra una sentencia absolutoria de un tribunal oral, el fiscal y la querrela interpusieron recursos de casación. La casación anuló la absolución y dispuso el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo debate. Contra esa

decisión la defensa interpuso recurso extraordinario motivando el primer pronunciamiento de la Corte, que atendió los agravios de la defensa en relación al derecho a recurrir a un tribunal superior, y dispuso que otra sala de casación debía tratar la cuestión de la violación del *ne bis in ídem* y demás quejas. Entonces la Sala I de casación se expidió e hizo lugar a ese agravio de la defensa, lo que fue recurrido por el fiscal y generó el segundo pronunciamiento de la Corte Federal, el segundo Kang.

En el segundo **Kang**, tres jueces, -Lorenzetti, Fayt y Petrachi-votaron por la desestimación del recurso por falta de fundamentación, remitiéndose a “Sandoval” y considerando que la anulación de una sentencia absolutoria y el reenvío para la realización de un nuevo debate, viola la garantía del *ne bis in ídem*. Maqueda conformó la mayoría por sus fundamentos, Algibay votó por la inadmisibilidad, y Zaffaroni y Highton adhirieron al dictamen del Procurador e hicieron lugar al recurso fiscal.

En “Duarte Felicia” (SC D 429, L. XLVIII del 5.8.14), llega a la Corte Federal el recurso de la defensa contra la sentencia de la Sala IV de la Cámara Federal de casación, que había revocado la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa, y asumiendo competencia positiva, la condenó como autora del delito de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

Se agravió la defensa de la afectación del derecho al recurso en los términos de la CADH 8.2.h, que no era equivalente al recurso federal, y además por el exceso de jurisdicción con el que había actuado la Cámara Federal, y porque había basado la condena en la revaloración que efectuó de declaraciones de la recurrente y testigos que no fueron transcritas en el acta ni registradas de ninguna otra forma, y cuya apreciación requería inmediación, en cualquier caso, entre otras argumentaciones. Al igual que en el primer “Kang”, la Corte afirma la garantía de la revisión amplia, y remite nuevamente los autos para que revisen el fallo nuevos jueces hábiles de la Casación federal.

Es sorteada la Sala III, integrada por los jueces Eduardo Rafael Riggi, Liliana Catuchi y Angela Ledesma, los que con fecha 23.11.16, en causa FRE 9400210/2008, Reg. 1598/16, resuelven, por mayoría hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, y no prestar el doble conforme a lo decidido por la Sala IV de esa misma Cámara.

La juez **Catuchi** que vota en primer término, luego de analizar la sentencia condenatoria dictada por sus pares, advierte que se superó el principio de inmediación insoslayable según doctrina de la Corte in re “Casal”. Sostiene que se quebró la motivación necesaria que debe tener un pronunciamiento jurisdiccional, y que la sentencia en crisis no fue autosuficiente.

La Dra. Angela Ledesma, conformando la mayoría, recuerda que el principio constitucional de defensa en juicio incluye el derecho a un pronunciamiento en plazo razonable, analizando las circunstancias del caso y sus demoras injustificables, concluyendo que fue conculcado el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Pero, además, afirma que el tribunal que condenó ha dirimido cuestiones en contra de la imputada, sin inmediación. Entiende la inmediación como una gran conquista de la Ilustración, cuyo significado requiere la *“presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”*, con cita de Calamandrei. Continúa con referencias de Perfecto Andrés Ibáñez y de Maier, de quien toma la siguiente cita: *“...absolver cuando no hay duda sobre la correspondencia de esa decisión, es posible aún sin juicio público, pero condenar sólo es posible jurídicamente a través de un juicio público.”*

El ilustrado voto de la Magistrada contiene también valiosas referencias al Tribunal Constitucional Español, del que rescató la sentencia 120/2009 del 18 de mayo de 2009, en la que se afirma que los jueces de apelación que conocen cuestiones de hecho y de derecho, estudiando la culpabilidad o la inocencia *“...no pueden por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no se ha cometido el hecho que se le imputa...”* (cita del voto de la Juez Ledesma en el fallo Duarte F.) y continúa haciéndonos saber que ese criterio se basa en los lineamientos sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en SSTEDH del 27.6.2005, caso Illiescu y Chiforec c. Rumania, 18.10.2006, caso Hermi c. Italia, y 10.3.2009, caso Igual Coll c. España. Termina con la cita de Alberto Binder quien explica que, durante el proceso de control, no se pueden abandonar los grandes principios procesales, en especial el de inmediación.

Concluye Angela Ledesma que *“...la absolución de Felicia Duarte fue decidida por un Tribunal imparcial, en presencia de las partes en el marco de un juicio contradictorio y público, con el máximo nivel de inmediación. Y sin embargo esa decisión favorable para la imputada quedó subordinada a análisis ulteriores –en su perjuicio basados en constancias escritas. Con lo cual se dio la paradoja de una sentencia –de*

juicio- de condena, sin el juicio oral y público que dispone la Constitución Nacional...”. También observa que, para analizar el recurso del acusador, el tribunal debió estar en **par conditio** respecto de la situación del juicio, lo cual no sucedió, pues todas las pruebas se deben rendir ante el tribunal sentenciador, tal como lo establecen las Reglas de Mayorca 28 y 29.

2. ALGUNOS PRECEDENTES SIGNIFICATIVOS DE LA CASACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

El Tribunal Provincial de Casación en c. 70908 “Vizcarra Sergio Daniel y Krauss Leandro s/ recurso de casación interpuesto por el agente fiscal”, contiene una valiosa cita del Tribunal Supremo de España, que hace a la cuestión que venimos tratando. En la sentencia nro. 258/2003, sostuvo que *“la presunción de inocencia, constitucionalmente garantizada, impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable. El control casacional del cumplimiento del referido principio constitucional permite la constatación de la concurrencia de una suficiente prueba de cargo, constitucionalmente obtenida, lícitamente practicada y racionalmente valorada, que fundamente cualquier sentencia condenatoria. Pero la Constitución no incluye un principio de presunción de inocencia invertida, que autorice al Tribunal casacional a suplantar la falta de convicción condenatoria del Tribunal de la instancia que ha presenciado personalmente la prueba, revisando la credibilidad de declaraciones que no ha contemplado e introduciendo certeza condenatoria donde el Tribunal sentenciador solo apreció dudas absolutorias”* (Rec. Nro. 323, ponente Don Cándido Conde-Pumpido Tourón).

Impecables también las consideraciones que se hacen en el mismo fallo de Casación que acabamos de mentar, en virtud de las cuales no se hace lugar a la impugnación fiscal respecto de la absolución del coimputado Krauss, respetando el razonamiento del Juzgador y entendiendo que es al Tribunal de juicio a quien corresponde la apreciación del valor convictivo de la prueba y el grado de convencimiento que éstos puedan producir, conforme las reglas de la sana crítica, quedando excluido dicho examen de la inspección casatoria, salvo la constatación de una situación de absurdo o defectos graves que lo deslegitimen (y pese a que en este caso se había renunciado al debate oral).

En el mismo sentido, en c. 115.106, “Calfueque Leandro Sebastian, s/recurso de casación interpuesto por el Agte. Fiscal”, con idéntica cita del Tribunal Supremo de

España, se confirma la absolución en primera instancia, dejando sentado que la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida cuando se trata de aplicación de normas que consagran el principio “in dubio pro reo”, toda vez que el estado de incertidumbre al que se refiere la ley se desarrolla en el fuero interno de los magistrados como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto, debiendo verificarse en su caso desaciertos de gravedad extrema conf. CSJN , Fallos 307:1456.

Por el contrario, con frecuencia se confunde una segunda opinión, con la descalificación de la sentencia absolutoria, supliendo así al único Juez o Tribunal que tuvo inmediación con la prueba, reemplazando sin más su sentencia por otra en sentido opuesto sin estar en “par conditio” con éste, y por añadidura haciéndolo en contra del imputado; esta distancia entre la segunda opinión y la probada arbitrariedad del juez del debate, no puede salvarse sin violar el debido proceso. Se trasvasa de ese modo el límite revisor claramente impuesto en el precedente “Casal”.

El sistema previsto por los arts. 460 y 461 del CPP no resulta suficientemente claro, y mediante la invocación difusa y simultánea de ambas normas, aunque con distintos argumentos, se ha incurrido en la doble e inclusive múltiple persecución del imputado.

El primer doble juzgamiento, ya se configura con la casación positiva, pues ésta presupone el dictado de un segundo fallo: la primer condena del imputado/a, sin juicio previo.- No se trata de situaciones excepcionales como las que hemos visto en algunos e los precedentes de la CN, sino que sin más, luego de utilizar como “cliché” -por deficiente fundamentación- el argumento de la mayoría en “Alvarado”, (*sosteniendo que el pronunciamiento impugnado desarrolla una motivación aparente, con un somero análisis que lo descalifica como acto jurisdiccional válido, al no resultar derivación razonada del derecho vigente en función de las circunstancias comprobadas de la causa*) privan de efectos a la sentencia absolutoria. Luego, incursionan en los vestigios probatorios que arrima el recurrente, o los que extraen de la misma sentencia que han invalidado, y dictan un veredicto condenatorio, que dispone un reenvío a la instancia de origen, utilizándose generalmente la siguiente fórmula: “..CASAR EL VEREDICTO ABSOLUTORIO y ENVIAR a jueces hábiles a fin que , a partir de la comprobada intervención de...en el hecho que se da por probado, renueven los actos necesarios para el dictado de un pronunciamiento conforme a derecho..” , todo ello con cita de los arts. 18 de la CN, 8.2.h de la CADH; 14.5 del PIDCyP; 171 de la Const. Pcial, 210, 373,448, 451, 452, 459, 460 y 461, 530 y 532 del CPP.-

El reenvío se constituye así en una tercera persecución al imputado absuelto en el único juicio válido que ha tenido -y cuya nulidad ni siquiera es abordada-, o sea aquel en el que existió inmediatez física, temporal y personal con la prueba, y omitiendo escuchar al imputado/a.

Los recursos extraordinarios interpuestos contra esta primera sentencia condenatoria son rechazados, con el argumento de que no se trata de sentencia definitiva, y el juicio de reenvío se lleva a cabo, con la imposición de una pena por un juez o Tribunal que no estuvo en el debate, y que no puede conmover el veredicto condenatorio de la sentencia casatoria.

Interpuesto recurso de casación, esta vez por la defensa de la instancia, por aplicación del precedente “Carrascosa” es sorteada otra sala del Tribunal de Casación. Y continúa la persecución.

A esta altura, tomo dos ejemplos que denotan a mi juicio, la necesidad de poner fin a este agravio constitucional, y dispendio jurisdiccional sin precedentes, haciendo un seguimiento estrecho de los casos, y verificando la opinión de los distintos magistrados.

El primero de ellos, el caso “Álvarez Costa Mariano s/ abuso sexual agravado por el vínculo. El primer juicio se llevó a cabo en mar del Plata, ante el TOC.2, con Juez unipersonal, con fecha 14 de agosto de 2014. Luego de cuatro días de debate, se dictó sentencia absolutoria en favor del imputado. Los hechos que se le imputaron habrían tenido lugar entre el año 2008 y hasta el 26 de agosto de 2010 según la acusación pública. El Fiscal consintió la sentencia absolutoria, e interpuso recurso de casación la querrela particular. Con fecha 4 de febrero de 2016, en la Sala III del Tribunal de Casación Provincial integrada por los Jueces Ricardo Borinsky y Víctor Horacio Violini se dictó sentencia, y previo declarar la admisibilidad del recurso del querellante invocando la bilateralidad de los mismos, tiene lugar un segundo juicio escrito sin inmediatez y sin la presencia del imputado, arribándose a un veredicto condenatorio, disponiendo el reenvío a la instancia para la renovación de los actos necesarios para dictar nuevo fallo conforme a derecho. Con fecha 5 de septiembre de 2017 tiene lugar el tercer juicio, sin que se renueve ningún acto, y haciendo pie en el veredicto condenatorio de la casación, se impuso al imputado la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por un juez que no estuvo en el juicio oral, que no valoró

la prueba ni tan siquiera sin intermediación, pero que al menos escuchó al imputado y su defensor.

Interpuesto recurso de casación por la defensa de la instancia (contra el fallo de casación que dictó veredicto condenatorio, y contra la sentencia de primera instancia dictada en el reenvío) , por aplicación del precedente “Carrascosa”, recae el mismo en la misma Sala III, ahora integrada por los jueces Ricardo Maidana y Daniel Carral, manteniendo el nro. 87105, y la carátula “Álvarez Costa Mariano s/recurso de Casación”.- Con voto del Dr. Carral, se dispone “..la naturaleza del recurso y la materia de revisión sobre la que ingresó la Sala II, no permitía asumir competencia positiva..”, ello en cuanto la revisión de la absolución involucraba fuentes personales de prueba, y fue esa misma base probatoria la estimada para fundar el veredicto ahora condenatorio “..sin la inmediatez, publicidad y contradicción propias del juicio oral, principios que aparecen vulnerados...”. Se entiende que la posibilidad de realizar una casación positiva o negativa varía según el contexto probatorio, afirmando que la posibilidad de arribar a un pronunciamiento condenatorio en instancia casatoria dependerá de las posibilidades de reconstrucción e integración objetiva del cuadro probatorio disponible, diferenciando la prueba informativa o documental -donde los jueces están en condiciones de paridad con los de la instancia anterior -, de la prueba testimonial pues “..el juicio sobre la fiabilidad del testigo..involucra aspectos que requieren del tamiz de la inmediatez, publicidad y contradicción del juicio oral..” Cita al TEDH, en el caso “Lacadena Calero contra España del 22.11.11, y el caso “Serrano Contreras contra España” del 20.3.2012, para concluir que solo procedería la asunción de competencia positiva a partir de estimación de pruebas disponibles y ajenas a la fuente personal.

Luego se realizar una crítica pormenorizada del fallo de la Sala III, indicando que los fundamentos expuestos y precedentes impiden confirmar como acto jurisdiccional válido lo resuelto por los jueces de la Sala III (que habían revocado la absolución), para nuestra perplejidad, ¡afirman que consecuentemente el juicio de reenvío era necesario pues no estaban en condiciones de asumir competencia positiva! Y disponen realizar un nuevo debate...sin que se comprenda cómo es posible disponer un segundo debate, sin haber casado previamente el anterior, ni tener por arbitraria la sentencia absolutoria.

La absolución de primera instancia había sido casada por la Sala III, y ahora, la misma Sala con distinta conformación, afirma que aquella casación no es un acto

jurisdiccional válido, porque no se podía adquirir competencia positiva por falta de inmediación. Ergo, la sentencia absolutoria debió haber quedado incólume y adquirir firmeza. No obstante, se ordena el reenvío para un nuevo juicio, el cuarto ya, sin haber invalidado el primero! Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario, cuya admisibilidad fue rechazada por no tratarse de sentencia definitiva, y se encuentra pendiente de resolución la queja ante la SCBA. Han transcurrido entre 12 y 14 años desde la fecha del hecho, y 8 años desde el juicio y sentencia absolutoria. Y todavía pende sobre el imputado, la posibilidad de realización de ese cuarto juicio.

El final de este trágico despropósito, fue la prescripción de la acción penal (P.136384-Q,” Alvarez Costa Marianoi s/Queja en causa 87105 del ribunal de Casación penal Sala III “ de fecha 6/ de diciembre de 2024.-

El segundo caso es resuelto por los mismos jueces, con idénticas citas y fundamentos, se trata de la c. 88660 de la Sala I, “M.M.G. s/Recurso de casación interpuesto por el Agente Fiscal” . Se revoca un fallo de la Sala III en el que por mayoría se calificó de arbitrario al Juez que dictó la absolución, y también se dictó veredicto condenatorio, ordenando el reenvío para el dictado de un nuevo pronunciamiento acorde a derecho. De dicho reenvío, al igual que en “Alvarez Costa”, derivó una sentencia condenatoria dictada esta vez en Lomas de Zamora, y ambas fueron recurridas por la defensa de la instancia.

Los Jueces Maidana y Carral, con primer voto del segundo de los nombrados, reiteran los argumentos vertidos en “Alvarez Costa”, en cuanto a la imposibilidad de adquirir competencia positiva por defecto de inmediación.- Reiteran también que al recurso de la fiscalía no se le puede otorgar la máxima capacidad de rendimiento, y que debe no sólo alegarse sino demostrarse la arbitrariedad de la sentencia, coincidiendo con lo que posteriormente se analiza con mayor detenimiento -esta vez con voto de Mancini- en la ya citado c. 115.106, “Calfueque Leandro Sebastian, s/recurso de casación interpuesto por el Agte. Fiscal”, sobre la restricción que debe regir para la tacha de arbitrariedad.

Estiman que la cuestión a resolver exige revisar tanto la admisibilidad del recurso, en orden a la alegada arbitrariedad de la sentencia, como la valoración de la prueba de condena. Recuerda que la disconformidad de la parte con la solución adoptada por el sentenciante no alcanza para demostrar la arbitrariedad si no se evidencia ninguna infracción de las reglas de la valoración de la prueba.

No obstante la advertencia, se ingresa seguidamente a examinar la prueba ponderada en la sentencia absolutoria y en el fallo de la Sala III que previo declarar su arbitrariedad, funda el veredicto condenatorio, concluyendo que “...el examen de la prueba valorada en el veredicto que lo absolvió confirma que ella es insuficiente para fundar una condena...”. En razón de estos argumentos, hace lugar al recurso de la defensa casando la sentencia de la Sala III que había revocado la absolución y dictado veredicto condenatorio, y la sentencia fruto del reenvío por la cual se había impuesto pena de prisión al causante, y “...consecuentemente ABSOLVER a M.G.M en el presente proceso...”.

O sea que se emitió un tercer veredicto, esta vez absolutorio. Se ingresó nuevamente en el estudio de la prueba del caso sin intermediación, verificando la logicidad de la primer sentencia, y descalificando la segunda y la tercera, y concluyendo en el acierto de la absolución. Sin embargo, no fue la confirmación de ésta lo que se decidió, sino un nuevo veredicto, en este caso absolutorio. Nos queda la duda acerca de la posibilidad de que éste no fuera el resultado, y que pese a descalificar el segundo y tercer juicio, como en “Alvarez Costa”, en vez de confirmar la absolución, se dispusiera la realización de un nuevo juicio, cuyo resultado podría ser tanto una absolución como una condena...y en este caso...recomenzar el ciclo, indefinidamente.

Podríamos seguir analizando otros casos, pero bastan estos para evidenciar que aún para casar la tacha de arbitrariedad de la absolución, en la instancia casatoria los jueces ingresan en el análisis de la prueba a través del escrutinio de la logicidad de la sentencia de primera instancia, y terminan emitiendo un nuevo “juicio”. Si se arriba a un segundo veredicto condenatorio, podrá asumirse como un doble conforme? Entendemos que no queda otra posibilidad, sería muy absurda la conclusión contraria, aunque no se haya confirmado la primera, como debiera.

Para los defensores de la instancia se presenta también esta problemática pues por aplicación del precedente “Carrascosa” en las causas correccionales, los fallos de Cámara que revocan una absolución de primera instancia, están siendo revisados por otra Sala de la misma Cámara, sin intervención de la Defensoría de Casación.

Por ello, propongo un seguimiento cercano de estos casos, para evaluar en su momento cuál es el criterio mayoritario en el Tribunal de Casación, y lograr llegar en su caso a la Corte Suprema de la Nación, para revalidar aquellos precedentes señeros a los que hice referencia en el primer acápite de este trabajo.

Se cierne sobre el futuro de las absoluciones logradas en primera instancia, la creciente preponderancia de la actuación del querellante autónomo, quien alejado de los criterios de objetividad que gobiernan la actuación del Ministerio Público Fiscal, y ajeno a los fines constitucionales y convencionales de la pena de prisión, como así a la consideración del derecho penal como “última ratio”, impedirá que la liberación adquiera firmeza si no se establece firmemente por la judicatura el límite constitucional a ese derecho.



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

Sección 5: El Ministerio Público de la Defensa

**La defensa pública y el
acceso a la justicia para
grupos en situación
de vulnerabilidad: un
enfoque interseccional**

María Laura Folgar

La defensa pública y el acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad: un enfoque interseccional

Por María Laura Folgar¹

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene la intención de poner de relieve como la defensa pública resulta un engranaje fundamental para el acceso a la justicia de aquellas personas en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, abordare quienes son los sujetos vulnerables a quienes defendemos y que importa el acceso a la justicia. Luego, desarrollare la importancia de la Defensa pública y finalmente, intentaré dar cuenta, brevemente, de cómo el Ministerio Público de la Defensa coadyuva especialmente con aquellas personas en situación de vulnerabilidad o a grupos vulnerables que vean afectados sus derechos, para que puedan acceder, efectivamente, al sistema de justicia y obtener una respuesta que les permita gozar de los mismos.

2. ACCESO A LA JUSTICIA Y VULNERABILIDAD

Comienzo por señalar que podemos definir a los derechos humanos como aquellos derechos –civiles y políticos, económicos, sociales y culturales– inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna², destacando que los mismos son universales, indivisibles, integrales, interdependientes, complementarios, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables e inalienables.

Pues bien, el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental. La Declaración

1. Abogada, Magister en Magistratura y doctoranda la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del Ministerio Público de la Defensa. Defensora a cargo de la Defensoría Pública de Menores en incapaces N.º 3 de CABA.

2. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Manual de autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos económicos, sociales y culturales / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: IIDH: 2011 (pág. 12)

principal de la VII Cumbre Iberoamericana aprobó la siguiente noción de acceso a la Justicia: “Es el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial”. Involucra el derecho a buscar y a obtener una respuesta a las necesidades jurídicas, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha definido al acceso a la justicia como “la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea ... a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos”, siendo una de las obligaciones principales de los Estados –y parte de su razón de ser–, asegurar la realización de los derechos humanos de todos sus habitantes, su protección y crear un sistema de garantías para su restitución y reparación en caso de que sean violados.³

Y esta obligación del Estado, como señaló la CIDH en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*⁴ de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos. “La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención.”

Desde un marco normativo, podemos decir que el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Asimismo, esta garantía de acceso a la justicia, es reconocida en diversos instrumentos internacionales, a saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 10; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en sus artículos 2, 3 y 15; la Convención Americana sobre Derechos Humanos

3. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Manual... cit. Pág. 53 y 61.

4. Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 14916. Parr. 192.

(CADH) artículo 8 y 25; y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6; entre otros.

No obstante, pese a encontrarse normado, este derecho fundamental encuentra su valladar en el ejercicio para aquellas personas que se hallan en situación de vulnerabilidad. En los hechos, esta situación de vulnerabilidad, o condición de sujeto o grupo vulnerable, hace mella con el principio jurídico de igualdad formal ante la ley.

Es que todos los derechos inherentes a las personas, así como las oportunidades para desarrollarse como tales, deben ser y estar siempre en condiciones de igualdad o de equidad. No puede discriminarse a una persona o a un grupo de personas en razón de su condición étnica, de género, por edad, o por su preferencia sexual. Ello responde al principio fundamental de igualdad ante la ley. Con esa finalidad, se han desarrollado “excepciones” que no solo deben ser permitidas por ley, sino por la necesidad y justificación moral y solidaria para que ciertas personas o grupos que se encuentran en una situación especial, ya sea de discriminación por cualquier razón o por exclusión y vulnerabilidad, gocen de ciertas “ventajas” u oportunidades que se justifican por el principio de equidad. Esta es la diferencia clásica entre lo justo y lo equitativo: justo es que todos seamos iguales ante la ley, pero ante situaciones disímiles, equitativo sería darle a cada quien lo que le corresponde.⁵

Asimismo, desde la perspectiva de la igualdad, nos encontramos con dos conceptos de igualdad que están en debate: La idea de igualdad como no discriminación, que responde al ideal básico de la igualdad de trato ante la ley libre de caprichos, tratos arbitrarios o prejuiciosos; y la igualdad como no sometimiento, en las que la desigualdad de trato es la consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad. Esta versión combinada de la igualdad ante la ley es la que debe guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la introducción del artículo 75, inciso 23 y su implícito reconocimiento de la igualdad como no sometimiento.⁶

En efecto, el inc. 23 del Art. 75 de la Constitución Nacional dispuso la sanción de leyes estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y

5. Instituto Interamericano de Derechos Humanos ..ob. cit pág. 29/30

6. Roberto Saba, “(Desigualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 25/29

los discapacitados, que tiene como finalidad sortear las barreras y/o impedimentos que en los hechos limiten el acceso y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que las demás personas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha destacado que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico. (Fallos: 344:1788; 343:264; 342:411.)

Por su parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁷ han definido expresamente la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad. A estas reglas, adhirió mediante acordada 5/2009 la CSJN. Las mismas “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”.

A tal fin, las Reglas establecen que “una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, y definen sujeto vulnerable a “aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (Regla3).

Particularmente, las vulnerabilidades debido a la menor edad (conf. Regla 5) fue puesta de manifiesto por la CSJN⁸ al señalar, respecto de las personas menores de

7. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador)

8. Consultar suplemento de la CSJN “La vulnerabilidad en los precedentes de la Corte Suprema” <https://sj.csjn.gov>.

edad, la necesidad de una tutela especial y dispuso como parámetro objetivo que el interés superior de estos debe primar en el proceso de toma de decisiones que lo afecten. (374:471;347:441, 347:51; 335:888; 345:549, 344:2901, 344:2901, 344:2901, 344:2647, 341:1733, 335:1838, 331:147, 330:642, entre otros). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido la especial vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en números fallos (“Villagrán Morales y otros c/ Guatemala” (19/11/99); “Forneron e Hija vs. Argentina” (27/4/12); “Bulacio Vs. Argentina” (18/9/03), “Mendoza vs. Argentina” (14/5/13), “Caso Hermanos Landaeta Mejías vs Venezuela” (27/8/14), “González Lluy vs Ecuador” (1/9/15); “Vera Rojas vs Chile” (1/10/21), entre tantos otros.

Respecto al envejecimiento (Regla 6) se sostiene que puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando el adulto mayor encuentre especiales dificultades o barreras para ejercer sus derechos. La CSJN ha destacado la necesidad de una real y verdadera tutela judicial efectiva para las personas mayores (Fallos: 347:1022, 344:983 “García Blanco Esteban”; 328:566; 341:1924 “Blanco, Lucio Orlando” ; 337:1564, Fallos: 337:530 “Pedraza, Héctor Hugo”, Fallos: 344:983 “García Blanco Esteban”), y también lo hizo la CIDH en *Poblete Vilches vs. Chile* (8/3/18) y *Muelle Flores vs. Perú* (6/3/19).

La CSJN ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad de las personas con discapacidad (Regla 7) y la necesidad de una preferente tutela que sea real y efectiva (fallos: 339:1683, 338:29, 347:1013, 344:1788, 344:3307, 339:740) y lo hizo también respecto a las personas con padecimientos en su salud mental (Fallos: 331:211, 328:4832; 330:2774 (Disidencias de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni y de la jueza Argibay); 330:5234; 331:68; 331:211; 331:1524; 331:1854; 331:1859). La CIDH también hizo lo propio en “Ximenes Lopes c/ Brasil” (4/7/06), “Vera rojas c/ Chile, Guachala Chimbo vs Ecuador” (1/10/21), “Furlan y familiares vs. Argentina” (31/12/12), entre otros.

Tal como señalan las Reglas, la pobreza (Regla 15) constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente agravado cuando concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. La CSJN ha hecho referencia a las dificultades económicas de los jubilados para acceder al goce de sus derechos (Fallo 341:1924), a la vulnerabilidad por falta de recursos económicos para afrontar tratamientos mé-

dicos o alimentarse (344:1557, 345:1481), entre otros. Por su parte, la CIDH identifica como la pobreza coloca en especial situación de vulnerabilidad a las personas en los fallos “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil” (20/10/16); “Furlan y familiares vs. Argentina” (31/12/12); “Lagos del Campo Vs Perú” (31/8/17), entre otros.

Asimismo, la Regla (9) establece que “las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal”. Particularmente la CSJN se ha manifestado sobre la situación de vulnerabilidad de estos pueblos, destacando el derecho a la participación de los pueblos indígenas (Fallos: 344:441 (Voto del juez Rosatti); 328:3555 (Voto del juez Fayt). Lo propio hizo la CIDH, quien destaco la vulnerabilidad de los pueblos aborígenes en los fallos “Rosendo Cantú vs. México” (31/8/10); “Comunidad de Moiwana vs. Suriname” (15/6/05); “Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay” (17/6/05); “Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay” (29/3/06), “Comunidades Indígenas Miembros de la asociación Lhaka Honhat vs. Argentina” (6/2/20), entre otros.

La Regla 17 reconoce la discriminación que sufre la mujer por cuestiones de género que supone un obstáculo en el acceso a la justicia. La CSJN ha destacado la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres en los Fallos: 345:578, 345:140, 343:15, 343:103, 345:181, entre otros. Por su parte la CIDH también ha puesto el acento en la situación de vulnerabilidad de las mujeres y en la discriminación estructural o histórica contra la mujer en los fallos “González et al. (Campo Algodonero) vs. México, (16/11/09), “Britez Arce y otros vs Argentina” (16/11/22), “Paola Guzmán Albarracín Vs Ecuador” (24/6/20), “Cuscul Pivaral y otro cvs. Guatemala (23/08/18); “González Lluy vs Ecuador” (1/9/15), entre otros.

La Regla 13 señala a la migración y al desplazamiento interno como posible causa de vulnerabilidad, especialmente para aquellas personas en situación migratoria irregular. La CSJN ha destacado esta especial situación que atraviesan las personas migrantes (Fallos: 364:84, 345:905). También lo ha destacado la CIDH en “Vélez Loor c/ Panamá” (23/11/10); “Nadege Dorzema vs Republica Dominicana” (24/10/12) “Familia Pacheco Tineo vs Bolivia” (25/11/13), “Niñas Yaen y Bosico vs. República dominicana” (8/9/05), entre otros.

La Corte IDH reconoce que la vulnerabilidad está alimentada por ciertas situaciones *de jure* (eg. las desigualdades ante la ley entre nacionales y extranjeros) y *de facto* (eg.

desigualdades estructurales) que tendrán consecuencias decisivas en acceso a los recursos públicos.⁹

Ahora bien, cuando estas vulnerabilidades se superponen o interactúan acrecientan las desventajas; situación que se denomina interseccionalidad. Tal concepto es una categoría de análisis para referir los componentes que confluyen en un mismo caso, multiplicando las desventajas y discriminaciones, que propicia un enfoque desde una perspectiva integral, evitando simplificar las conclusiones y, por lo tanto, el abordaje de dicha realidad¹⁰. Evidentemente, esta interseccionalidad complejiza la situación de la persona, profundizan la vulnerabilidad, impactan en las oportunidades y acceso a los derechos, y justifican una actuación diferenciada del Estado para tutelar efectivamente sus derechos.

La CSJN ha destacado la sumatoria de vulnerabilidad que incrementa la misma, por ejemplo en niñez cuando se encuentra privados de la libertad (339:381, 342:459); en niñez y discapacidad (“V., V.”, 10/09/2024); en niñez, discapacidad y pobreza (335:452, Voto del juez Petracchi; niñez y género (343:354, 345:1374); en niñez y migrantes (Fallos: 345:905); en discapacidad y adultos mayores (344:3567, 343:264, 342:411 “García, María Isabel”); en pobreza, género y discapacidad (346:58 (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti); entre tantos otros. También se observa esta interseccionalidad en los precedentes ya señalados de la CIDH, por ejemplo, mujer con VIH “Cuscul Pivaral y otro cvs. Guatemala (23/08/18); niña y mujer, “González Lluy vs Ecuador” (1/9/15), entre otros.

Tal como señala Alicia Ruiz “Las 100 Reglas imponen a los integrantes del poder judicial el deber insoslayable de “hacerse cargo” de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad. Esas 100 Reglas constituyen nuevas formas de subjetividad y lo hacen a partir de poner al descubierto la discriminación, la fragmentación y la

9. CorteIDH, *Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 septiembre 2003 (en adelante: OC-18/03), párr.112

10. Ver INMUJERES. *Glosario para la igualdad*. Disponible en: <https://bit.ly/39Dpo>

marginalidad. Es tanto como dar vuelta la noción de igualdad que la modernidad consagró para superar las diferencias más terribles que atraviesan el mundo social.”¹¹

En este contexto, podemos resumir que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados”¹²; el medio que permite establecer una rampa para vincular a los que están fuera de los bienes jurídicos con los que están dentro¹³; igualando a los vulnerables con quienes no lo son. Por su parte, es la administración de justicia –en sentido amplio– la que debe actuar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad; además “el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”.¹⁴

3. DE LA DEFENSA PUBLICA COMO GARANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Cabe destacar que la Regla 24 determina, para garantizar el acceso a la justicia de los vulnerables, la necesidad de interacción entre todos los operados, en particular dispone que serán destinatarios del contenido de las reglas los integrantes de la Judicatura, Fiscalías, Defensorías Públicas, Procuradurías y demás personal que labore en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país.

Respecto a la Defensa Pública se ha sostenido que “es menester promover la asistencia técnico-jurídica de las personas en condiciones de vulnerabilidad en los ámbitos de asistencia legal, y principalmente en el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias

11. Ruiz Alicia, “Asumir la Vulnerabilidad” en “Defensoría Pública: Garantía de Acceso a la Justicia. Bs As. Defensoría General de la Nación .2008 Pág. 14.

12. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), durante el cuadragésimo primer período de sus Sesiones Ordinarias en la ciudad de San Salvador -República de El Salvador-, aprobó por unanimidad la Resolución AG/RES. 2656 (XLI/11) “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales” (Resolución DGN N930311.)

13. Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables (1) Ricardo Lorenzetti (2) (1) Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf> Pág. 66

14. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Manual de autoformativo... Pág. 32

judiciales; por supuesto que la premisa de dicha atención descansa en la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a dichas personas”¹⁵ Las Reglas Nos. 30 y 31 refieren al derecho a la asistencia de calidad, especializada y gratuita señalando que “se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia. Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones”.

Es que la asistencia jurídica gratuita se revela indispensable a fin de que los pobres puedan tener acceso efectivo a prestaciones jurisdiccionales en los casos en que fuera necesario para la defensa de sus intereses legalmente protegidos. En resumen, es preciso remover las barreras resultantes del estado de pobreza que impiden la efectivización del derecho humano de acceso a la justicia¹⁶, por ello es plenamente legítima y necesaria la actuación de las Defensorías Públicas en la lucha por la mejoría de las condiciones de vida de los destinatarios de sus servicios, o sea, de la población menos favorecida, especialmente en la lucha por la efectivización de derechos sociales que contribuyen para la superación de las desigualdades y reducción de la pobreza. En resumen, aunque la judicialización no pueda ser efectivamente considerada el mejor camino para el alcance de tales objetivos, en nuestros países latinoamericanos eso ha sido inevitable”.¹⁷

Luigi Ferrajoli, respecto a la defensa Pública, ha sostenido su “carácter de derecho fundamental y, por ello, universal del derecho de defensa, cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si se tratase de un derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública...Es cierto que este instituto tiene un costo para las arcas del Estado. Pero todos los derechos fundamentales cuestan, y es en su tutela que reside la razón social de la esfera pública en la democracia constitucional.”¹⁸

15. *García Rubí, Fernando*, “La Defensa Pública en los casos de niñez y adolescencia no punible”, en: *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, 11, 12 y 13 de junio de 2008. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación Buenos Aires, Argentina, 2008, págs. 355-358. Disponible en: <[http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20 Publica.pdf](http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf)>, a julio de 2014.

16. *Clever Alves*. “Pobreza y derechos humanos el papel de la defensoría pública en la lucha para erradicar la pobreza”, en “*Defensoría Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. Bs As. Defensoría General de la Nación .2008 Pág. 158.

17. *Alves Cleber*, “Pobreza... ob cit. 163

18. *Ferrajoli Luigi*, la desigualdad ante injusticia penal y la garantía de la defensa pública. pág. 86, Ministerio Público

Entonces, la Defensa Pública es el medio que dispone el Estado para garantizar el derecho a las personas, especialmente en situación de vulnerabilidad, para acceder a la justicia.

La Organización de Estados Americanos (OEA), que aprobó la Resolución AG/RES. 2656 (XLI/11) de “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales” destaca el rol de los Defensores Oficiales, en cuanto “constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia” y afirma “la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad”.

4. DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA¹⁹

Cabe destacar que nuestra Constitución Nacional en su art. 120 dispone que el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad.²⁰ Particularmente, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa 27.149²¹ establece en su art. 1 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, 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.”

de la defensa – FGN Bs.As. 2018

19. Ministerio Público de la Defensa, a institución a cargo de la dra. Stella Maris Martínez. Pág. www.mpd.gov.ar

20. Art. 120 CN: “El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”

21. La Ley 27.149, sancionada el 10/6/15 y promulgada el 17/6/15, deroga en lo que al Ministerio Público de la Defensa compete la Ley 24.946.

La misión que impone el art. 1 y bajo los principios del art. 5²² de la Ley 27.149, ha fortalecido el rol de esta institución en pos de un mejor servicio de defensa, con enfoque en derechos humanos y en favor de los más vulnerables.

Sin lugar a duda, este enfoque ha sido propiciado por la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, quien ha recogido el guante que importó la evolución normativa desde la Reforma Constitucional de 1994; la incorporación de los tratados internacionales y las nuevas legislaciones dictadas bajo el paradigma de derechos humanos. Particularmente, cabe destacar que bajo la Resolución DGN N.º 1353/11 recomendó a los integrantes del Ministerio que, en el marco de los procesos en los que tomen intervención, y cuando ello resulte pertinente, se invoquen las Reglas de Brasilia a fin de asegurar una máxima protección y efectividad de los derechos de sus asistidos.

En ese sentido impulsó y adoptó medidas con el norte de garantizar el acceso a la justicia de las personas, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad, creando áreas especializadas a tal fin, dependientes de la Coordinación General de Programas y Comisiones DGN.

Asimismo, se sumó al trabajo que importa el ejercicio de la defensa en los casos particulares y colectivos de las Defensorías, la confección de informes, investigaciones y publicaciones tendientes a impactar en las prácticas, los cuales algunos de ellos serán señalados ut infra.

También estos informes y publicaciones importan insumo generado desde el Ministerio Público para coadyuvar a nuevas políticas públicas. Cabe destacar que el rol que asume la política pública como instrumento de transformación de las condiciones que provocan esas desigualdades estructurales es sumamente importante y debe presentarse como una gran oportunidad para quienes se encuentran a cargo de la gestión pública.²³

22. la Ley 27149 establece en su art. 5 establece principios específicos, entre ellos el protección jurídica que importa que los integrantes “cumplen e instan a hacer cumplir la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes, las reglamentaciones, los protocolos de actuación y toda disposición para la protección y defensa de la persona, en especial, el acceso a la justicia de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad o con discriminación estructural, el que estará sujeto a un diligenciamiento preferencial”.

23. Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: aprobado por la CIDH 15/9/18. OEA/ser.L/V/II.Doc.191/18, pág. 21

En la misma línea, se han creado Unidades, Programas y Comisiones, a cargo de una Coordinación General, dedicadas a diferentes temáticas de interés institucional, en miras a fortalecer y optimizar el servicio de la defensa pública con un enfoque interdisciplinario, receptivo a las necesidades y problemáticas de los sectores más vulnerables de la población.

Específicamente con relación a los niños, niñas y adolescentes (NNyA) vulnerables (personas menores de edad y privadas de la libertad), fue creada en 2006 la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de NNyA que se encarga de monitorear las condiciones generales en las que los NNyA privados/as de su medio familiar están alojados en distintas instituciones, para garantizar que vivan en condiciones dignas y se cumplan sus derechos, especialmente el derecho a ser oídos y el derecho de acceso a la justicia.

Asimismo, respecto a los NNyA que estén involucrados en procesos de desalojos, en pos de evitar las consecuencias de una medida forzosa que impacte negativamente respecto de ellos, se dispuso por Res. DGN N.º 1119 /08 instruir a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los NNyA reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, son numerosos los estudios y publicaciones realizados por la Defensoría, en pos de visibilizar la situación que atraviesa esta población, como así también difundir derechos y buenas prácticas.²⁴

24. Ver La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N°13. Noviembre 2018 <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/revista/Revista%202018-FINAL-comp.pdf>; El abordaje de la salud mental de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva de derechos humanos. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/7314-el-abordaje-de-la-salud-mental-de-ninos-ninas-y-adolescentes-desde-una-perspectiva-de-derechos-humanos>; A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: el compromiso con la infancia <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5074-a-30-anos-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-el-compromiso-con-la-infancia>; Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Internados por Salud Mental y Adicciones <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5274-acceso-a-la-justicia-de-ninas-ninos-y-adolescentes-internados-por-salud-mental-y-adicciones>; Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/013%20Ni%C3%B1os%20UNICEF.pdf>; entre otros

Respecto a las personas mayores, considerando que el envejecimiento puede importar especiales dificultades -físicas o psíquicas- para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, también desde la Defensoría se creó el Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores. El Programa fue creado con la finalidad de promover la defensa y protección de los derechos humanos y coadyuvar en la remoción de obstáculos para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, las personas adultas mayores y aquellas que tienen necesidades especiales ligadas a la salud. También se realizó una publicación sobre este colectivo vulnerable.²⁵

Con relación a las personas con padecimiento en su salud mental que se encuentren atravesando una internación involuntaria en los términos de la ley 26.657 y 41 del CCyCN; con la finalidad de garantizar un verdadero acceso a la justicia, facilitar el derecho a ser oído y la adecuada participación en el proceso, se han creado Unidades de Letrados de Personas Menores de Edad (interviene con NNyA internados por salud mental); Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 (interviene con personas mayores de edad internadas por salud mental involuntariamente) y Unidad de Letrados de Salud Mental de Penal (interviene con personas mayores de edad internadas por salud mental involuntariamente, derivados o con antecedentes en el sistema penal) que ejercen la defensa técnica especializada de estos usuarios de los servicios de salud mental. También se realizaron publicaciones sobre este colectivo vulnerable.²⁶

En el año 2011 se creó el Equipo de Acceder, se trata de un equipo de trabajo de acceso a la justicia de carácter interdisciplinario conformado por abogados y abogadas, y especialistas en diferentes materias, que ofrecen el servicio de defensa en sedes de atención ubicadas en distintos barrios de emergencia y en lugares de concentración de población en condiciones de vulnerabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta área lleva a cabo un abordaje territorial especializado y permanente, y atiende consultas y demandas de patrocinio que sean de competencia del Ministerio Público o que requieran asesoramiento, derivación o la intervención de determinadas áreas u organismos encargados de la defensa de los derechos afectados.

25. Acceso a la Justicia de Personas Mayores <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas/6978-revista-de-las-defensorias-publicas-del-mercosur-n-11>

26. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Psicosocial Revista de las Defensorías Públicas del MERCOSUR (Revista Das Defensorias Públicas do MERCOSUL) N°10. Marzo 2023 https://www.mpd.gov.ar/pdf/Revista_RE-DPO_Nro_10.pdf; Derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial, <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/revista/Revista%20MPD%202016.pdf>

Asimismo, se creó el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Programa DESC) en el año 2016. Se trata de un programa especializado que aborda los DESC desde una perspectiva integral y participativa, a través de la utilización de estándares internacionales y locales; actuación destinada a personas en situación de pobreza y/o vulnerabilidad social y pobladores de barrios populares, víctimas de afectación de derechos sociales, como a la alimentación, al ambiente, a la vivienda, y a los servicios públicos, entre otros.

Atendiendo las circunstancias étnicas y/o culturales como factor de vulnerabilidad se creó el Programa sobre Diversidad Cultural que trabaja para facilitar el acceso a la justicia de comunidades indígenas y otros colectivos a quienes se vulneran sus derechos humanos por motivo de su diversidad cultural. También se han realizado publicaciones sobre esta población.²⁷

Asimismo, se creó la Comisión de Refugiados que tiene como objetivo garantizar el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición, así como también de las personas apátridas; y a fines de 2008, se creó la Comisión del Migrante para la defensa y protección de los derechos de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio nacional. También se hicieron publicaciones sobre los migrantes.²⁸

Respecto de las Personas Privadas de la Libertad, se creó la Comisión de Cárceles de la DGN en 1998 cuya función es verificar las condiciones estructurales y materiales de los establecimientos en los que se alojan personas privadas de libertad, y exigir la garantía de sus derechos fundamentales. Asimismo, se creó el Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad que pretende garantizar el acceso a justicia de las personas privadas de su libertad respecto de situaciones que exceden su condición de detención. También hay publicaciones sobre la labor de estas áreas.²⁹

27. Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas” (<https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5191-acceso-a-la-justicia-de-los-pueblos-indigenas>); ver en pág. MPD: Guía de Acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Guaraní; quechua, Wichi; Mapuche y Qom.

28. Personas en contexto de movilidad humana. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas/6449-revista-del-ministerio-publico-de-la-defensa-n-17>

29. La defensa de las personas privadas de libertad <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas/5354-revista-del-ministerio-publico-de-la-defensa-n-15>

La Comisión sobre Temáticas de Género, creada en 2007, destinada a las personas afectadas por situaciones de discriminación o violencia de género, en particular, mujeres y personas LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales) y con el fin de incorporar la perspectiva de género en el trabajo cotidiano de la institución. También hay publicaciones sobre la labor de esta área.³⁰

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto cabe concluir que el acceso a la justicia, como derecho humano fundamental, es clave para acceder a otros derechos. Asimismo, la defensa pública es clave para que las personas en situación de vulnerabilidad puedan acceder a la justicia. Por ello, la defensa pública se erige como un verdadero puente entre las personas en situación de vulnerabilidad y el acceso a la justicia.

Sin duda el servicio de defensa se presenta como un engranaje fundamental a fin de derribar barreras y sortear desigualdades materiales, incluso estructurales. Con ella, se inicia un camino que posibilita el ejercicio y goce de los derechos de las personas que no están en igualdad de condiciones que otros, y que como consecuencia de ello se encuentran en una posición desventajosa.

El Ministerio Público de la Defensa, en cumplimiento de su misión y a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas, en especial aquellas en situación de vulnerabilidad, además de la defensa en los casos particulares y colectivos que lleva a cabo, creó áreas especializadas atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad que atraviesan por distintos motivos personas, grupos minoritarios o comunidades, con el fin de brindar un mejor servicio de defensa.

Por ello, frente a la vulnerabilidad, incluso la interseccionalidad que atraviesan algunas personas es fundamental que el Estado, democrático y respetuoso de los derechos humanos, les garantice tener acceso efectivo a la defensa pública.

30. Acceso a la justicia para Mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales (<https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5228-acceso-a-la-justicia-para-mujeres-victimas-de-violencia-en-sus-relaciones-interpersonales>); Mujeres Privadas de Libertad en Escuadrones de Gendarmería. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5360-mujeres-privadas-de-libertad-en-escuadrones-de-gendarmeria> ; Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5302-mujeres-imputadas-en-contextos-de-violencia-o-vulnerabilidad> ; Violencia contra las mujeres por razones de género <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5261-violencia-contra-las-mujeres-por-razones-de-genero-2>; Muerte de mujeres por razones de género <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5457-muerte-de-mujeres-por-razones-de-genero>; Parí como una condenada <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5244-pari-como-una-condenada>



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 6: El Ministerio Público Tutelar

La Asesoría de Incapaces y el acceso a la justicia de personas con discapacidad: barreras, ajustes y estrategias para garantizar sus derechos

Silvia Eugenia Fernández

La Asesoría de Incapaces y el acceso a la justicia de personas con discapacidad: barreras, ajustes y estrategias para garantizar sus derechos.¹

Por Silvia Eugenia Fernández²

1. BREVES ACLARACIONES PRELIMINARES

En el título que presenta este aporte hemos mantenido la denominación impuesta legalmente conforme la Ley 14.442 del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, para referir al organismo encargado de la defensa irrestricta de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes (art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante, CDN–; arts. 23 a 26 del Código Civil y Comercial –en adelante, CCyC–; Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes) y de las personas con discapacidad (art. 1 y 2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –en adelante, CDPD) que presentan una diversidad funcional intelectual, mental o psicosocial, sensorial, en tanto que del resultado de la interacción de esa diversidad –*condición* de discapacidad– con las barreras del medio –*situación* de discapacidad– encuentren severas dificultades para ejercer sus derechos fundamentales y su participación social plena y efectiva *en igualdad de condiciones con las demás personas* (arg. art. 1 CDPD). Estas dificultades muchas veces se profundizan o agravan, o son difíciles de erradicar, en razón del efecto que aparea la *posición* de discapacidad en el entorno social, aspecto que alude a la ideología colectiva subyacente sobre las personas con discapacidad, a los sesgos y prejuicios provenientes del imaginario social, anclados a nivel estruc-

1. Este artículo toma por base la ponencia presentada por la autora en el XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Mar del Plata, los días 14 al 16 de noviembre de 2024. Dicha ponencia obtuvo la Mención Especial de la Asociación Argentina de Derecho Procesal a la segunda mejor ponencia del citado Congreso. Aquí se profundiza y extiende su desarrollo.

2. Asesora de Incapaces titular de la Asesoría de Incapaces N° 1 del Depto. Judicial Mar del Plata. Doctora en Derecho UNMDP. Especialista en Derecho de Familia UNR. Especialista en Magistratura Judicial UNMDP. Diplomada en género y bioética aplicadas. Docente de grado y posgrado UNMDP y otras Universidades nacionales e internacionales.

tural, y que guarda relación con las preconcepciones y creencias, comunitarias e individuales.

En este sentido, hoy luciría más adecuado evitar la denominación *Asesoría de Incapaces*, en razón del sesgo de minusvalía que exhibe el término “incapaz”, procurando estar a tono también con la reforma del Código Civil y Comercial³ –tanto en relación a las *personas menores de edad*, conf. arts. 23 a 26⁴– como a las *personas con discapacidad*⁵ y *personas con restricción a la capacidad*⁶; y esbozar otras propuestas –aquí nos animamos a una que en nada limita otras conceptualizaciones en un diálogo constructivo y signado por el enfoque de derechos humanos–; así por ejemplo podríamos sugerir el término *Defensoría de derechos de niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad*. Desde que un cambio oficial de denominación requiere la pertinente reforma legislativa, más allá de los deseos expresados mantendremos la nominación *Asesoría de Incapaces*, coherente con la Ley 14.442 de Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Como segunda aclaración, y tal como el título delimita, este aporte se circunscribe exclusivamente al universo de personas con discapacidad, dejando fuera de tratamiento lo relativo a las niñeces.

2. NUESTRO OBJETIVO

El título elegido exige comenzar nuestro desarrollo con algunas conceptualizaciones estructurales previas, que se asientan en principios y valores que conforman la axiología de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) con rango constitucional en nuestro país (leyes 26.378, 27.044).

3. Cuando el Código alude al organismo que tratamos, emplea el término *Ministerio Público* –art. 103–; allí engloba a aquellas personas menores de edad, con restricciones a la capacidad y aquellas cuyo ejercicio de la capacidad requiera un sistema de apoyo. No obstante, en la Pcia de Buenos Aires el Ministerio Público como tal es en sí un órgano tripartito, o con tres ramas, compuesto por el Ministerio Fiscal, el Ministerio de la Defensa y el Ministerio de Incapaces (o Tutelar),

4. En la lógica del CCyC, las personas menores de edad no son *siempre y en todo caso, incapaces*; por el contrario, aquellas que cuentan con edad y madurez suficiente pueden ejercer los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Conf. art. 26 CCyC.

5. El CCyC aporta una definición respecto al término *persona con discapacidad*, por ejemplo, al regular la mejora al heredero con discapacidad (art. 2448). Esta descripción ha sido blanco de críticas, por no considerarla respetuosa del modelo social de la discapacidad emergente de la CDPD.

6. Conf. arts. 31, 32 y conc. CCyC La *incapacidad* en tanto, queda reservada al supuesto residual del último párrafo del art. 32 cit.

Este instrumento, amén de ratificar la vigencia de todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales en forma general para todas las personas, implementa el proceso de *especificación de derechos* en favor de las personas con discapacidad. El piso iusfundamental proveniente de los tratados internacionales, permite diseñar un marco conceptual denominado *enfoque de derechos humanos*⁷ que debe regir las *intervenciones* en materia de derechos de toda persona humana, con mayor fuerza frente a aquellas en situación de vulnerabilidad⁸. A partir de allí, aplicando el referido proceso de singularización, se fundamenta la afirmación de un *enfoque de derechos humanos específico de la discapacidad*.

Esta visión se nutre de ciertos principios y valores que lo sustentan –contenidos en la CDPD– los que, no solo a nivel conceptual sino también metodológico, imponen la aplicación de una *perspectiva de discapacidad*, a la que entendemos como el marco normativo *constitucional/convencional* que fundamenta y exige garantizar los derechos reconocidos en favor de las personas con discapacidad, su accesibilidad en el plano personal, social y su exigibilidad frente a los tres Poderes del Estado.

De acuerdo al objeto de este trabajo –ceñido a la actuación del Ministerio Público conf. al art. 103 del CCyC–, pondremos el foco en la aplicación y vigencia de la perspectiva de discapacidad en el ámbito *procesal*, en tanto una persona con discapacidad se encuentre transitando –o pretenda hacerlo– un proceso judicial de cualquier materia, sin distinción de fueros ni instancias.

7. El enfoque basado en los derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos y está operativamente dirigido a promover y proteger los derechos humanos. Cfr. ONU Grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible. Disponible en <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>, consultado en 10/08/2025. Esta conceptualización, es decir la perspectiva de derechos, se orienta, en el plano jurídico, desde el reconocimiento explícito del marco normativo internacional de los derechos humanos, y en el ámbito operacional o de políticas públicas, por criterios de universalidad, integralidad y progresividad que favorezcan el fortalecimiento de la equidad, la no discriminación, la participación y el empoderamiento. Esta visión sugiere mantener el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos, siendo además una vía transparente para otorgarle poder a los sectores mayormente excluidos; se trata de una estrategia que contempla la igualdad social (o cultural), la discriminación positiva, la participación y el empoderamiento. El principal objetivo de este enfoque es coadyuvar en la elaboración de políticas que generen avances en la realización progresiva de los derechos humanos, produciendo distancia de las visiones tradicionales fundamentados en las necesidades, porque estas, a diferencia de los derechos, sólo se satisfacen, no son universales, pueden priorizarse y no conllevan obligaciones estatales exigibles por la ciudadanía. Giménez Mercado, Claudia; Valente Adarme, Xavier, “El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, Cuadernos del CENDES, vol. 27, núm. 74, mayo-agosto, 2010, pp. 51-80; disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=40316176004>, consultado el 10/08/2025.

8. Es imperativo reconocer la obligación del Estado de garantizar el disfrute de los derechos desde una visión integral, trascendiendo perspectivas cuya rigidez no permite contemplar las especificidades de los grupos más vulnerables de la población, al establecer criterios homogéneos de atención frente a realidades heterogéneas que se ocultan tras indicadores agregados nacionales. Giménez Mercado, Claudia; Valente Adarme, Xavier, ob. cit. Cfr., 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

La situación problemática concreta se plantea a partir de las dificultades notorias e innegables que se generan frecuentemente a la hora de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Para examinar el problema planteado y proponer estrategias superadoras, se hace necesario focalizar en tres nociones centrales a la CDPD: *barreras*, *acceso a la justicia* y *ajustes* –en su doble conceptualización en la CDPD⁹–; a las que sumaremos las *garantías*¹⁰ reconocidas para la satisfacción, respeto y protección de los derechos fundamentales.

En lo que sigue, daremos cuenta, entonces, de qué debe entenderse por perspectiva de discapacidad conforme con los estándares constitucionales/convencionales. Nos detendremos en las diferentes dimensiones que podría involucrar un **diseño procesal** respetuoso de estos estándares, guiado por el *principio y derecho de accesibilidad*¹¹ (art. 9 CDPD). En particular, en el plano del *acceso a la justicia* (art. 13 CDPD) propondremos la incorporación de los *ajustes de procedimiento* contemplados en el art. 13 y, sobre esa base, arriesgaremos una conclusión propositiva y sujeta a nuevos aportes que contribuyan a maximizar la tutela de las garantías y derechos en juego.

Cabe aclarar que, cuando hablemos de ajustes procedimentales, nos referiremos a aquellas válvulas o adaptaciones aplicables *no a cualquier ámbito social* en que se desenvuelva la persona con discapacidad, sino específicamente en *el contexto del acceso a la justicia*. Estas adaptaciones buscan *rediseñar* ciertas pautas, formas y estructuras procedimentales de un modo *diferente* u original, materializando así aquellas herramientas procesales específicas denominadas *tutelas procesales diferenciadas*.

Así, la conjunción entre el *enfoque de derechos humanos de la discapacidad*, la *perspectiva de discapacidad* y la *tutela procesal diferenciada* permite la incorporación de estos ajustes de procedimiento que garanticen un **enfoque diferenciado en clave procesal**.

Daremos razones para fundamentar que la implementación de *ajustes de procedimiento* –que no deben confundirse con los *ajustes razonables* contemplados en los

9. Arts. 2 y 5 por un lado y art. 13 por el otro.

10. Arts. 8 y 25 CADH.

11. La noción de accesibilidad es por sí un principio vigente en la Convención; es parte del contenido esencial de los derechos, es también una condición para su ejercicio, y es finalmente, un derecho en sí misma.

arts. 2 y 5 CDPD¹²– provocan los siguientes efectos: * *obligan a diseñar procedimientos, mecanismos y medidas singulares*, que encuentran cauce por vía de las tutelas procesales diferenciadas; * *son exigibles en todo proceso judicial*, de todos los fueros e instancias, en tanto esté involucrada –como actora o demandada o incluso testigo– una persona con discapacidad.

Finalmente, propondremos diversos ejemplos de ajustes específicos que deben ser reconocidos y asegurados al interior del proceso.

3. ESCENARIO CONTEXTUAL Y PROBLEMA A ABORDAR

Las situaciones de muchas de las personas con discapacidad que acuden o requieren la intervención de las Asesorías de Incapaces en diversos procesos judiciales –en roles de actores o demandados– exigen soluciones innovadoras y eficaces, en razón de diversas problemáticas prácticas que con frecuencia deben afrontar. Veamos.

Desde una observación general, la actuación procesal de las personas con discapacidad encuentra obstáculos o barreras ante la falta de previsión del acceso a la justicia en términos de diseño universal (art. 2, CDPD)¹³. Esta falta de accesibilidad exige ciertas adaptaciones transversales, convencionalmente reconocidas como *ajustes de procedimiento* (art. 13), en gran medida ausentes en las regulaciones procesales¹⁴.

De manera más específica, se presentan ante la justicia casos en los que la situación de discapacidad existe (cfr. art. 1 CDPD), pero no fue abordada en el marco de un proceso de restricción de la capacidad de la persona (arts. 31 y ss. CCyC.).

Dos ejemplos resultan útiles para ilustrar lo señalado:

Una persona mayor que sufre un deterioro progresivo de su salud mental por razones vinculadas con la edad ve interrumpida la cobertura de una prestación fundamental (vgr. medicamentos, asistencia geriátrica, acompañante terapéutico, etc.) por parte

12. Sujetos al límite de la carga desproporcionada o indebida, lo que condiciona su exigibilidad a diferencia de los ajustes de procedimiento.

13. Los obstáculos pueden ser materiales –distancias entre el domicilio y la jurisdicción, dificultades en la accesibilidad física a transporte, edificios, comunicacionales, actitudinales del personal de justicia, etc. – o técnico-jurídicas –acceso a patrocinio gratuito y asequible, brecha digital, comprensión de resoluciones, apoyos para la actuación.

14. Estos ajustes se exigen frente a *todo contacto* con el sistema de justicia, incluso, vgr. como testigos.

de su obra social o medicina prepaga. Agotados los reclamos administrativos, quienes actúan como *apoyos de hecho* –su núcleo familiar–¹⁵ deben interponer una acción de amparo.

En un proceso de desalojo de un grupo familiar, en un proceso sucesorio, existe una persona con discapacidad intelectual, dato desconocido por la parte actora al accionar. Detectada la existencia de la diversidad funcional, se presenta el desafío de la participación procesal de esa persona.

En ambos ejemplos, el denominador común es que las personas con discapacidad cuya capacidad no fue restringida quedan atrapadas entre la *imposibilidad fáctica* y la *imposibilidad jurídica* de hacer valer sus derechos en juicio, sea promoviendo una acción o contestando la demanda.

La imposibilidad fáctica la generan las barreras del entorno; la jurídica emerge porque –a pesar de la inexistencia de una restricción a la capacidad– la persona *necesita apoyos* para su participación procesal, en defensa de sus derechos; pero ocurre que estos apoyos no están designados –una lectura lineal del CCyC *parece sugerir* que los apoyos deben tener una designación *formal* –y en un proceso de restricción a la capacidad– para actuar asistiendo a la persona con discapacidad.

Así, la actuación de *apoyos de hecho o informales* no es avalada hoy en el plano judicial sin una sentencia que los haya designado formalmente¹⁶. Las normas procesales no ofrecen mayores herramientas útiles para este problema; las respuestas se limitan a la regulación de regular: –procesos de restricción a la capacidad, – supuestos de “incapacidad sobreviniente” (en un trámite judicial en curso).

Estas falencias exponen un claro problema en términos de *acceso a la justicia* en un *proceso constitucionalizado* regido por un *corpus iuris* específico para la tutela de derechos fundamentales, en especial desde las garantías judiciales¹⁷ que, a la luz

15. En términos de la CDPD los apoyos pueden revestir carácter formal o informal. OG 1 Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014. En conc. el art. 43 del CCyC alude a “medidas judiciales y extrajudiciales” de apoyo.

16. Ello implica: tiempos, costos, consecuencias jurídicas (restricción a la capacidad) indeseadas. Solo el art. 34 CCyC permite una designación de apoyos cautelar pero dentro de un proceso de restricción de capacidad.

17. BERIZONCE, Roberto, “La ‘constitucionalización’ del proceso y su influencia normativa”. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Conferencias internacionales. p. 2.

de los arts. 8 y 25 CADH, imponen el *derecho a una tutela judicial efectiva*¹⁸, *eficaz*¹⁹ y *eficiente*, como un *derecho fundamental en sí*, y una *garantía de todos los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas*.²⁰

La situación planteada exhibe un claro déficit en términos de *accesibilidad universal* (art. 9 CDP). En efecto, la accesibilidad es en la Convención: * un *principio* expresamente consagrado; * es *condición previa* para la existencia de los derechos; * es parte del *contenido esencial* de todos los derechos (sin acceso a la educación no puede hablarse de que exista un derecho a la educación efectivo, sin acceso al transporte no puede hablarse de un derecho a la libre circulación, etc.), con lo cual si no hay accesibilidad al derecho éste se torna estéril; * es un *derecho en sí misma* (art. 9).

4. MARCO TEÓRICO. TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Inicialmente concebidas para la protección de *derechos “sensibles”*²¹, estas tutelas amplían sus contornos actuales a la protección de *situaciones* también “sensibles” que involucran a los llamados *grupos vulnerables*²² –vgr. niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, mujeres, disidencias sexuales, personas mayores, migrantes, pueblos originarios-, los cuales reclaman la actuación de una “jurisdicción protectoria” o de acompañamiento.²³

18. La efectividad se predica de todo proceso judicial; “tanto el recurso sencillo y rápido [arts. 8 y 25 CADH] ... como el no sencillo ni rápido deben ser efectivos.” La idoneidad es teórica o procesal –respecto al diseño del proceso- como fáctica –hábil para materializar la protección-. IBÁÑEZ RIVAS, Joana cit por SAGUÉS, María Principios procesales: estado actual y visión crítica. Ponencia General: “Actualidad de los principios procesales bajo el prisma constitucional y convencional”. XXXI Congreso Nacional de Derecho procesal. Mendoza 2022.

19. QUADRI, Hernán “Situaciones de vulnerabilidad, proceso civil y Constitución ¿tutelas diferenciadas? SJA 31/01/2018,92 TR LA LEY AR/DOC/4324/2017.

20. La garantía del art. 25 CADH “...se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que están reconocidos por la Constitución o *por la ley*.” Corte IDH, Caso de la comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tigni”, 31/08/2001, p. 111. Caso Cantos vs Argentina, 28/11/2022, p. 52.

21. Como la vida, la salud, sociales, como la vivienda, la educación, los de incidencia colectiva, y los de la institucionalidad democrática y republicana, como el acceso a la información.

22. SCBA, 08/05/2019 “P., V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos”; Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, (Acordada N° 5/2009 CSJN).

23. BERMEJO, Patricia “Las alternativas de la justicia protectoria.” Ponencia general. XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Si los procesos y garantías judiciales son herramientas instrumentales²⁴ para asegurar y realizar los derechos fundamentales, el *perfil de los derechos humanos* y de las *personas* que los titularizan guarda una innegable relación con las estrategias procesales para la vigencia y defensa de aquellos. En este contexto, los ya referidos procesos de *especificación* de derechos humanos²⁵ en favor de colectivos singulares que presentan como denominador común la nota de *vulnerabilidad*, importan también una *singularización* de las garantías y procesos judiciales que los involucran, coherente con dicha especificidad.

A estas exigencias de un *trato procesal diverso* responde la construcción de las *tute- las procesales diferenciadas*, enmarcadas en la generosa previsión del art. 75 inc. 23 CN²⁶ como “medidas de acción positiva” –que profundizan la noción de *igualdad* en su dimensión material y validan la introducción de diferencias niveladoras y la *singularización* de las garantías en favor de colectivos específicos-.²⁷

Emerge así la propuesta de una tutela diferenciada *subjetiva*, definida por la condición de alguna de las personas intervinientes²⁸, que al ser considerada en modo *relacional* –dentro de un concreto proceso y ante la parte contraria– habilita reformulaciones de los procedimientos comunes u ordinarios, aunque sin un rediseño total, y con fundamento en normas de fuente convencional y constitucional.

El *quién*, el *cómo* y el *cuándo* de la noción de vulnerabilidad procesal de las personas con discapacidad

A los fines de encuadrar nuestra propuesta, es necesario delimitar: a) si las personas con discapacidad encuadran en la categoría de *vulnerabilidad*; y b) *cuándo* deben

24. La instrumentalidad se funda en que “(...) su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales”. CSJN, 26/06/2012, “Losicer”. El principio de instrumentalidad procesal se dirige al legislador para la creación de tute- las diferenciadas, y habilita al juez o jueza a adaptar el proceso a las particularidades del conflicto y las partes. MOSMANN, María Victoria “Ponencia General: Adaptabilidad de las formas y acuerdos procesales.” Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica. XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, 2022.

25. Que supone el reconocimiento reforzado de derechos a sujetos y colectivos particulares, que se encuentran en situaciones especiales; atendiendo a la concepción de igualdad material –no solo formal-. FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia Infancia, autonomía y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad, SJA 17/05/2017, 17/05/2017, TR LALEY AR/DOC/3639/2017.

26. Acompañado por los arts. 75 inc. 19, arts. 18, 114, 41, 42 y 43 CN.

27. Cfr. sobre la “jurisdicción protectoria” BERMEJO, Patricia “Las alternativas de la justicia protectoria.” Ponencia general. XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal.

28. QUADRI, Hernán “Situaciones de vulnerabilidad...” ob. cit. p. 4, 5 y 11.

recibir un reconocimiento singular en el proceso²⁹ a través de una tutela procesal diferenciada.

Respecto a la primera pregunta, las personas con discapacidad integran un grupo calificable como vulnerable³⁰ –por su *condición, situación o posición*³¹–, pero la vulnerabilidad no es un concepto rígido, sino dúctil y flexible, no es uniforme en todas las personas³² y puede no ser relevante en un contexto específico.

Compartimos la definición *contextual o situada* de Luna³³, para quien la vulnerabilidad no constituye “(...) una condición permanente y categórica, una etiqueta (...) un concepto de todo o nada: un rótulo que incluye o excluye a un grupo particular. (...)” La autora propone la *metáfora de las capas*, “(...) algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, puede haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando pueden superponerse.”

Esta postura aporta dos consecuencias que nos resultan trascendentes. En primer lugar, permite exigir respuestas aún más específicas para la *vulnerabilidad interseccional*, determinada por diversas causas de opresión y discriminación agravada³⁴ que impactan también en el plano procesal, permeado muchas veces por estereotipos y prejuicios.³⁵ En segundo término, sienta posición sobre los límites con que debe ser evaluada la *vulnerabilidad procesal* de la persona con discapacidad, no sólo *subjetiva* –por su condición, posición o situación– sino *relacional* –considerada dentro de un proceso y ante la parte contraria–. Veamos.

29. Art. 75 Inc. 23, arts. 18, 114, 41, 42 y 43 CN. Las Reglas de Brasilia aluden al impacto de la vulnerabilidad al “(...) ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos.” Regla (3). Incluye a las personas que “por razón de su edad, género,...estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas,...encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos.”

30. Cfr. Cien Reglas cit., Regla (4). En atención a las barreras del entorno (art. 1 y 2 CDPD).

31. Un desarrollo de estas tres nociones en PALACIOS Agustina, FERNÁNDEZ, Silvia, IGLESIAS María G. *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

32. Pensarlas como “colectivo vulnerable” en todo contexto, llevaría a desconocer derechos y principios fundamentales, vgr. la autonomía y libertad de tomar decisiones (art. 3 CDPD).

33. LUNA, Florencia, “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas.” JA, IV, fascículo n° 1, 2008, pp. 60-67.

34. Se trata de “una forma específica de discriminación que resulta de la intersección de dichos factores.” Corte IDH Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, 01/09/2015. párr. 290.

35. Los procesos judiciales frecuentemente exhiben prácticas basadas en estereotipos socialmente dominantes y persistentes. Corte IDH González y otras Campo Algodonero vs México, 16/11/2009, p. 401.

5. IGUALDAD PROCESAL SUSTANTIVA E INCLUSIVA Y AJUSTES DE PROCEDIMIENTO

El mencionado concepto de igualdad material³⁶ valida las “discriminaciones inversas”³⁷ dirigidas a garantizar la igualdad de armas y exige identificar las *desventajas procesales* que generan desequilibrios entre las personas litigantes e impiden el ejercicio efectivo de las garantías judiciales³⁸ *en cada contexto concreto*. Es entonces necesario determinar la *vulnerabilidad procesal* en términos *situados*³⁹ o *singulares*, desde un concepto *relacional*, que legitima el tratamiento diferenciado para materializar la igualdad en concreto *en ese caso y de esa parte respecto de la contraria*, con fundamento en la diferencia situacional o contextual⁴⁰.

Lo opuesto a esta mirada, la neutralidad, incumple las obligaciones asumidas en materia de igualdad y no discriminación, compromete la responsabilidad del Estado y

36. “(...) el derecho a la igualdad implica la obligación de adoptar medidas para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación de los grupos históricamente marginados (...) brindar a las personas posibilidades concretas de ver realizada, en sus casos, la igualdad material.” Corte IDH Guachala Chimbó y otros vs. Ecuador, 26/03/2021, p. 167. CSJN Fallos, 299:146, Fallos, 298:286.

37. CSJN, 26/03/2019, “García, María c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.” 15/07/2021, “Giménez Rosa c/ Comisión Médica Central y/o ANSES s/ recurso directo ley 24.241.”

38. Mosmann alude a la *instrumentalidad subjetiva por equiparación*, al aludir a las adecuaciones que nivelen la situación relacional. Cfr. Cód. Proc. Civ. de Jujuy, art. 5, Cód. Proco Niñez, Adolescencia y Familia Chaco, (art. 2.12), Cód. Proc. Civ. Tucumán, (art. 6), Cód. Proc. de Familia San Juan, (art. 14). MOSMANN, María Victoria. Ponencia General: La tutela de derechos fundamentales: amparo y otras vías. “Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad procesal de equiparación subjetiva. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Comisión 4: Jurisdicción protectoria.

39. La teoría del conocimiento situado de Haraway resulta una referencia fundamental para pensar la articulación entre ciencia y narrativas, tal como se evidencia en el exhaustivo trabajo realizado en *Visiones Primates. Género, raza y naturaleza en la ciencia moderna* a propósito de los dilemas a los que se enfrentaban las mujeres científicas en tanto que mujeres y científicas. Si bien construida en torno a los dilemas de otro colectivo vulnerable –el género– las categorizaciones de la autora son trasladables a otros planos ontológicos, desde una epistemología anclada en un conocimiento científico que *habla desde un lugar específico* –situado–.reivindica una objetividad diferente que no quede atrapada en ninguna de las dos versiones de la ideología de la objetividad: ni la totalización en una visión única producida por el “ojo ciclópeo y autosatisfecho” del sujeto dominante, ni el constructivismo relativista que espeja la totalización pretendiendo estar en todos lados sin estar en ninguno (Haraway, Débora *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinvención de la naturaleza*. (M, Talents, trad). Ibérica, Barcelona, 1991-2019, p. 314). Su propuesta metodológica es la de una doctrina de la objetividad *encarnada* que produzca conocimientos situados, asumidos desde algún punto de vista, desde la particularidad y especificidad. Haraway sentó un gran precedente metodológico en lo relativo a la forma de analizar, enfatizar y/o promover visiones interseccionales de la ciencias de lo viviente que se traducen en una ontología relacional, que destacan la especificidad (y no la universalidad) como problema a estudiar, y que ofrecen estudios de las maneras en que lo que existe se enriquece en la diferenciación continua. Fleisner, Paula; Lucero, Guadalupe; Galazzi, Laula; Billi, Noelia, “La teoría de Haraway del conocimiento situado y su vínculo con la ontología relacional de Barad y el análisis de prácticas académicas en Stengers y Despret”, Nuevo Itinerario, 19 (1), 76-91. DOI: <http://dx.doi.org/10.30972/nvt.1916712>, consultado el 30/08/2025.

40. No adherimos a propuestas legislativas que regulan una incidencia dirigida a acreditar la vulnerabilidad, vgr. Código Procesal de Corrientes, ley 6556/2021 “procesos con sujetos vulnerables” (arts. 46 y ss.); Anteproyecto de Código Procesal para las Familias Civil y Comercial Pcia de Bs As, “Actuación procesal reforzada” (Capítulo X), pues si bien respetan el derecho de defensa de la contraparte, exigen promover una incidencia, obstaculizando los casos urgentes, ponen la carga de la prueba justamente en la persona vulnerable, lo cual creemos genera revictimización.

genera situaciones de violencia institucional.⁴¹

La situación descrita se refuerza en el campo de la discapacidad, a la luz del modelo de *igualdad inclusiva* propuesto por la CDPD tendiente a enfrentar la discriminación indirecta y estructural y que se asienta en cuatro dimensiones.⁴²

Este modelo debe considerarse en el diseño y gestión de los procesos, una vez advertida la *vulnerabilidad procesal* en términos *situados o singulares*. Este escenario legítima, en términos de *razonabilidad y proporcionalidad*⁴³, un tratamiento diferenciado tendiente a la igualación en concreto, es decir, *en ese caso y de esa parte respecto de la contraria* con fundamento en la *asimetría relacional*.

En estos casos, a pesar de la inexistencia de normas legales que prevean la adecuación procesal, jueces y juezas deben adoptar *de oficio*, medidas que aseguren la *igualdad material e inclusiva*.⁴⁴ Desde este enfoque propio de un *proceso convencionalizado*⁴⁵, los ajustes de procedimiento previstos en el art. 13 de la CDPD, reclaman su materialización. Y hacia allí nos dirigimos.

Juzgar con perspectiva de discapacidad

41. MOSMANN, Victoria. Ponencia General, ob. cit.

42. (i) *Dimensión redistributiva* justa: para afrontar las desventajas socioeconómicas; (ii) *Dimensión de reconocimiento*: para combatir el estigma, estereotipos, prejuicios y violencia, y reconocer la dignidad; (iii) *Dimensión participativa*: para reafirmar el reconocimiento pleno mediante la inclusión social; y (iv) *Dimensión de ajustes*: dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana. (p. 11). OG 6 sobre igualdad y no discriminación, Comité Derechos de las personas con discapacidad, 26/04/2018.

43. Analizando la situación de desequilibrio, desventaja. SOSA, Guillermina, Hacia una teoría de la vulnerabilidad, LA LEY 16/04/2019, 1 - LA LEY 2019-B, 939 - TR LALEY AR/DOC/800/2019, p.3

44. “El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. OC 16/99 sobre El derecho a la asistencia consular en el marco del debido proceso, 1/10/99, párr. 116/118. Cfr. OC 24/17. “(...) no basta con que los estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.” Corte IDH “Ximénez Lopes vs. Brasil”, 04/07/06. “Furlan, s. y familiares vs. Argentina”, 31/8/2012.

45. “(...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs Chile”, 26/09/2006, p. 154. “En un ordenamiento jurídico convencionalizado, el juez actúa como juez interamericano y los principios procesales se modulan a la luz de las exigencias de dicho orden convencional y constitucional.” SAGUES, María Sofía. Ponencia General. “Actualidad de los principios procesales bajo el prisma constitucional y convencional”. XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal.

La implementación de ajustes de procedimiento debe enmarcarse en un contexto más amplio dado por la obligación convencional de juzgar con *perspectiva de discapacidad* y *enfoque de derechos humanos*. Como ya anticipamos, este principio *transversal*, implica que los y las agentes judiciales deben tener presentes los postulados de la CDPD y el modelo social, no solo al momento de dictar sentencia (art. 3 CCyC), sino en todo el tránsito de la actividad procesal, desde el primer contacto de la persona con el sistema de justicia y hasta la ejecución de la sentencia.

La perspectiva de discapacidad es una herramienta jurídica que guía a las autoridades para actuar conforme a los postulados del modelo social y de derechos humanos de la discapacidad; su implementación constituye una obligación constitucional/convencional para las personas juzgadoras: un deber reforzado de adoptar medidas específicas para derribar las barreras que, en cada caso, dificulten el acceso a la justicia.⁴⁶

Contextualización y concepto de ajustes de procedimiento

Los ajustes de procedimiento se definen como “*todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.*”⁴⁷

Constituyen formas particulares de adecuación de trámites y prácticas judiciales para facilitar la intervención efectiva de las personas con discapacidad; son flexibles y diversas para proporcionar a cada una las adaptaciones necesarias según su situación o condición.⁴⁸ En la medida de lo posible, los ajustes deben organizarse antes del inicio del proceso.⁴⁹ Y deben atender al enfoque interseccional.⁵⁰

46. SCJ México Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad, abril, 2022, p. 128.

47. Organización de Naciones Unidas. Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con Discapacidad. Ginebra, 2020. Glosario de términos, p. 9.

48. SCBA Guía de Buenas prácticas, ob. cit. p. 27.

49. Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Organización de Naciones Unidas, Ginebra, Agosto, 2020.

50. Los Principios y Directrices internacionales de Naciones Unidas sobre acceso a la justicia de las personas con discapacidad reconocen en su Principio 3: “Las personas con discapacidad, *incluidos los niños y las niñas* con discapacidad, tienen derecho a ajustes de procedimiento adecuados.” Y la directriz 3.1. dispone: “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.* (...)”

Los ajustes de procedimiento se contemplan expresamente en el art. 13 CDPD que regula el acceso a la justicia, como un elemento intrínseco de éste; pero a su vez requieren de otros derechos habilitadores: la *igualdad y no discriminación* (arts. 2)⁵¹, el *igual reconocimiento como persona ante la ley* (art. 12), la *accesibilidad* (arts. 9 y 21)⁵².

Como parte de la accesibilidad, los ajustes de procedimiento pueden presentarse bien desde la óptica del diseño universal –al inicio del diseño de un servicio y dentro de éstos del servicio de justicia– o bien como ajustes posteriores –en el trámite de un proceso concreto que los exija–.⁵³ Por último, el art. 13 debe leerse en conjunto con el art. 5 sobre *igualdad y no discriminación*, pues la denegación del acceso a la justicia constituye un acto discriminatorio⁵⁴; ello ocurre *cuando no se implementan las medidas afirmativas y/o los ajustes de procedimiento necesarios en cada caso*.⁵⁵

La exigencia de proveer ajustes en los procesos en que participan personas con discapacidad es *operativa e incondicional*⁵⁶ y no está sujeta a límites en términos de costos o cargas.

Ello, porque los ajustes de procedimiento no se identifican –como a veces se ha entendido⁵⁷– con los “ajustes razonables” (arts. 2 y 5 CDPDP); la confusión no es menor, pues los segundos encuentran su límite en la existencia de carga desproporcionada

51. La denegación de acceso a la justicia constituye un acto discriminatorio. OG 2 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit. p. 14. SCBA, Guía de buenas prácticas para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, marzo, 2024, p.24.

52. DE ASIS, Rafael, “Sobre ajustes de procedimiento y acceso a la justicia.” Papeles el tiempo de los derechos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III Madrid. N° 6, 2020, p. 2 y 3. La accesibilidad es una condición previa para el ejercicio de derechos y un principio troncal de la CDPD (art. 3 f). OG 2 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 9: Accesibilidad. 22/05/2014, CRPD/C/GC/2, p. 1.

53. La diferencia entre ajustes y diseño universal tiene que ver con el carácter universal del segundo frente al individual del primero. Cuando los ajustes representan una estrategia general, de accesibilidad a la justicia, su insatisfacción puede hacer impracticable el derecho de acceso a la justicia; formarían parte de su contenido esencial. DE ASIS, Rafael “Sobre ajustes...” op.cit. p. 1 y 6.

54. OG 2 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit. p. 14.

55. SCBA, Guía de buenas prácticas para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, marzo, 2024, p.24. Cabe recordar que el art. 5 de la CDPD afirma “no serán consideradas discriminatorias...las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. (art. 5.4).

56. No pueden “ser objeto de realización progresiva”, debiendo estar “siempre disponibles”. Oficina del Alto Comisionado, “Derecho de acceso a la justicia...” cit. pp. 7 y 8. OG 6 cit. p. 14. OG 2 cit. p. 25.

57. Así los califica QUADRI, Hernán, ob cit p. 20. También SOSA, Guillermina, “Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables”, Sup. Const 2017 (mayo), 5 - LA LEY2017-C, 653 TR LA LEY AR/DOC/769/2017 La SCBA ha aludido a “(...) el ajuste razonable de los procedimientos” o a las “(...) modificaciones y adaptaciones normativas adecuadas que sin imponer una carga desproporcionada o indebida mitiguen la discriminación y garanticen a aquellas el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.” SCBA, 16/08/2017, Causa C119722, “L. S. C. c. M., J. L. s/ homologación de convenio de alimentos”.

o indebida, lo que conspira contra la efectividad y la exigibilidad del ajuste.⁵⁸ Por constituir un derecho instrumental para acceder a otros derechos fundamentales y al debido proceso para la protección de éstos, no pueden denegarse ni ponderarse su proporcionalidad⁵⁹ en términos de carga para el sistema judicial, como excusa para no implementarlos.

La puesta en marcha de ajustes de procedimiento procede en todo tipo de proceso –no solo en los de restricción de capacidad jurídica de los arts. 31 y ss. CCyC⁶⁰–; operan cuando la persona con discapacidad es actora o demandada, también cuando concurre como testigo, o de cualquier otro modo atraviesa el marco procesal; no exigen petición de parte –ni promoción de incidencias–, por el contrario deben ser dispuestos por el juez o jueza de manera oficiosa, en cualquier momento del proceso⁶¹ –al inicio o incluso antes⁶² y hasta la etapa de ejecución de sentencia–, respetando el contradictorio en la medida que corresponda. Sin duda alguna pueden ser pedidos por la propia persona que los solicita y deben requerirse ante la Asesoría de Incapaces que ha sido convocada a intervenir para asistir y garantizar el ejercicio de derechos de esa persona.

3. Un esquema –posible y abierto– de ajustes de procedimiento como estrategias para superar barreras y asegurar el acceso a la justicia

La labor de construcción de ajustes situados o contextuales a una persona con discapacidad y proceso singular, exige evaluar: (i) si actúa una persona con discapacidad –la discapacidad puede ser autoinvocada o constatada de oficio –; (ii) si la situación de discapacidad le genera una *desventaja procesal* en el acceso igualitario a la justicia que exija implementar ajustes;⁶³ (iii) si existe una parte contraria respecto a quien

58. “Los ‘ajustes de procedimiento’, en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de proporcionalidad, mientras que los ajustes de procedimiento no lo están” OG 6 cit. p. 8. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la CDPD, p. 8

59. SCH México Protocolo o cit. p. 176.

60. Algunos ordenamientos procesales prevén intervenciones diferenciadas, vgr Cód. Proc. de niñez adolescencia y familia de Chaco (si bien alude a “personas con capacidad restringida” y no personas con discapacidad) (art. 2.6); Cód. Proc. de Familia de San Juan; CPC Tucumán arts. 1 y 156.4.

61. SCJ México Protocolo ob cit p. 174.

62. Vgr. petición de medidas cautelares, diligencias preliminares.

63. SCJ México Protocolo... cit. Para ello deben identificarse las barreras en el acceso (vgr. restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica, dificultades de accesibilidad física a instalaciones, transporte, asistencia jurídica, a información en formatos accesibles, actitudes paternalistas derivadas de estigmas, falta de formación de profesionales

los ajustes a disponer puedan impactar; (iv) si el ajuste es idóneo para corregir la desventaja procesal.

¿Cuáles podrían ser estos acomodos o adaptaciones? Un listado taxativo no resulta posible, ni aconsejable⁶⁴, pero podemos proponer ciertas ideas rectoras⁶⁵. Este listado que sugerimos podría funcionar como una suerte de “check list” al que deben estar alertas no solo jueces y juezas desde el inicio de un proceso, sino especialmente, las y los magistradas/os y funcionarias/os del Ministerio Público (en el marco del art. 103 CCyC):

Ajustes tendientes a remover barreras derivadas de la “invisibilización” de la situación de discapacidad:

Estos ajustes se traducen en mecanismos dirigidos a:

* *identificar la participación* de una persona con discapacidad desde el inicio de un proceso⁶⁶. Cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿Cuándo debería peticionarse cualquier ajuste en el caso concreto? La respuesta es: *desde el inicio del proceso*. En este sentido cabe recordar el Dictamen del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad en el Acuerdo de solución amistosa 88/2021, respecto de la Argentina en el caso «Cardozo Subía» en el que el Comité consideró que la falta de identificación oportuna de su discapacidad lo privó de obtener ajustes de procedimiento y apoyos durante su privación de libertad.⁶⁷

* *detectar una potencial situación discriminatoria por motivo de discapacidad* (art. 2 CDPD) en función del contexto *objetivo* -barreras- y *subjetivo* -relación concreta de las partes-⁶⁸;

del sistema. Principios y Directrices... ob. cit. p. 7.

64. Por la diversidad de las personas y las barreras.

65. Por cuestiones de extensión limitamos el desarrollo de todos los ajustes propuestos.

66. No resulta requisito la existencia de Certificado único de Discapacidad para acreditarla.

67. Se trataba de una persona que fue detenida acusada de traficar sustancias tóxicas en el cruce con Bolivia; estuvo más de un año detenido y a pesar de su discapacidad intelectual, la que no fue identificada en tiempo, impactando severamente en el ejercicio de su derecho de defensa, así como privándosele de condiciones de detención adecuadas a su situación. A partir de este caso fue diseñado y puesto en marcha la “Guía de actuación para la implementación de apoyos y ajustes para PCD intelectual privadas de libertad en establecimientos penitenciarios del Servicio Penitenciario Federal», 31/06/23.

68. La discapacidad no se traduce, en sí misma, en desventajas procesales. Asumir lo contrario sólo por la diversidad

* *verificar la existencia de factores de interseccionalidad;*

* *establecimiento de sistemas de alerta temprana* en los expedientes, vgr. adecuación informática para la introducción de algún distintivo⁶⁹ que permita priorizar el trámite (esta sería una labor a diseñar por los juzgados y tribunales superiores en el ámbito de sus competencias).

b. Ajustes tendientes a remover barreras “estructurales” para la participación procesal:

Se relacionan con cuestiones *estructurales* del proceso, por ejemplo:

* *competencia* determinada en razón del domicilio de la persona con discapacidad. (cfr. art. 36 CCyC).⁷⁰; esto es tenido especialmente en cuenta por las Asesorías al momento de asumir intervención o reclamarla en un determinado proceso que conecta territorialmente a la persona con el ámbito de intervención del Ministerio;

* *adaptaciones espacio-temporales* del lugar de celebración de audiencias, judiciales y extrajudiciales –pensar en espacios accesibles, garantizar ambientes privados para la toma de contacto y celebración de entrevistas–, pautar la duración de las audiencias como también el tiempo de espera o demora para la atención –considerando factores detonantes como el nerviosismo, la ansiedad, la intranquilidad– fechas y horarios que garanticen la presencia de la persona –por ejemplo, desaconsejar u omitir audiencias los días lunes o en primeras horas de la mañana tratándose de personas con discapacidad mental o psicosocial con tratamiento medicamentoso atento los mayores efectos somnolientos en horas tempranas de la mañana–, conservar y asegurar espacios de espera adecuada;

* *adaptación del expediente electrónico* para los juzgados y de los sistemas informáticos del Ministerio Público;

* *adecuaciones tecnológicas: analizar con cuidado la aplicación de medios informáti-*

funcional –física, mental, intelectual o sensorial– puede ser discriminatorio y vulnerar la autonomía personal.

69. Cfr. Reglas de Brasilia, Regla 38.

70. CSJN 06/05/2014, “Pedraza”, Fallos: 337:530; 15/07/2021, “Giménez”, Fallos: 338:29.

cos (considerando la brecha digital que impide a muchas personas con discapacidad mantener una entrevista o audiencia a través de tales herramientas); en caso de ser posible, anticipar y adecuar la información sobre los requerimientos técnicos, compatibilizar los sistemas de *software* con programas de lectura de pantalla u otros sistemas que faciliten la comunicación, subtítulo y grabación⁷¹;

* adaptaciones de los sistemas informáticos de consultas y gestión de causas para garantizar su accesibilidad, aspecto a tener especialmente en cuenta también frente a letrados/as con discapacidad.

* *beneficio de gratuidad*⁷², con excepción de situaciones de contenido patrimonial que no lo justifiquen; esto se funda en que usualmente las personas con discapacidad se ven interseccionalmente atravesadas por vulnerabilidad en sus DESCAs, limitaciones de acceso al mercado laboral, etc. En este sentido, debe estar atento el Ministerio Público para asegurar la petición del beneficio si no fue solicitado;

* *participación con acompañante o persona de confianza* en audiencias, entrevistas⁷³ y de “agentes facilitadores.”⁷⁴ Esta participación debe ser promovida por el Ministerio Público, quien deberá, al menos, garantizar que se haga saber a la persona en forma previa a la celebración de cualquier atención que cuenta con este derecho⁷⁵ asegurando que no se afecte su independencia de opinión.

* *solicitud designación de apoyos* para actuar en el proceso: se trata de las dos situaciones fácticas problemáticas presentadas al inicio de este trabajo. Por la trascendencia que implican y por la amplia posibilidad de desafío en el diseño de estas modalidades de asistencia las abordaremos a continuación en un subpunto diferenciado.

71. SCBA Guías de buenas prácticas, p. 43.

72. BERIZONCE, Roberto “Regulación procesal...” ob. cit. p. 848. Usualmente las personas con discapacidad se ven interseccionalmente atravesadas por vulnerabilidad en sus DESCAs, en estos casos, cabría operativizar ministerio legis el beneficio de justicia gratuita (la parte contraria podría acreditar solvencia, arg. art. 53 LDC).

73. Principios y Directrices, cit. Principio 1 Directriz 12, (j).

74. Personas que trabajan con el personal del sistema de justicia y las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz durante los procedimientos. Ayudan a las personas con discapacidad a entender y a tomar decisiones informadas. Principios y Directrices ... ob. cit. p. 9.

75. SCBA Guía de buenas prácticas... ob. cit. p. 42.

b.1. Designación de apoyos para la participación procesal

En tanto que el principio convencional-legal es la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 12 CDPD y 31 CCyC)⁷⁶, corresponde asumirlas como capaces al momento de su actuación procesal; a estos fines, entonces, y en tanto la persona va a actuar por sí, debe garantizársele su participación con los apoyos que necesite.⁷⁷

Como ya mencionamos, tradicionalmente estos apoyos han sido designados en procesos de restricción a la capacidad; con lo cual si existen –porque la persona ya ha recibido una sentencia de restricción o se encuentra en trámite un proceso de determinación de capacidad en que puedan pedirse, conf. art. 34 CCyC–, esa es la vía de apoyo que intervendrá. Pero en muchos casos –como son los de los dos ejemplos propuestos al comienzo– estos apoyos no están designados: la pregunta entonces es **cómo asegurar la plena participación procesal de la persona con discapacidad capaz –no hay una sentencia que haya limitado su capacidad– en igualdad de condiciones con las demás personas, pero asegurando al mismo tiempo su tutela procesal diferenciada en atención a su situación de vulnerabilidad situada o relacional.**

Lo que aquí sostenemos –y hemos llevado a la práctica en varios casos que vamos a narrar sucintamente– es que la Asesoría de Incapaces o Ministerio Tutelar *puede y debe* solicitar la designación de **apoyos para la participación procesal** en el marco de un proceso que involucre a una persona en situación de discapacidad, en los casos y a los fines descriptos en el párrafo anterior.

Esta designación, **en el marco del mismo proceso de que se trate** –pensemos, por ejemplo, en un juicio de desalojo, una reclamación de daños y perjuicios, un proceso sucesorio, un régimen de comunicación, un proceso de alimentos, etc.–, es procedente por cuanto el reconocimiento *formal* de apoyos no constituye una consecuencia únicamente derivable de la restricción de capacidad sino que, por el contrario, la CDPD valida los apoyos formales e informales (art. 12; arts. 43, 1 y 2 CCyC).⁷⁸

76. Principios y Directrices ob. cit. Principio 1, directriz 12: Los Estados deben garantizar a las personas con discapacidad: su derecho a actuar y participar en todos los procedimientos de acuerdo a su capacidad jurídica y derogar leyes y prácticas que les impidan iniciar y proseguir acciones legales.

77. Para que las personas puedan defender judicialmente sus derechos debe reconocérseles la misma capacidad ante los tribunales. OG 1 cit. p. 38.

78. Fernández, Silvia Eugenia. “De libertades apoyadas – La designación de apoyos sin restricciones a la capacidad

A continuación brindamos una serie de casos con **intervención de la Asesoría de Incapaces**, en que fueron peticionados apoyos para la participación procesal.

Por razones de resguardo de identidad no se consignan los nombres. Tampoco pueden aportarse los datos de publicación de sentencias, las que resulta difícil que sean publicadas en portales jurídicos, atento a que, en su mayoría, se reducen a sentencias interlocutorias breves, obrando el análisis más detallado en el dictamen del Ministerio Público, al que el Juzgado remite en forma general y puntualmente para la designación.

1. **Proceso de amparo de salud:** en un juicio en que se reclamaba una prestación de salud contra la obra social IOMA, la Cámara Contencioso Administrativa de Mar del Plata hizo lugar, en fecha 11/09/2024⁷⁹, a la petición formulada por la Asesoría n.º 1 a los fines que se implementen ajustes de procedimiento que faciliten el acceso a la justicia del Sr Y. L., mediante la designación de su progenitor, Sr. P. L. a efectos de su asistencia y refuerzo de la actuación procesal del amparista -Y.-. La Cámara hizo lugar e intimó al Sr P. a presentarse en el plazo de 5 días en calidad de apoyo de su hijo.
2. **Juicio de desalojo (en calidad de demandado):** en un proceso de desalojo en el que fueron demandados un progenitor, su hija menor de edad y su hijo mayor de edad con discapacidad, el Juzgado Civil y Comercial n.º 9 del Departamento Judicial Mar del Plata hizo lugar, en fecha 25/10/2024, a la petición de la Asesoría n.º 1 dirigida a la integración procesal del joven A.Ch.⁸⁰: En la petición se sostuvo que existen otras vías para la designación de personas de apoyo formal, por fuera de un proceso específico de restricción a la capacidad, y que en tal sentido podía ser efectuada dicha designación en el mismo proceso en el cual la persona debe presentarse a efectos de garan-

jurídica.” RC D 613/2021. C. Ap. Gualaguaychú, Sala 1 Civ. Y Com., 07/07/2021, “S. O. R. R. s. Restricciones a la capacidad”; Unidad procesal N° 11 de Familia de Viedma, 17/08/2022, “T M E s/ designación de apoyo”. ‘Apoyo’ es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos. OG 1 cit. Ver Decreto 1384 de Perú, Ley 1996 Colombia, Ley 8/2021 España, Código de Familias de Cuba, que contemplan: - la homologación judicial de acuerdos de apoyo, - la adjudicación judicial de apoyos, que en ningún caso implican restricciones a la capacidad jurídica.

79. L., Y. c/ IOMA s/ amparo” inédito.

80. F.L. y ot. c/ Ch.G y ots. s/ desalojo, inédito

tizar su acceso a la justicia –en el caso, el proceso de desalojo-. El juzgado, en forma expresa, designó al Sr. H. Ch. como figura de apoyo de su hijo, intimándolo por el plazo de 5 días a presentarse y ratificar su calidad de tal, integrando su personería para futuro y ratificando, a su vez, las actuaciones desplegadas en el proceso por A.Ch.

3. **Acción reivindicatoria:** El Juzgado Civil y Comercial n.º 7 del Departamento. Judicial Mar del Plata hizo lugar al pedido efectuado por la Asesoría n.º 1 en el marco de una acción reivindicatoria,⁸¹ en el sentido de autorizar a las hermanas del Sr. W. J. a asumir el rol de apoyos procesales en su favor. para el presente expediente. Los hermanos acordaron designar en tal carácter a la hermana E.J., lo que así tuvo por cumplido el juzgado, habilitando dicha actuación asistencial.

4. **Actuación procesal autónoma, a pesar de la designación de apoyo en un proceso de determinación de capacidad:** la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Necochea dictó una original sentencia en un proceso en el cual el Sr. M., restringido en su capacidad por sentencia en el año 2024, se presentó en forma personal, sin asistencia de su apoyo, por derecho propio y con patrocinio letrado particular, solicitando autorización para testar por acto público. La Asesoría de Incapaces de Necochea apeló la resolución que lo tuvo por presentado, respecto de la cual solicitó su nulidad, afirmando que, en función de la restricción a la capacidad y la designación de “figura de apoyo”, el interesado carecía de personería para presentarse a formular dicha petición. La Cámara, por el contrario, consideró y avaló la intención del Sr. M. de acudir a la justicia; valoró que el apoyo no sustituye, sino que acompaña a la persona; que, en el presente caso, el Sr M. se había asesorado legalmente, contaba con patrocinio propio, estaba requiriendo autorización judicial para el acto de disposición que deseaba realizar, con lo cual dicha autorización valoraría oportunamente o no su habilidad para testar. La Cámara entendió que pretender que la voz de M. fuera canalizada a través del apoyo y no por sí mismo vulneraba el principio de no discriminación. De tal modo, confirmó la

81. “B.E.M., c/ J.Y. J, A, O., J.G, J.W. y J.R. s/ reivindicación”, inédito.

resolución de instancia que había hecho lugar a la actuación personal de M.

5. **Validación del apoyo formal a efectos del cursado de las notificaciones y/ o actos que impliquen intimaciones a la persona sujeta a apoyo:** la Cámara Civil y Comercial de Trenque Lauquen, en fecha 30/05/2025,⁸² hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la Curadora Oficial, quien cuestionó la validez de las notificación recibida por el Sr. S. por parte de ANDIS, intimándolo bajo apercibimiento de pérdida de su derecho a pensión. La Curador adjuntó a tal efecto copia de notificación dirigida al causante en referencia a la pensión no contributiva por invalidez laboral que percibe, la que contenía la siguiente leyenda: *“la ANDIS llevó a cabo relevamientos para garantizar la transparencia y el acceso al beneficio a quienes por razones de salud se encuentran en situación de vulnerabilidad. Se encontraron reiteradas irregularidades. Es importante que esta ayuda llegue a quienes corresponde y realmente la necesiten, sin discrecionalidad, desviaciones ni fraudes. Así con el fin de verificar la subsistencia de los requisitos para el goce de la prestación, se le solicita presentarse con su DNI y la documentación médica respaldatoria actualizada que acredite su condición de beneficiario de la pensión, el día ... a lashs en el Centro de atención, sito en Dentro de los 30 días de asistir al turno, deberá remitir copia de la documentación y de la constancia brindada por el profesional a esta Agencia (...) En caso de comparecer a la citación sin la correspondiente documentación se configurará un incumplimiento a sus obligaciones en su calidad de beneficiario en los términos del Capítulo V del Anexo I del Decreto N° 432/97 y sus modificatorias (...) Queda usted debidamente notificado. Dr. D. O. S., - Director Ejecutivo Agencia Nacional de Discapacidad”* [v. carta documento adjunta a la presentación]. La Curadora solicitó librar oficio urgente al Sr. Director Ejecutivo de la ANDIS a fin de ordenarle que se abstenga de disponer cualquier cese, suspensión y /o interrupción en el pago de la pensión no contributiva por invalidez cuyo titular es el Sr. HNS. Asimismo, pidió que se haga saber que se presentará la documentación requerida

82. S., H. N.S. determinación de capacidad jurídica” inédito.

en el lugar y fecha indicados, dado el escaso tiempo entre la fecha de recepción de la carta documento y la fecha de citación.- (...) La Curadora fundó su petición en haber sido designada como apoyo judicial provisorio, ante lo cual la ANDIS debía tener presente el domicilio legal y/o jurisdiccional donde forzosamente debían enviarse todas las notificaciones destinadas a las personas sujetas a proceso de determinación de la capacidad jurídica asistidas por ella. Resaltó que sus asistidos componen una población de extrema vulnerabilidad socioeconómica y sanitaria que no admite que, por cuestiones administrativas de la ANDIS, se ponga en riesgo la percepción de este recurso que resulta esencial para su supervivencia. La jueza de primera instancia rechazó la petición, entendiendo que “excedía el marco de sus atribuciones lo relativo al otorgamiento o no de pensiones como materia no jurisdiccional” (sic). La Curadora apeló. También lo hicieron la Asesora de Incapaces y la Defensa Oficial.

6. La Cámara hizo lugar a los recursos. Entendió que el planteo no debió abordarse como una cuestión meramente procesal y que, ante la entidad de los derechos comprometidos, resultaba visible la precariedad socioeconómica del causante y la imposibilidad de procurarse otro sustento fuera del beneficio previsional (tutela judicial efectiva art. 15 Const. Pcia. Bs.As.). Entendió exigible la internalización jurisdiccional de la vulnerabilidad de los sujetos involucrados, para que lo esencial no sea invisible a los ojos del juzgador (arts. 1 y 2 Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 75 incs. 22 y 23 Const. Nac.; y 2 y 3 del CCyC). Valoró, por último, que en el caso se trataba de una persona que, por sus circunstancias personales, se encontraba residiendo en un hogar, que dependía de dicha prestación para afrontar su costo y que presentaba diversas patologías, esquizofrenia; lo cual fundamenta la necesidad de realizar los ajustes necesarios para que pueda cumplir adecuadamente los requerimientos en relación al beneficio otorgado. En conclusión, la Cámara anuló la sentencia de primera instancia y otorgó a la Curaduría un plazo de noventa **días para cumplimentar los requerimientos de ANDIS en relación a la prestación previsional, con la posibilidad de solicitar prórroga en caso de ser necesario.**

7. **Diversidad sensorial. Rechazo de restricción a la capacidad. Designación de apoyo a los fines comunicacionales:** la Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú (Sala I), en fecha 07/07/2021,⁸³ hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Asesor de Incapaces contra la sentencia que declaró la restricción a la capacidad de una mujer sordomuda, quien demostró poder manejarse en forma autónoma, no presentar alteración mental alguna, desempeñarse como profesora de lengua de señas. La Cámara entendió que la designación de apoyo eventualmente sólo podría asentarse en las necesidades de asistencia comunicacional, pero que el problema no era adjudicable a la persona sino al entorno –vgr. en los organismos administrativos ante los que la Sra. debía presentarse el personal no estaba capacitado para darse a entender mediante lengua de señas ni formatos alternativos de comunicación–; en consecuencia hizo lugar al recurso, dejó sin efecto la restricción a la capacidad y designó a la sobrina de la Sra. como apoyo informal a los fines comunicacionales. Finalmente, ordenó a los organismos administrativos se abstengan de dar de baja o suspender beneficios previsionales de los que la Sra. fuera titular en función de su diversidad sensorial.

c. Ajustes tendientes a remover barreras “comunicacionales” en la participación procesal:

* *oralidad e intermediación*⁸⁴;

* *deber de escucha* en cualquier momento en que lo solicite la persona, a fin de conocer su voluntad y preferencias, especialmente cuando el caso involucra la libertad, la autonomía en las decisiones. En tal sentido es misión de la Asesoría peticionar la entrevista personal con el juez o jueza siempre que la persona lo pida y se entienda que atiende a la garantía de sus derechos;

* *brindar información y comunicación adecuada*, diseñar formas de notificación ac-

83. S, O.R. s/ restricciones a la capacidad.

84. Reglas de Brasilia cit. Regla (35). SCBA Guía de buenas prácticas... cit p. 69.

cesibles⁸⁵, vgr. anexo de textos de lenguaje sencillo⁸⁶ no solo de las sentencias, en las cédulas a entregar por el oficial notificador⁸⁷; sino también en la comunicación y transmisión del resultado de las resoluciones por parte del Ministerio Tutelar; métodos aumentativos y alternativos de comunicación. En el empleo de textos escritos se recomienda el uso de caracteres de mayor tamaño, contraste de color, sin siglas, imágenes u obstáculos que impidan el posible empleo de lectores de pantallas. En las citaciones, incluso en calidad de testigo, la notificación debería indicar con lenguaje claro y adaptado, en formato de fácil lectura y comprensión, en caligrafía y tamaño legibles, con buen contraste y sin iniciales: (i) el objeto del acto que se comunica y (ii) qué se espera de su parte, resaltándose -en su caso- la (iii) fecha, el (iv) horario, la (v) dependencia a la que está siendo citada, su (vi) domicilio y teléfono, así como (vii) si debe concurrir acompañada con un/a abogado/a de su confianza, (viii) aclarar si el patrocinio es voluntario u obligatorio y dónde obtener patrocinio letrado gratuito, indicación de la dependencia, sus horarios de atención, domicilio y teléfono, (ix) informarle su derecho de asistir acompañada con una persona de su confianza.⁸⁸

* en el caso de participación de personas con diversidad sensorial, el Ministerio debe designación de *perito intérprete desde el primer acto procesal* -a los fines de evaluar el repertorio comunicacional;

* garantizar el acceso a *intérpretes* de lengua de señas y facilitadores⁸⁹.

* uso de *lenguaje claro* en actos procesales y resoluciones⁹⁰, en entrevistas, audiencias o cualquier modo de comunicación; empleo de frases cortas y asertivas, estructuras sintácticas simples y terminología literal, sencilla, objetiva y accesible; en los interrogatorios deben emplearse preguntas breves, precisas, concisas y sen-

85. OG 2 cit. p. 21, 37. Incluso en calidad de testigo. SCBA Guías...cit. p. 78.

86. OG 1 cit. p. 39. SCBA Resolución N° 2025/21, Resolución 2426.

87. OG 1 Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014, CRPD /C/GC/1, p. 39.

88. SCBA Guías de buenas prácticas... ob cit. p. 78.

89. Juzg. CCom.Fam.6A - sec.12 - RIO CUARTO, 30/12/2024, «N., M.O. - Limitación a la capacidad». En este proceso de restricción de la capacidad peticionado por el hermano de una persona con diversidad sensorial, fue designado desde el inicio un intérprete en lengua de señas, quien actuó en conjunto con el oficial de justicia para notificarle la demanda, participó en el examen interdisciplinario con el equipo técnico, así como en la audiencia de contacto personal con la jueza. Una vez dictada la sentencia se convocó a la persona junto con el perito intérprete a fin de explicarle el contenido de manera comprensible y ajustada a su diversidad funcional.

90. Art. 2. 11 Código procesal de familia, niñez y adolescencia de Chaco.

cillas, procurando evitar las preguntas compuestas; proporcionar tiempo adicional para responder y permitir descansos si es necesario.

* *sentencias y dictámenes de lectura fácil* (puede tratarse de un documento complementario o adicional que no la sustituye⁹¹ o bien toda la sentencia y/o dictamen podría redactarse en lenguaje sencillo y accesible). Es recomendable, siempre que ello sea posible, citar a la persona para brindarle explicaciones, hacer constar de qué manera su opinión fue tomada en cuenta; informar el derecho a recurrir. Esta citación es independiente de la que pueda materializar el juzgado.

d. Ajustes tendientes a remover barreras “técnicas-jurídicas” para la participación en el litigio:

* *asistencia jurídica accesible*⁹², gratuita o asequible; competente y disponible de manera oportuna para cualquier procedimiento -en especial los relativos a derechos fundamentales-⁹³; respetuosa de las voluntades y preferencias de la persona;

* *selección del tipo procesal de conocimiento más adecuado* por parte del Juzgado, conforme la situación de la/s parte/s, la complejidad del caso y demás circunstancias, respetando el contradictorio⁹⁴;

* *diseños individualizados en procesos de daños y perjuicios* por parte del Juzgado interviniente -en estos procesos frecuentemente se presentan vulnerabilidades interseccionales -vgr niños y niñas que sufren discapacidad como consecuencia del evento dañoso-;

* *flexibilidad de las formas*⁹⁵ a pedido de parte o de oficio, para hacer prevalecer la tutela del derecho comprometido; esta flexibilidad puede disponerse desde el inicio del proceso o aun posteriormente una vez advertida la situación de vulnerabilidad y

91. Dicho formato de resolución no sustituye la estructura “tradicional” de las sentencias, ya que se trata de un complemento de ésta. SCJ México Protocolo cit. p. 191

92. OG 6 cit p. 31. Principios y Directrices cit. principio 6.

93. Principios y Directrices ob cit principio 6 directriz 6.1. y Directriz 6.2.

94. BERIZONCE, Roberto Omar “Regulación procesal...” ob cit p. 848.

95. Corte IDH “Muelle Flores vs. Perú” 06/03/2019, p. 148.

la necesidad de nivelación, asegurando la bilateralidad.⁹⁶

* *flexibilización del principio de congruencia*⁹⁷; posibilidad del dictado de tutelas o mandatos preventivos aún de oficio en el marco del deber de prevención del daño en cabeza de jueces y juezas (art. 1710 CCyC); el mandato de prevención no se encuentra solo en cabeza de jueces y juezas, sino que también puede ser instado por el Ministerio Público en el marco de sus facultades;

* *flexibilidad en materia de caducidad de instancia*, vgr. ante situaciones de incapacidad sobreviniente, de inexistencia de figura de apoyo; en todo caso debe cursarse intimación previa a la Asesoría de Incapaces a fin de asegurar la doble representación (art. 103 CCyC)⁹⁸ y evitar la caducidad de un proceso por inacción de la persona vulnerable involucrada;

* *principio de celeridad reforzado* para asegurar la garantía de plazo razonable⁹⁹ hasta la ejecución de la sentencia¹⁰⁰; prioridad en la atención en todas las instancias, y reforzada ante determinados procesos; discriminación en el ingreso y radicación de los expedientes en los Tribunales de Alzada; adecuación de plazos abreviados, agenda diferenciada de audiencias, tanto en los Juzgados como en las Asesorías, concentración de actos procesales¹⁰¹; establecimiento de medidas conducentes para evitar retrasos, garantizando pronta resolución y ejecución.¹⁰²

* *en materia de prueba: práctica anticipada o anticipo extraordinario de prueba*, resguardando las garantías procesales a fin de evitar nulidades;

* *estándares probatorios diferenciados*, aplicación de las cargas probatorias diná-

96. Código Procesal de Corrientes. Art. 51.

97. SCBA causa B. 58.760, “L., F. F. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa”, disponible en <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=63483>

98. CCCom Curuzú Cuatía 14/06/2017, “R.M.y V.G.F. c/ Medicon y Asoc. SRL s/ daños.”

99. Art. 52 CPCC Corrientes.

100. Corte IDH, Muelle Flores vs. Perú, p. 154.621. Furlán y familiares vs. Argentina, p 152.

101. Cien Reglas (38). art. 31 Convención iberoamericana sobre derechos humanos de las personas mayores.

102. Cien Reglas ob. cit. (38). SCBA Guías ob cit. p. 67. Especialmente, ante la vulnerabilidad interseccional, cfr. art. 31 Convención iberoamericana sobre derechos humanos de las personas mayores.

micas¹⁰³, en especial en supuestos de discriminación¹⁰⁴, reforzamiento del deber de colaboración, amplitud y flexibilidad probatoria (arg. art. 710, 717, 1735, CCyC)¹⁰⁵, recabar prueba de oficio ante una desventaja procesal que limita la posibilidad de probar¹⁰⁶;

* *impulso procesal oficioso* según el caso, ante situaciones de desnivelación procesal especialmente en asuntos personales; contralor del impulso oficioso por parte del Ministerio Público;

* *deber de protección reforzado*, dictar –y petitionar el Ministerio Público– oficio medidas de protección cuando la persona pueda ser víctima de delitos, maltrato, violencia, abusos patrimoniales o vulneraciones a otros derechos fundamentales; medidas de resguardo¹⁰⁷;

* *en la ejecución de sentencia*: criterios de integralidad, tempestividad y oportunidad¹⁰⁸, especialmente ante situaciones de vulnerabilidad interseccional¹⁰⁹.

e. Ajustes tendientes a corregir patrones tradicionales de juzgamiento sin perspectiva de discapacidad:

* aplicar el *enfoque de discapacidad* en todo el proceso, al dictaminar y al resolver, evitando estereotipos,

* aplicación del método interseccional a la hora de dictaminar y de resolver;

103. Con previa información a todas las partes intervinientes y respeto de la bilateralidad.

104. CSJN P. 489. XLIV. “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” y S.932.XLVI 2, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo” Corte IDH Caso Olivera Fuentes vs Perú, 4/02/2023.

105. CS, 15/03/2016, G., A. N. c. S., R. s/ filiación, LA LEY 11/04/2016, – LA LEY2016-B, 509

106. Cando la vulnerabilidad se traduzca en una desventaja procesal relacionada con la posibilidad de probar hechos en juicio. SCJ México, Protocolo cit. p. 217.

107. SCBA Guías ob cit.p. 74.

108. Corte IDH “Furlán y otro vs Argentina” cit.

109. CSJN, 30/04/2020, “Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”. CSJN, 26/03/2019, “Institutos médicos Antártida”, Fallos: 342:459.

* solicitar reparaciones económicas con perspectiva de discapacidad¹¹⁰;

* *protección a la intimidad* cuando se requiera, petición por el Ministerio Público de medidas de resguardo de la intimidad, de inicialización de resoluciones, de reserva de actuaciones, etc.

V. Algunas conclusiones provisorias

El enfoque de derechos humanos rige indudablemente la intervención de todos los organismos de justicia, entre ellos sin duda la de los y las agentes del Ministerio Público. En particular –pero no porque sea exclusivo de esta rama– el enfoque de derechos humanos de la discapacidad es una metodología y herramienta conceptual y práctica de imprescindible demarcación y sustento de la tarea diaria de los y las Asesores y Asesoras de Incapaces. Los principios sobre los que se construye esta perspectiva, exigen atender a las condiciones, situaciones y posiciones de vulnerabilidad en que pueda encontrarse una persona con discapacidad al momento de su participación en un proceso –en calidad de actora o demandada, también como testigo o letrado de alguna de las partes–, proceso en el cual intervendrá el Ministerio Tutelar, llamado a adoptar y exigir la adopción de criterios contextuales, situados e interseccionales, desde el primer contacto con el sistema de justicia y hasta la ejecución de la sentencia a dictarse en dicho proceso.

Finalmente, y en agregado a toda la fundamentación arriba expuesta, merece citar para concluir la doctrina consultiva de la Corte IDH, sentada especialmente en la OC 29/2022 sobre *enfoques diferenciados* (cfr. también Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, art. 3 inc. 1); si bien esta OC aborda el universo de personas privadas de libertad¹¹¹, sus principios y contenido resulta de aplicación también en favor de las personas con discapacidad –cfr. voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot–.

El *enfoque diferenciado* atiende al impacto de *circunstancias específicas* que exceden

110. CCCom Mar del Plata, sala II, 09/03/2026, “S., C.E: c/ G. , P.J nulidad de acto jurídico.

111. La Corte da respuesta a este interrogante: ¿es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de la libertad?”. Corte IDH OC 29/2022, 30/05/2022, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, p.34.

la igualdad *general* de todas las personas.¹¹² Se basa en el principio de equidad, procura la igualdad real y efectiva, reconoce la diversidad y posible desventaja que un grupo, o sub grupos dentro de un grupo, puede sufrir en la garantía de sus derechos.¹¹³ Cuando hablamos de personas con discapacidad¹¹⁴ esta perspectiva diferencial exige herramientas especiales de adecuación, a materializar en el marco de los procesos judiciales mediante tutelas procesales diferenciadas, que no solo podrán sino deberán ser solicitadas y desplegadas por los y las agentes del Ministerio Tutelar, como formas específicas de materializar, en el plano interno, los *ajustes de procedimiento* convencionales/constitucionales, y garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Este enfoque diferencial y herramientas procesas constituyen claros mecanismos para asegurar la vigencia efectiva de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; así, a fin de garantizar la igualdad inclusiva, las personas juzgadoras y los y las magistrados/as del Ministerio Público deben adecuar los procedimientos, en cualquier fuero e instancia, desde el inicio y hasta la ejecución íntegra de la decisión, procurando equilibrar las desigualdades existentes.

Algunos mecanismos han sido propuestos y explicitados en este breve aporte. Nuestra aspiración apunta a un efecto multiplicador de las ideas compartidas que -aun ante la falta de previsión expresa en los Códigos de Procedimiento-, sustenten planteos novedosos, creativos y de efecto útil, labor para la cual nos formamos y entrenamos diariamente quienes ejercemos la digna función de defensa de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad/es personal, situacional, social e interseccional.

112. Si bien la Corte IDH ya había desarrollado en su jurisprudencia el enfoque diferenciado, es la primera ocasión que se pronuncia de manera expresa sobre una de las herramientas que permiten visibilizar dentro de “grupos”, los subgrupos existentes y que dadas sus características hacen que sus necesidades —entendidas como la satisfacción de derechos— sean objeto de acentuaciones específicas al momento de diseñar los mecanismos de garantía o concreción de los mismos, así como en el establecimiento de políticas públicas particulares. Voto razonado del Juez Ferrer Mac – Gregor Poisot, p. 7

113. OC 29/2022, voto razonado del Juez Ferrer Mac – Gregor Poisot, p. 20. Implica pues, identificar los vacíos y riesgos de protección de cada grupo y desarrollar herramientas para dar soluciones, promover la participación equitativa y planear y ejecutar medidas afirmativas basadas en caracterizaciones sistemáticas para la garantía del goce efectivo de los derechos de los diferentes grupos poblacionales”. p.21.

114. Corte IDH OC 29/2022, 30/05/2022, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, p.34. Voto razonado del Juez Ferrer Mac – Gregor Poisot, p. 7, 20, 21, 24. Las personas con discapacidad son consideradas en la OC, al aludir a las personas mayores p. 337. 355 y además aclarando que se aplica el “enfoque diferenciado” a otros grupos —y en otros contextos de privación de la libertad—no desarrollados explícitamente p. 2 y 3. Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, art. 3 inc.1.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 6: El Ministerio Público Tutelar

El rol social del Ministerio Público Tutelar, a partir del trabajo de las Curadurías Oficiales

Ana Carolina Santi

El rol social del Ministerio Público Tutelar, a partir del trabajo de las Curadurías Oficiales

Por Ana Carolina Santi¹

“Querría transmitir esta fe en la persona humana y en sus capacidades de evolucionar, pues sin ella nuestras sociedades corren el peligro de convertirse en algo puramente competitivo y paternalista con respecto a los débiles, encerrándolos en lugares asistenciales en lugar de ayudarlos a ponerse en pie para abrirse a los demás.”

Jean Vanier. ²

El presente trabajo tiene como objetivo destacar el trabajo del Ministerio Público Tutelar de la Provincia de Buenos Aires, a partir del sistema de Curadurías Oficiales. Un trabajo que resulta pionero en el país y que brinda apoyo concreto a más de seis mil personas con capacidad restringida o incapacidad en toda la Provincia.

Para ello he intentado recopilar toda la información existente desde su creación y el desarrollo posterior, analizar su inserción en el marco normativo del Ministerio Público y la comparación con otras legislaciones de nuestro país.

Finalmente, describiré brevemente la modalidad de trabajo de las Curadurías Oficiales y de la Curaduría General, a través del funcionamiento de los dispositivos asistenciales de la Dirección de Salud Mental, todo lo cual da cuenta de que el servicio prestado a las personas en situación de vulnerabilidad en razón de su discapacidad, promoviendo su dignidad y fortaleciendo su autonomía, ha permanecido a

1. Abogada, especialista en Derecho de Familia, profesora titular de Derecho de Familia y Profesora asociada de Derecho Sucesorio de la Universidad Católica de La Plata y profesora de posgrado en diversas Universidades del país en ambas materias. Autora de publicaciones en las materias de su especialidad. Docente en la capacitación para postulantes del Consejo de la Magistratura de Mendoza y miembro del plantel académico en Derecho de Familia del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Curadora General de la Pcia. de Bs As.

2. Cada persona es una historia sagrada, Ágape libros, 3° edición, Bs. As., 2011, p.152.

lo largo de los años, adecuando su funcionamiento a las pautas legales y necesidades concretas de sus destinatarios.

1. EL AYER Y HOY DEL SISTEMA DE CURADURÍAS OFICIALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La primera curaduría oficial del Ministerio Público, fue creada por Acuerdo de la SCBA N.º 1799 del 25 de julio de 1978. Allí se mencionaba “Que en numerosos casos, los jueces y tribunales que deben declarar la insania de un enfermo que carece de bienes, no encuentran familiares o personas que puedan desempeñar el cargo de curador definitivo del incapaz”, como así también que “en tales situaciones también es frecuente que, existiendo familiares, éstos se excusen justificadamente de asumir dicha representación”.

Para dar respuesta a esa realidad, el artículo 1 del mencionado Acuerdo disponía que: “En los supuestos contemplados por el art. 622 del Código Procesal cuando el insano carezca de familiares o éstos se hubiesen excusado con causa suficiente o no existan personas habilitadas para asumir la representación, los jueces o tribunales discernirán el cargo de curador definitivo del incapaz en la persona del curador oficial de alienados”.

Asimismo, exponía que la curaduría oficial estaría conformada por uno o más abogados y asistentes sociales (artículos 2 y 3) y el curador oficial tendría las funciones que emanan de la representación que establecen los artículos 468 y concordantes del Código Civil, sin perjuicio de lo cual mencionaba una serie de obligaciones a su cargo como: visitar a sus representados en los establecimientos donde se hallaban internados, solicitar examen médico cuando notaran síntomas de mejoría e informar su resultado al juez, procurar que la familia del insano lo visitara regularmente y, una vez desaparecidas las razones que daban lugar a la internación, procurar que pudieran ser externados, entre otras (artículo 4).

Finalmente, establecía la obligación de llevar un registro de cada persona y de trabajar en estrecha colaboración con los Asesores de Incapaces y Defensores de Pobres y Ausentes (artículo 8).

Como puede observarse, esta reglamentación surge de una observación aguda de la realidad de ese momento y de la necesidad de dar respuesta y asistencia a las perso-

nas con problemas de salud mental que se encontraban internadas, sin familia que pudiera ocuparse de ellas.

Por supuesto que esa regulación se enmarca en un régimen muy diferente al vigente en materia de capacidad jurídica y de tratamiento de la salud mental. Recordemos que el título X del libro primero del Código Civil se titulaba “De los dementes e inhabilitados” y en el artículo 141 de ese Código se establecía: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. A estas personas -consideradas como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes- debía nombrárseles un curador (arts. 468, 469, 475 ss. y concs. C.Civ.).

Es decir, existía una división tajante entre capacidad e incapacidad y se preveía, básicamente, un régimen de representación y de sustitución de la voluntad de la persona.

Por otra parte, como se desprende de la norma de creación de la primera Curaduría Oficial, la mayoría de las personas representadas se encontraban internadas.

Ese mismo año 1978, por Acuerdo N.º 1800, se estableció un régimen para las personas inimputables, estableciendo obligaciones para los jueces y dejando abierta la posibilidad de que, para el caso de haber desaparecido la peligrosidad y próximo al egreso, se pudiera iniciar el proceso de insania o inhabilitación por el asesor de incapaces y solicitar colaboración al curador oficial para la inserción social del externado (arts. 4, 12, 13 y concs).

Esta primera Curaduría Oficial tenía su asiento en La Plata y fue expandiéndose a medida que las necesidades y el crecimiento de la población asistida lo iba tornando imperioso, en un comienzo con delegaciones en el interior de la Provincia y luego con la creación de nuevas Curadurías Oficiales.

Así, el 1 de julio de 1985, por Resolución PG N.º 16/85 se puso en funcionamiento la Curaduría Oficial para los Departamentos Judiciales de Dolores y Mar del Plata, con sede en Mar del Plata, a cargo de la doctora María Inés Merchán, a la que luego se añadió competencia sobre el Departamento Judicial de Necochea, a partir de su creación.

Luego, por Acuerdo N.º 2181 del 21 de abril de 1987, se estimó que “el sostenido aumento del trabajo de la curaduría y sus delegaciones, unido a la extensión de algunos departamentos judiciales, imponen la necesidad de continuar con el proceso de descentralización emprendido a partir de la creación de delegaciones zonales” y se dispuso la creación de las delegaciones de la Curaduría Oficial de: a) Mercedes y Morón y b) San Martín y San Isidro (artículo 1)³, a la vez que elevó a categoría de Curaduría Oficial la sede de Bahía Blanca con competencia en Bahía Blanca, Azul y Trenque Lauquen, designando como primera curadora oficial allí a la Dra. Susana Beatriz Sicardi (artículo 2º).

En el artículo 3 de la misma, se mencionan algunas de sus funciones, al establecer que: “Los funcionarios que oportunamente se designen estarán legitimados para realizar, por comisión del señor Curador General de Alienados los actos que sean propios de la representación que invisten, tales como formular peticiones, presentar escritos, tomar conocimiento de actuaciones, visitar enfermos y establecimientos psiquiátricos oficiales o privados, solicitar de las autoridades administrativas la información necesaria, tomar contacto con familiares de personas asistidas o representadas, percibir haberes previsionales mediando autorización judicial, etc”.

En la misma fecha, por Acuerdo N.º 2183 se designó al Dr. Carlos Hugo Lanfranchi como curador general de alienados y se designó un curador oficial -Dr. Ricardo Ángel Sotes- para los Departamentos Judiciales de La Plata, Lomas de Zamora, San Martín, San Isidro, Morón, Mercedes, Junín y San Nicolás y por Resolución PG N.º 208 del 9 de junio de 1982 se le incorpora la competencia sobre el Departamento Judicial de Azul.

En el año 1988, por Resolución N.º 106 del 30 de mayo de ese año, se estableció la Curaduría Oficial de Alienados para los Departamentos Judiciales de Morón y Mercedes, con sede en la localidad de Morón.

En otro orden, a partir de la puesta en funcionamiento del Departamento Judicial Quilmes, el 14 de octubre de 1994, por Resolución PG N.º 281/94 se abrió una delegación de la Curaduría Oficial en esa localidad.

3. Por Resolución PG N.º 59 del 24 de junio de 1987, se establece como sede de la delegación Mercedes-Morón a la ciudad de Morón, y de la delegación San Martín-San Isidro, a la ciudad de San Martín.

Con posterioridad, por Acuerdo N.º 2717 de la SCBA del 20 de agosto de 1996, se creó la Curaduría Oficial para los Departamentos Judiciales de San Nicolás, Pergamino y Junín, con sede en la ciudad de San Nicolás, designándose al doctor Miguel Angel Cornelli como primer curador oficial (Resolución SCBA N.º 111/97).

El 6 de marzo de 2000 se creó la Curaduría Oficial del Departamento Judicial San Isidro por Resolución PG N.º 721/00, con competencia también sobre el Departamento Judicial de Zárate-Campana –dividiéndose, de este modo, de la Curaduría Oficial de San Martín–.

El 21 de noviembre de 2001 por Resolución PG N.º 1367/01 se creó la Curaduría Oficial de Lomas de Zamora con asiento en dicha ciudad, a cargo del Dr. Rogelio José Ricart y en el año 2020 se anexa a la misma la competencia sobre el Departamento Judicial Avellaneda-Lanús.

En el año 2002, por Resolución PG N.º 213/02 del 11 de junio de ese año, en virtud del crecimiento sostenido de los requerimientos en la materia, se consideró necesario continuar con el proceso de descentralización y se creó la Curaduría Oficial de Mercedes, localidad en la que desde 1988 funcionaba una sub sede de la Morón, designándose a la doctora Nélidea Beatriz Román como curadora oficial. Luego, por Resolución PG N.º 817/11 pasa a denominarse Curaduría Oficial de Mercedes y Moreno-General Rodríguez.

Ese mismo año 2002, por Resolución N.º 362/02 del 11 de septiembre, se elevó a la categoría de Curaduría Oficial a la delegación de Quilmes, designándose como curador oficial al doctor Hernán Enrique Rocca.

El año siguiente, por Resolución PG N.º 578/03 se reguló la estructura de la Curaduría Oficial de La Plata considerando que “a fin de contribuir a la concreción de los fundamentos que inspiran la institución de la Curaduría Oficial de Alienados, por la trascendencia que supone el amparo jurídico y social de la persona con padecimiento mental, se torna adecuado establecer y actualizar las normas que rigen su funcionamiento... teniendo en cuenta que el Ministerio Público debe ser reconocido por la efectiva administración de la justicia en representación de los intereses del pueblo”. En la misma se destacaban los distintos sectores de la Curaduría: los abogados y trabajadores sociales, el sector contable, administrativo y de salud mental.

Como puede apreciarse, aún con un vocabulario correspondiente a ese momento histórico y con un alcance en la función también consecuente con su tiempo, la creación del sistema de curadurías se inició y se desarrolló con un contenido profundamente humano y de servicio. Quienes lo idearon estuvieron muy atentos a los signos de ese tiempo y a las necesidades concretas de la sociedad y de las personas. Espíritu que el sistema de curadurías conserva aún hoy.

Más adelante, el 25 de septiembre de 2009, se puso en funcionamiento la Curaduría Oficial de Azul, creada por Resolución P.G N.º 582/09, con una delegación en la sede Tandil y el 1 de julio de 2011 comenzó a funcionar la Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Trenque Lauquen y Junín, creada por Resolución N.º P.G.364/11, con sede en Trenque Lauquen (artículos 1 y 3), en razón del incremento del número de representados y las distancias existentes entre estos Departamentos Judiciales y los que hasta entonces absorbían esa competencia (Curaduría de La Plata en el caso de Azul, de Bahía Blanca en el caso de Trenque Lauquen y San Nicolás en el caso de Junín).

El 29 de junio de 2012, se creó la Curaduría Oficial del Departamento Judicial Dolores por Resolución P.G N.º 383/12, desprendiéndose de la Curaduría Oficial con asiento en Mar del Plata y el 9 de octubre de 2013, se dividieron las Curadurías de Trenque Lauquen y Junín, creándose la Curaduría Oficial de Junín por Resolución PG N.º 705/13.

En el año 2023, por Convenio N.º1/23 celebrado entre la Procuración General y el Municipio de Olavarría, se abrió una nueva delegación de la Curaduría Oficial de Azul en dicha localidad que comenzó a funcionar el mes de octubre de ese año.

Finalmente, por Resolución PG N.º 1105/24, en razón de la necesidad de brindar una mayor y más cercana atención a las necesidades de los usuarios del sistema de curadurías, atendiendo a la modificación de las normas de fondo en materia de capacidad jurídica, que implementa el modelo de apoyos para la toma de decisiones, se creó la Curaduría Oficial N.º 2 del Departamento Judicial La Plata.

Así, actualmente el sistema de curadurías oficiales se conforma de quince curadurías y cuatro delegaciones⁴, con una Curaduría General que las coordina, siguiendo un proyecto de mejora continua, en base a la observación y al estudio de las distintas realidades y necesidades que se presentan, en pos de brindar una mejor atención a cada una de las personas que se asiste.

2. EL SISTEMA DE CURADURÍAS OFICIALES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: UN TRABAJO DESTACADO Y PIONERO EN EL PAÍS.

La Ley N° 14.442 -Ley de Ministerio Público- prevé la regulación de las curadurías oficiales, en la Sección Quinta de la norma, en el marco de los Órganos Auxiliares, capítulo IV, con dos artículos referidos a su función.

El artículo 108, dispone “La Curaduría General de Alienados dependerá de la Defensoría General, y estará integrada por Curadores Oficiales Zonales, que dependerán funcionalmente del Curador General. Actuará de acuerdo a las instrucciones y reglamentos que dicte el Defensor General, y los acuerdos que éste celebre con la Suprema Corte y demás órganos; como así respecto del artículo 622 del Código Procesal Civil y Comercial, cuando un insano carezca de familiares o éstos se hubieran excusado con causa suficiente o no existan personas habilitadas para asumir su representación².

Y el artículo 109, que complementa el anterior, destaca que “El Curador General de Alienados y los Curadores Oficiales Zonales tendrán las funciones que emanan de la representación por el Código Civil para la curatela”.

Como puede observarse la redacción de la norma contiene la misma descripción y terminología que el Acuerdo de creación de la primera curaduría en el año 1978. Puede señalarse, sin embargo, que si bien la norma en este tema requiere una urgente modificación, fundamentalmente por los términos empleados y la descripción de la función -dada la excepcionalidad actual de la implementación de la curatela y

4. Ver también sobre el trabajo de las curadurías oficiales: SANTI, Ana Carolina y GIOVANNETTI, Patricia “Derechos de personas con capacidad restringida o incapacidad: El rol de las curadurías de la Provincia de Buenos Aires, en: Unidad en la Diversidad. Volumen II - Sistema Orgánico, 09-12-2020, IJ-CMXXV-574y SANTI, Ana Carolina “Las medidas de apoyo y los ajustes razonables. Un justo equilibrio en beneficio de la autonomía personal”. En: Unidad en la Diversidad. Volumen IV - Derechos de las personas con discapacidad, 18-10-2022, IJ-III-DCXXVII-267.

el ínfimo porcentaje de casos en que se requiere el uso de este instituto⁵, la incorporación legal de la figura de las curadurías oficiales es pionera en el país.

En este sentido, salvo la Defensoría General de la Nación, que tiene organizada la Unidad de Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores, con 20 Defensorías Públicas Curadurías en la ciudad de Buenos Aires, que realizan un trabajo muy rico y dedicado⁶-pero siempre en el marco de las Defensorías Oficiales-, no existen regulaciones explícitas en el resto de nuestro país con un alcance semejante al de nuestra Provincia.

Sólo mencionaré, porque hacen referencia al menos a la posibilidad de designación de curadores oficiales, algunas legislaciones provinciales.

La Provincia de Salta contempla la función en la Ley N.º 7328 -Ley Orgánica del Ministerio Público de esa Provincia-, que prevé en el artículo 56, entre los deberes y atribuciones de los asesores de incapaces, en el inciso 11): “Actuar como tutor o curador público con las obligaciones y competencias que les fija el Código Civil y demás leyes, cuando no exista designación de otra persona en esas funciones”. Es decir que la función del curador oficial puede ser asumida -cuando no exista otra persona- por el asesor de incapaces.

Como un avance, por Ley Provincial N.º 7380 se creó, por primera vez en esa Provincia, un cargo de curador oficial, en la órbita de la Asesoría General de Incapaces, para actuar en el Distrito Judicial Centro -en los restantes distritos judiciales actúa

5. Considero, puntualmente, que debería eliminarse la expresión “de alienados” que no se condice con la dignidad de la persona con padecimientos mentales que requiere de apoyo, como así también el término “insano” y la extensión de la labor dispuesta en todos los casos a la “representación de la persona”, que responde a una modalidad de trabajo que ha sido superada. Si bien en algunos casos es necesaria la representación de la persona por un curador o por un apoyo para determinados actos jurídicos, lo cierto es que el sistema de sustitución de la voluntad de la persona ha sido reemplazado por el apoyo o la asistencia en la toma de decisiones.

Asimismo, entiendo -aunque excede el marco del presente trabajo-, que también debería evaluarse la incorporación en el artículo 10, que menciona los integrantes del Ministerio Público, de los curadores oficiales por la importancia de su labor dentro del Ministerio Público tutelar.

6. La estructura de la Defensoría General de la Nación está prevista por Ley N.º 27.149 y en el art. 10 inc. e) menciona la Unidad de Defensores Públicos Tutores y Defensores Públicos Curadores, como parte integrante de su estructura. Dichas Defensorías Públicas Curadurías, tienen una mesa de entradas común y no administran dinero de los usuarios, para lo cual existe -en el marco de la misma Defensoría General- una Subdirección General de Apoyo Contable y Financiero de Defensores Públicos Tutores y Curadores, con un área específica de rendiciones de cuentas. El art. 46 de la mencionada norma describe algunos de sus deberes y atribuciones, detallando que “Los Defensores Públicos Curadores actúan en el marco de procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, cuando no existieran bienes suficientes que permitan la designación a cargo económicamente de la persona involucrada o de quien, presumiblemente, debiera asumir las costas; o en ausencia de familiar o referente comunitario que pudiera hacerse cargo de tal función”.

el asesor de incapaces-.

La Provincia de Jujuy, por su parte, en la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N.º 6365, regula la actuación de los Defensores Públicos de menores incapaces y con capacidad restringida en el artículo 44, y respecto de la temática concreta sólo menciona que éstos deben: d) Intervenir como salvaguardia de los apoyos proporcionados judicialmente o en otros ámbitos, cuando ello fuera resuelto en la esfera del Ministerio Público de la Defensa, según las circunstancias específicas del caso.

En la provincia de Corrientes, la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Ley N.º 21 del 3 de octubre de 2020) menciona, como integrantes del Ministerio Público, a los Curadores Oficiales (artículo 5), estableciendo sus funciones en el artículo 43 de dicha norma. Sin embargo, no habiendo implementado nunca el cargo de curador oficial, la Instrucción General N.º 19/07, le asigna al Asesor de incapaces en turno la función de curador provisorio en el marco del proceso, salvo que éste hubiere promovido la acción.

En la provincia de Tucumán, por su parte, en la Ley N.º 6238, se prevé entre las funciones de los Defensores de Menores e incapaces, en el artículo 105, inc. 5. la de “Desempeñarse como curadores de los bienes de los menores e incapaces, actuación compatible con la de defensor o asesor”.

Fuera de estas legislaciones no se ha encontrado ninguna otra en el país sobre el desempeño como curador o apoyo de funcionarios judiciales, en los casos en que las personas cuya capacidad jurídica se restringe no tengan familia o personas de confianza que pueda asumir esa función.

3. METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LAS CURADURÍAS OFICIALES

Como anticipé, las curadurías oficiales del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires trabajan interdisciplinariamente, bajo la conducción de un curador oficial y son coordinadas por la Curaduría General.

Su actuación requiere de una designación por sentencia judicial en el marco de un proceso de determinación de la capacidad jurídica de una persona. Esta resolución establece el marco de actuación y los actos para los cuales se designa a la Curaduría

como sistema de apoyo o, excepcionalmente, como curador -en los casos previstos en el artículo 32 in fine del Código Civil y Comercial-, siempre que la persona no tenga bienes suficientes ni familia o personas de confianza que pueda asumir su apoyo -o no puedan hacerlo en todos los aspectos- (artículo 622 CPCC).

Por lo mismo, la curaduría puede designarse en forma exclusiva o conjuntamente con otras personas de la familia o de confianza de la persona asistida u otros efectores sociales con funciones diferenciadas que tienen como eje de trabajo la promoción de los derechos de la misma persona.

Recordemos que el artículo 32 del Código Civil y Comercial, dispone que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

A su vez, el artículo 38 aclara que “La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

Con este marco, comienza el trabajo de la curaduría a partir de una escucha activa de la persona y de un análisis socio ambiental de su situación, que permita conocer sus necesidades y las posibilidades de fortalecer su autonomía. Con ello, se elabora un plan de trabajo específico para esa persona, eje y centro del servicio.

Asimismo, se tramitan los beneficios económicos a los que pudiere tener derecho para generar ingresos que le permitan vivir y desarrollarse dignamente y, en caso de designación con ese alcance, se brinda apoyo también en la administración y disposición de bienes.

Dicha actuación, además, se encuentra enmarcada por la regulación específica que hace a la función dentro del Ministerio Público (Resolución PG N.º 120-25 que aprueba el funcionamiento administrativo y contable del Sistema de Curadurías Oficiales y los artículos 82 a 92 de la Resolución PG N.º 305/25, entre otras).

El campo de trabajo es vastísimo y profundamente humano, con las enormes dificultades de las carencias de recursos económicos, de trabajo, muchas veces de vivienda y de vínculos afectivos estables, como así también de dispositivos preparados para dar respuesta a problemáticas concretas y complejas⁷.

Es dramático, por otra parte, el crecimiento de situaciones de personas con consumos problemáticos y a edades cada vez más tempranas, lo que plantea un serio desafío para el trabajo actual del sistema de curadurías.

La crisis de la familia, la pobreza y la ausencia de espacios de diálogo y de contención para los niños, niñas y adolescentes dan lugar a un crecimiento del consumo problemático de sustancias que en muchas oportunidades conlleva a la necesidad de designación de apoyos en un proceso de determinación de la capacidad jurídica.

7. En este sentido, si bien la Ley N.º 26.657 -Ley de Salud Mental-, al tratar de la modalidad de abordaje, indica que la autoridad de aplicación debe promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas (artículo 11), ello al día de hoy constituye -a pesar de los esfuerzos permanentes para revertirlo- una deuda importante para con las personas que padecen problemas de salud mental, agrava su situación y sus posibilidades de rehabilitación.

Cáritas Argentina y el Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA-UCA) de la Universidad Católica Argentina, en junio de 2024, presentaron el informe “Radiografía de la pobreza en Argentina: realidad social y solidaridad que es esperanza”, en el que se enfatiza que en los barrios populares el deterioro que se produce es mucho más complejo, porque destruye todo: los vínculos, la posibilidad de un proyecto de vida. Se quitan las oportunidades del entorno y dejan cada vez más espacio al narcotráfico. Allí empieza la vinculación con las armas, con los delitos, además de la cuestión del consumo problemático de sustancias y la violencia familiar.⁸

Esta problemática repercute crudamente en el trabajo diario de las curadurías y constituye en los últimos años un tema recurrente de capacitación y de articulación con los efectores sanitarios ante la falta de comunidades terapéuticas y centros especializados en la temática, para intentar dar respuestas que resulten adecuadas y sostenibles.

El tejido de relaciones, vínculos y posibilidades para cada persona, su inserción comunitaria en igualdad de condiciones que las demás, el trabajo en sus posibilidades de comunicación y de accesibilidad a la salud, al empleo, al entorno físico, social y cultural y a las prestaciones básicas que le posibiliten una vida digna, constituye parte de la enorme labor diaria de todos los operadores que trabajan en el sistema de curadurías.

Por eso, éste no es ni puede ser en absoluto un trabajo aislado, sino en colaboración con todo el sistema de justicia y, en el marco del Ministerio Público, con asesores, defensores y el resto de los integrantes de la Secretaría de la Defensa Pública, Asesoría Tutelar y Área Social, principalmente con las Casas de Justicia, el Sistema Sostén y el Departamento de menores e incapaces.

Por otra parte, el desarrollo de esta tarea no sólo es interdisciplinario, sino también interjurisdiccional, resultando prioritaria la articulación con los corresponsables en la materia a nivel Nacional, Provincial y Municipal, para el acceso a una atención de salud especializada en todos los niveles, a la prestación de medicamentos en los casos en que resulten necesarios, al abordaje de casos en situaciones de emergencia, a la posibilidad de realizar traslados, de gestionar subsidios, aportes alimentarios,

8. Fuente: <https://uca.edu.ar/es/noticias/radiografia-de-la-pobreza-del-observatorio-de-la-uca-y-caritas--la-pobreza-y-la-indigencia-hipotecan-vidas>

programas de accesibilidad a una vivienda digna para quienes no pueden proveérse-la por sus medios, programas de educación y trabajo, entre otros.

Nunca el Estado puede ausentarse ante la necesidad de las personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad. Precisamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), incorporada a nuestro derecho interno por la ley 26.378 y con jerarquía constitucional por ley 27.044, en su artículo 3, establece como ‘Principio de la Convención’: ‘el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas’ (inc. a)” y en el artículo 4, dispone expresamente que: ‘Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad’.

Nuestra Constitución Provincial, por su parte, establece también que: “Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados” (artículo 36 inc.5).

En este andarivel, se inserta el trabajo diario de cada Curaduría Oficial que, en la medida de las posibilidades y recursos existentes, en coordinación con los demás operadores del Ministerio Público y del Poder Judicial en su conjunto, como así también con los distintos efectores del Estado, intenta brindar apoyo y asistencia en el marco de su designación.

4. LA CURADURÍA GENERAL Y LOS DISPOSITIVOS ASISTENCIALES DE LA DIRECCIÓN DE SALUD MENTAL

A la par del crecimiento y paulatina adaptación del trabajo de las curadurías oficiales a los nuevos requerimientos en materia de salud mental, la Curaduría General ha sufrido también un proceso de cambios.

Actualmente integra la Secretaría de la Defensa Pública, Asesoría Tutelar y Área Social de la Procuración General y se encuentra conformada por un área legal -que se ocupa de la supervisión y coordinación de la labor de las Curadurías y de la articu-

lación con distintos efectores-, un área administrativa -que tiene una importante labor pues centraliza todos los trámites de las Curadurías Oficiales relacionados con gestión de personal, pedidos, inventarios de bienes, presupuesto, etc.-, un Departamento de subsidios -que se ocupa de la recepción, visado y dictamen de los pedidos de subsidios previstos en la Ley N.º 10.315 -subsidio para externación⁹- y una Dirección de salud mental de la que dependen tres oficinas judiciales insertas en el Hospital Dr. Alejandro Korn, Hospital Nacional y Comunidad “Ramón Carrillo” (Ex Comunidad Montes de Oca) y Hospital Interzonal Especializado Neuropsiquiátrico Colonia “Dr. Domingo Cabred”, respectivamente, un dispositivo de rehabilitación psicosocial y una casa de convivencia -casa de medio camino-.

Estos dos últimos, al momento de su creación, consistían en un único dispositivo -llamado coloquialmente “casa de medio camino o de pre alta”-, por el que pasaron más de trescientas personas, que se externaban principalmente de los Hospitales Alejandro Korn y José A. Esteves y vivían durante un tiempo en el dispositivo, con acompañamiento profesional, hasta poder encontrar una vivienda permanente y llevar una vida con mayor independencia.

En la nota de elevación de petición de la apertura del dispositivo “casa de pre-alta y hogar de tránsito para enfermos mentales compensados, como punto intermedio entre la vida hospitalaria y la reinserción social y laboral” al entonces Procurador General Francisco E. Pena, el 6 de abril de 1987, se advierte la preocupación también de la Asesoría de Incapaces en su apertura y se lee “en la experiencia de la Curaduría Oficial de Alienados y de la Asesoría de Incapaces se ha puesto de manifiesto la triste realidad de un alto porcentaje de los pacientes alojados en establecimientos neuropsiquiátricos o de seguridad, obedece a la falta de un continente familiar adecuado o a la frustración de las condiciones de auto-valimiento que la internación por hospitalismo determinara, motivo por el cual ha constituido un viejo anhelo de los firmantes el poder continuar la tarea de asistencia integral por medio de la creación de condiciones que permitan la resocialización del asistido o representado, directa o promiscuamente”.

Esta iniciativa, acompañada por el Procurador General, dio origen a un convenio con el Poder Ejecutivo de la Provincia, que cedió el primer inmueble para la concreción

9. La competencia del otorgamiento de los subsidios previstos en la Ley N.º 10.315 y modificatoria fue encomendada al Procurador General por la Suprema Corte de Justicia mediante AC 3148 del 16 de junio de 2004.

del proyecto, con capacidad para veinte personas, que fue aprobado por la Suprema Corte de Justicia por Resolución N.º 1588/87¹⁰.

Personas muy comprometidas con este trabajo, hicieron de este primer proyecto un puntapié inicial para un número altísimo de externaciones coordinadas con las autoridades de los Nosocomios, pues no existían dispositivos de este tenor en la Provincia¹¹.

En una publicación realizada a los veinte años de su funcionamiento, se explicaba en orden al fundamento de su creación que “se puede observar que las personas externadas que viven en pensiones, con familiares o en casas de convivencia, en su mayoría no han podido aún lograr una integración plena en lo que hace al manejo y uso de las posibilidades que el medio social les ofrece, manteniendo en la gran mayoría de los casos un tipo de vida que adolece de aislamiento y sedentarismo, con escaso o nulo aprovechamiento del tiempo libre, conductas que son resabio de su antigua vida intrahospitalaria”... “Por ese motivo es que los proyectos de rehabilitación de este fin de siglo están centrados en el mejoramiento de la calidad de vida luego de haberse concretado `el hecho` de la externación. Aparecen así a nivel nacional e internacional, en los ámbitos público y privado, los proyectos que trabajan ese `más allá` en la rehabilitación psicosocial”.

La rehabilitación psicosocial -puede leerse en otra publicación realizada con motivo de los treinta años de su funcionamiento- ‘es un conjunto de intervenciones y apoyos cuyo objetivo esencial es ayudar al enfermo mental a recuperar o adquirir las capacidades y habilidades necesarias para el desarrollo de una vida cotidiana en comunidad de la manera más autónoma y digna, así como en el desempeño y manejo de las diferentes funciones sociales y demandas que supone vivir, trabajar y relacionarse’.

En el año 2005, al asumir el Dr. Claudio Morello como responsable de la Dirección de Salud Mental de la Curaduría General -cargo que reviste aun actualmente-, respon-

10. El contrato de locación del primer inmueble ubicado en la calle 45 n.º 778 de la ciudad de La Plata, fue aprobado por Decreto 2227 del 12 de junio de 1990.

11. Entre otros profesionales que han aportado su trabajo y en señal de gratitud por su gran labor al inicio de este dispositivo, puede citarse a: Claudio Morello, Juan Manuel Biangardi, Julieta García Ghiglione, Christian Soldo, Lilian Vallarino, José Ioskin, Daniel Valline, Malena Canale, Mabel Buffa, Nancy y Roxana Stancato, Marcela Lanzafame, Graciela y Liliana Paganizzi, Marcela Gallardo, Hugo Zeballos, Fermina Namiot, Pablo Cura, Susana Barazutti, Graciela Cisneros, Roxana Galmes, Laura Claros, Roxana Alejandria, Mariel Ascasibar, Vanesa Puisegur y Martín Tuculet .

diendo a las nuevas necesidades y criterios en materia de Salud Mental, comenzó un proceso de escisión entre el programa casa de convivencia y el centro de rehabilitación psicosocial¹².

Por tanto, nuevamente precursor en este trabajo, existe en el sistema de curadurías, un centro de rehabilitación psicosocial con sede en La Plata, que trabaja interdisciplinariamente la rehabilitación y la readquisición de hábitos y habilidades de personas asistidas por las curadurías oficiales -aunque por una cuestión de distancia, en su mayoría son asistidos de las curadurías de La Plata-

El trabajo en este caso, sin desplazar la labor de la curaduría oficial en la medida en que fue designada, se basa en 'el encuentro' entre los concurrentes que desarrollan una socialización de primera importancia y de éstos con los distintos especialistas en medicina, psicología, trabajo social, terapia ocupacional, psicopedagogía y acompañamiento terapéutico que, a partir de una labor planificada y concreta, trabajan en la accesibilidad a la comunicación, a la educación y al uso de la tecnologías, en el cuidado del ambiente, en la adquisición de hábitos de alimentación saludable y dieta balanceada, en base a la correcta utilización de los alimentos que, en gran parte, son proporcionados por el Ministerio de Desarrollo Social y, en ocasiones, de su propio trabajo en el taller de huerta.

El contenido de los talleres y las actividades varían a lo largo del tiempo, adaptándose a las necesidades y preferencias de los concurrentes, pero siempre se orienta a favorecer la inserción comunitaria.

La inclusión en este dispositivo depende de la voluntad de la persona y de la admisión de la Dirección de Salud Mental en orden a su capacidad operativa, concurriendo actualmente alrededor de treinta personas todos los días, en horario de 8 a 14 hs.

La casa de convivencia, en otro orden, continúa funcionando como programa que se ha desarrollado a lo largo de los años, dando respuesta y asistiendo a distintas personas que, por falta de recursos y una vez externados de los Hospitales Neuropsiquiátricos, no podían llevar una vida independiente en la comunidad, se encuentra

12. La nueva conformación del dispositivo y su última estructuración en base a los lineamientos del Ministerio de Salud de La Provincia de Buenos Aires, ha dado lugar a un proyecto de nueva reglamentación que ha sido elevado al señor Procurador General, como así también al pedido de habilitación del dispositivo al Ministerio de Salud, el que se encuentra actualmente en trámite.

aprobado, junto al reglamento de funcionamiento y admisión por las Resoluciones PG N.º 637/99, del 20 de agosto de 1999 y PG N.º 737/00 del 21 de marzo de 2000.

Actualmente, se encuentra radicada en la localidad de Gonnet en un inmueble que, en el marco de una herencia vacante, por Decreto N.º 348/07 del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, se autorizó al Señor Fiscal de Estado a solicitar en sede judicial su incorporación al patrimonio de la Provincia de Buenos Aires, para su posterior transferencia a la Casa de Convivencia de la Curaduría de Alienados.

En dicha vivienda, hoy conviven cuatro personas que concurren también al dispositivo de rehabilitación y desde allí se realizan asambleas una vez por semana para evaluar los aciertos y los aspectos a mejorar en la convivencia.

Finalmente, las Oficinas Judiciales presentes en los tres hospitales monovalentes señalados¹³, tienen por función intermediar entre las personas asistidas por las curadurías oficiales que se encuentran internadas allí y las mismas curadurías, manteniendo un vínculo fluido con las autoridades de los nosocomios, informando diariamente cualquier novedad en el estado de salud de las personas a las curadurías correspondientes y coadyuvando a llevar a cabo proyectos de externación sostenibles.

5. CONCLUSIÓN

Las Curadurías Oficiales del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, constituyen un aporte importante a la sociedad, en tanto contribuyen al cuidado de la vida de las personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad en razón de su salud mental y de su falta de familia o referentes que puedan ejercer el rol de apoyo.

En los últimos diez años la población a la que se asiste se ha duplicado y las problemáticas abordadas se han complejizado.

¹³. La oficina Judicial del Hospital Dr. Alejandro Korn fue creada por Acuerdo SCBA N.º 2509 del 10 de diciembre de 1992 y su reglamento de funcionamiento aprobado por Resolución PG N.º 1331/01, del 23 de octubre de 2001. La Oficina del Hospital Carrillo (ex Colonia Dr. Manuel Montes de Oca) comenzó a funcionar en los hechos en el año 2007 y desde ese momento se comenzaron a realizar las gestiones para la suscripción de un acuerdo de funcionamiento, el que junto al del Hospital Dr. Domingo Cabred, se formalizó en el mes de noviembre de 2011.

Los desafíos en esta materia son enormes y queda mucho por mejorar, pero ayudar no sólo a que las personas destinatarias del trabajo permanezcan en pie, sino que puedan llevar una vida plena en la comunidad, aportando su riqueza y su valía, abiertas a los demás -retomando la frase de Jean Vanier con que comencé este breve artículo-, es una labor que, a pesar de las dificultades y la complejidad, resulta pionero en el país y, coordinado con todos los operadores del Ministerio Público y los responsables de las distintas áreas estatales relacionadas con la temática, resulta un inestimable aporte para la construcción de una sociedad más justa.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 6: El Ministerio Público Tutelar

Rol de la asistencia letrada en la niñez y adolescencia: distinciones con el Ministerio Público

Patricio Jesús Curti

Rol de la asistencia letrada en la niñez y adolescencia: distinciones con el Ministerio Público

Por Patricio Jesús Curti¹

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Antes de adentrarnos en el tema convocante, debemos puntualizar sobre dos especificaciones preliminares. Ambas son terminológicas, pero, en definitiva, terminan siendo conceptuales.

Por dos razones, en todo el desarrollo de este trabajo haremos referencia a la noción de asistencia letrada (*en adelante*, AL). La primera se vincula con el mayor alcance protectorio que surge de esta denominación al comparar las proyecciones del artículo 27 de la ley nacional 26.061, en contraposición con lo previsto por la ley local (14.568)². La segunda y en línea con la última norma citada llamada “abogado del niño”, es central, pensar en una figura que sea más universal. Hablar de “abogado” y “niño”, no abarca a la totalidad de profesionales de la abogacía y de igual manera sucede con la integralidad de las personas menores de edad destinatarias de la figura en cuestión, pensando en el género y la franja etaria (adolescencias, por ejemplo).

Salvado lo anterior, resta decir que el reconocimiento de la subjetividad de las personas menores de edad modificó transversalmente la forma de concebir a la niñez y adoles-

1. Asesor de Menores e Incapaces del Departamento Judicial San Isidro, con sede en Pilar. Magister en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Docente de “Familia y Sucesiones” de la Facultad de Derecho (UBA) y “Familia y Sucesiones” de la Facultad de Ciencias de la Producción, Económicas y Jurídicas (Universidad Nacional Raúl Scalabrini Ortíz).

2. La primera norma señalada, hace referencia al derecho de “*ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya*” (artículo 27, inciso c). En cambio, de manera más restrictiva, la ley local dice: “*créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte*” (artículo 1). Al respecto vemos que la segunda regulación, no abarca -por ejemplo- el fuero penal, como lo hace la primera. Ahora bien, en clave de Derechos Humanos, para el supuesto en que existan diferencias o incompatibilidades entre ambos textos debe buscarse la norma más protectoria de los derechos en juego.

cencia (*en adelante*, NyA), sumado a las relaciones que la atraviesan, obligándonos a reformular los términos en que interactúan tanto con su entorno primario -seno de las familias y como corolario del principio de “democratización de los vínculos familiares”-, como en el plano social -y las políticas tendientes a su protección integral- garantizando el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos que le han reconocido. Esta transición no ha transcurrido sin obstáculos y la sanción de la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” ha generado grandes debates tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial. Una de las cuestiones que más controversia ha suscitado gira en torno al encuadre, delimitación y alcance del derecho de la NyA a participar de manera activa en todos los procesos judiciales y administrativos que los afecten y, más puntualmente, su derecho a intervenir de manera autónoma con asistencia letrada.

Profundizaremos sobre la interpretación de la figura, partiendo de la participación de la NyA en los procesos y a continuación, desarrollaremos las principales distinciones a la que se hace referencia en el enunciado inicial.

2. EL INTERÉS SUPERIOR COMO PUNTO DE PARTIDA

Al analizar las temáticas y definiciones que giran en torno a la figura de la AL, en general y con la diferenciación planteada en el título -desde lo particular, con el Ministerio Público- resulta importante que tomemos como criterio rector a este principio -consagrado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño (*a continuación*, CDN) y correlativamente en el 3 de la ley nacional 26.061 y 4 de la ley local 13.298- no solo como un principio jurídico interpretativo fundamental, sino también como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento³.

Sin dudas, este interés no se puede construir al margen de la opinión y la partición de la persona menor de edad involucrada. Así, el artículo 12 de la CDN establece el derecho a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que la afecte, y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta, por quien resuelva y al momento de resolver. En esta línea, la Observación General 14 contempla a la opinión de la persona menor de edad como un elemento fundamental para garantizar la obser-

3. Según la definición aportada por el Comité de los Derechos del Niño (ONU), en su Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29/5/2013, párrafo 6.

vancia efectiva de sus derechos y a que su interés superior sea una consideración primordial. Si la decisión de la que hablamos no tiene en cuenta el punto de vista de la persona menor de edad involucrada o no concede a su opinión la importancia que merece, de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que participe en la determinación de su interés superior⁴.

El reconocimiento de este derecho a la participación implica que la NyA tenga, además, capacidad para transformar su situación y su entorno cuando sea necesario. De nada valdría si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz, conjugándose a nivel procesal, este principio con el derecho de la NyA a participar activamente en todo proceso que se encuentre afectada, y la correlativa garantía de su acceso efectivo a la justicia, tratándose de personas en condición de vulnerabilidad⁵.

Ahora bien, el derecho de la NyA a tener una participación activa en el proceso, trasciende el “derecho a que sea oída”, según los lineamientos del artículo 12 de la CDN, sino que les brinda a las personas menores de edad un estatus especial dentro de los procesos, adquiriendo características y aristas propias.

Partiendo de esa base, resulta necesario atender a la participación de la NyA no sólo en lo inherente a su derecho a ser oída, sino también en lo que respecta a su defensa técnica, precisamente en tanto, ésta responde al principio de acceso a la justicia.

En esta línea, el artículo 27 de la Ley 26.061 sienta las garantías mínimas para el ejercicio del derecho a la defensa de la NyA, estableciendo niveles progresivos de participación conforme su grado de madurez y desarrollo en los procedimientos

4. La Observación General 14 cit., pone de relieve el vínculo indisoluble entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12 de la CDN. Ambos artículos, señala, tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior y el segundo establece la metodología para escuchar a las opiniones de las personas menores de edad involucradas y su inclusión en todos los asuntos que les afecten, incluida la evaluación de su interés superior. Agrega que el artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de la NyA en todas las decisiones que afectan a su vida.

5. Al respecto cabe señalar que las “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009, el 24/2/2009) 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. Dicho lo anterior, resta decir que han dejado en claro que la edad importa una condición de vulnerabilidad, presentando especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

judiciales y administrativos que la afecten, yendo desde el derecho de la NyA a ser oída ante la autoridad competente cada vez que lo soliciten (inc. a), a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte (inc. b), es decir, defensa en sentido material; hasta el reconocimiento del derecho a participar activamente en todo el procedimiento (inc. d), a ser asistida por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia y, por último, a recurrir frente a cualquier decisión que la afecte, en concreto, derecho de defensa en sentido técnico.

En este sentido, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

“[quien aplique el derecho], sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas [de la persona menor de edad] y su interés superior para acordar [su participación], según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso [a la persona menor de edad], en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

En la provincia de Buenos Aires, mediante la Ley 14.568 y su Decreto Reglamentario 62/2015, la implementación de la figura de la AL, termina de consolidar en el ámbito local estos postulados en su máxima expresión, como herramienta necesaria para consagrar el acceso a la justicia y el reforzamiento de garantías en el marco del sistema integral de protección de derechos de la NyA.

Como vemos, tanto en el ámbito nacional, como provincial hubo una verdadera toma de conciencia en torno a que la participación en el proceso de las personas en condición de vulnerabilidad y siendo la AL un requisito indispensable para hacerla posible.

3. ASISTENCIA LETRADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: CRUCE CON OTRAS FIGURAS

El Decreto Reglamentario 415/2006 de la Ley 26.061 dispone que el derecho a la asistencia letrada -previsto en el inc. c del artículo 27- comprende el derecho a la designación de un/a abogado/a que represente los intereses personales e individuales de la persona menor de edad en el proceso administrativo o judicial, sin perjuicio de la representación que ejerce el Ministerio

Público. En el ámbito bonaerense, el artículo 1 del Decreto Reglamentario de la Ley 14.568 (62/2015), indica: “En cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo en el que se encuentre afectado el interés personal e individual de un niño, niña y/o adolescente, el juez con asistencia del representante del Ministerio Público, o en su caso, la autoridad administrativa, deberán informarle personalmente al niño, niña y/o adolescente, acerca del derecho que le asiste a ser representado por un Abogado del Niño”.

Vemos que más allá de las consideraciones teóricas que puedan hacerse, la normativa específica aplicable traza una primera distinción con el rol del Ministerio Público (ocasionalmente, en lo sucesivo, MP)⁶. Resulta importante la aclaración anterior, dado que la aplicación de la figura ha dado lugar a dudas sobre esto. Entonces, ¿cómo se compatibiliza esta figura con el sistema de representación establecido por el ordenamiento vigente? Veamos.

En la práctica una de las mayores dificultades a las que se ha enfrentado la implementación de la AL es su distinción, delimitación y armonización con otras figuras preexistentes, fundamentalmente con respecto de las funciones del MP y también, de la tutela especial⁷.

Con falta de precisión y un entender erróneo de la AL se ha asimilado la actuación de esta figura a la noción de representación, incorporándola como un cuarto pilar a la actuación vinculada con la representación legal de sus progenitores, la representación del MP (principal o complementaria) y en su caso, la representación especial a través de quien ejerza la tutela especial.

Como vimos anteriormente, la representación procesal no agota las posibilidades de intervención de la NyA en los procesos. Sin dudas, la defensa que ejerce la AL no im-

6. A los fines de este texto, al hablar del instituto nombrado, lo haremos según los lineamientos del artículo 103 del Código Civil y Comercial, y en el ámbito provincial, según lo previsto por el artículo 38 de la Ley 14442.

7. Esta figura se encuentra actualmente consagrada por el Código Civil y Comercial, en su artículo 109, al señalar: “Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial; b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad; c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a); d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor; f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda”.

porta una forma de representación, dado que no sustituye la voluntad de la persona asistida, por el contrario, se vincula con la orientación y asesoramiento técnico para que ésta pueda ejercer sus derechos fundamentales a ser oída y tener una participación activa.

La afirmación previamente expuesta, tiene fundamentos en la jurisprudencia que ha resuelto oportunamente: *“No es dudoso que no se trata de una nueva forma de representación, que reemplace o concurra con la representación [de otras figuras, haciendo referencia a progenitores o tutores, Ministerio Público o tutor especial]. Prevé la actuación [de la persona menor de edad] en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función, obviamente, no implica sustituir la voluntad [de la persona menor de edad patrocinada], sino, básicamente, proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de [de la abogacía]”*⁸.

Sentado lo anteriormente expuesto, resta decir que, a diferencia de la figura analizada de la AL, el Ministerio Público tiene el rol de *“facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [siendo] relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas (...) [pudiendo] incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior [de la NyA]”*⁹.

Entonces, podemos distinguir las funciones de representación -propias del MP- de la específica función de AL. Ésta última se diferencia de la labor del Ministerio Público en que interviene, defiende y asesora para que se dicte una decisión favorable a los intereses particulares de quien asista de acuerdo a la voluntad de esta persona menor de edad patrocinada. En cambio, el MP, por su parte, tiene el rol de pronunciarse conforme a derecho según lo que esta figura percibe (conforme a derecho) como más conveniente para esa persona menor de edad. Para así decidir, deberá previamente cumplir con la escucha de la persona menor de edad, y en caso de dictaminar en contrario, su opinión, deberá explicar las razones de su apartamiento.

8. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 4/3/2009, “L., R. c/ M. Q., M. G.”, publicado en La Ley del 16/4/2009; LL 2009-B-730.

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/8/2012.

Desde el plano jurisprudencial se ha sostenido: “resulta incompatible que un Asesor de Incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro Funcionario en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N.), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada, como la que dispone el art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁰.

En términos de representación tiene dicho el Procurador General de Provincia de Buenos Aires que “la figura del Asesor de Menores e Incapaces adquiere una relevancia crucial en la protección de los derechos de los más vulnerables, convirtiéndose en un pilar fundamental para garantizar la efectiva tutela de los intereses de las personas menores de edad e incapaces. Así, en situaciones donde el representante legal no cumple con sus obligaciones o se encuentra inactivo, el Asesor de Menores e Incapaces asume un rol protagónico, ejerciendo la representación directa y asegurando que los derechos no sean conculcados (art. 103 inc. “b” Cód. Civ. y Com.)”¹¹.

Por último, como una diferencia irreconciliable en la génesis de las dos figuras analizadas, resta decir que la representación del MP cesa de pleno derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los dieciocho años (artículo 1° de la CDN y artículos 22, 23, 24 y 103 del Código Civil y Comercial). En cambio, la asistencia letrada de la NyA, puede continuar en su patrocinio si es que la persona así lo decide, cuando alcanzare la mayoría de edad, en el ejercicio de la profesión en los términos y alcances de la ley provincial (Ley 5.177).

Volviendo a la comparativa entre la AL y la tutela especial, sabemos que se prestan algunas confusiones prácticas. En ambos casos, tienen como cometido atender a los intereses de la NyA, en concreto y ante un conflicto particular.

Su diferencia radica en los presupuestos que dan lugar a cada intervención. Así, mientras la tutela especial supone como requisito la incapacidad de la persona

10. “R., J. M.; M. A.; G. N.; C., S. L.; V. M. S/ PROTECCION DE PERSONA “, expediente n° 146389, Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 2 de Mar del Plata, 19/4/2012, en línea: https://www.scba.gov.ar/_paginas.asp?id=22250; consulta realizada el 15/8/2025.

11. Dictamen del 15/10/2024, en “J. G. V. c/ A. P. S. s/ Incidente de Alimentos”, C-127597-2, en línea: <https://cijur.mpba.gov.ar/>; consulta realizada el 22/7/2025.

menor de edad para poder decidir por sí, asumiendo su representación, la AL se encuentra ligada al principio de autonomía progresiva, la madurez y desarrollo de la NyA (artículo 5 de la CDN).

Por tanto, mientras la AL defenderá las instrucciones que su persona menor de edad asistida le imparta, en la tutela especial -de forma similar a la actuación del Ministerio Público- lo hará de acuerdo a su entender desde su mirada y postura adulta, aunque en algunos casos esto importe apartarse de la voluntad de la NyA.

Sin dudas, corresponderá a la judicatura determinar, en función del grado de desarrollo y madurez de la persona menor de edad involucradas, si procede la viabilidad de la tutela especial o de la asistencia letrada para resguardar sus intereses en el caso concreto.

Alineada con una de las posturas doctrinarias¹², lo anteriormente dicho se enrola con la solución seguida por la sentencia del 12/3/2025, donde se remarcó que a los efectos de garantizar y tutelar el pleno ejercicio de los derechos que le competen al niño de un año, envuelto en una dinámica de violencia familiar, sea la abogada designada, quien lo represente en carácter de tutora especial, para luego -una vez que el niño pueda expresar con claridad su voluntad y sentimientos- continuar interviniendo en esas actuaciones como abogada del niño (Ley 14.568), es decir, sin sustituir su voluntad sino expresando su voz brindándole asistencia técnica y jurídica. Además, dejó en claro la facultad de la persona menor de edad para intervenir en juicio de manera autónoma con asistencia letrada, debiendo ser entendida en forma armónica con la posibilidad del niño de expresar su voluntad y sentimientos, independientemente de su edad cronológica¹³.

12. El Código Civil y Comercial consagró la postura “intermedia” al regular en su artículo 26 el ejercicio de los derechos por las personas menores de edad, estableciendo “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”. Así, de acuerdo a esta norma, lo que determina la admisibilidad o no de la participación de las personas menores de edad en los procesos con asistencia letrada, será el criterio de autonomía progresiva.

Esta postura busca el equilibrio entre ambos extremos. Por un lado, la posición más amplia que sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal que protege a toda la NyA. En este contexto, la designación de un abogado es siempre procedente, con independencia de la edad y madurez. Por el otro, la que afirma la fijación de límites etarios excluyentes.

13. “R.E.S. c/ G. Y. M. A. s/ protección contra la violencia familiar”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Cita: MJ-JU-M-155218-AR/MJJ155218/MJJ155218.

Complementando lo expuesto, se ha dicho que “lo que aquellas normas contemplan es la participación de la persona menor de edad en el pleito por su propio derecho y con patrocinio letrado a fin de proporcionarle asistencia profesional y no de sustituir su voluntad, en el marco de la base de garantías a procurar (ser oído, etc.); no se trata de incorporar una representación más a las que ya tiene con motivo de su [edad (progenitores, tutores, Ministerio Público o tutela especial)]”¹⁴.

Entonces, la AL en el rol que tiene dentro del sistema de protección integral de derechos de la NyA tiene caracteres propios que obligan a la totalidad de personas que operan en los procesos donde intervengan personas menores de edad a resignificarla de acuerdo al resto de las figuras existentes.

4. MINISTERIO PÚBLICO: DIFERENCIACIÓN DESDE EL PLANO LEGAL

A diez años de la sanción del Código Civil y Comercial (CCyC), nos encontramos con un cuerpo normativo que ha receptado las directrices del sistema de protección integral de la NyA, proyectado en varias normas nacionales y locales, luego de la CDN y la Ley 26.061. Nuestro Código de fondo, fue claro y reforzó las diferencias de las dos funciones y roles disímiles. Ministerio Público y asistencia letrada, no son lo mismo, ni se asemejan.

Más allá de las referencias puntuales que se realizaron, hay que destacar que el CCyC define de manera clara y le da plena autonomía al MP. En el artículo 103, le brinda una relevancia particular cuando se trata de proteger a personas menores de edad. Su intervención puede asumir un carácter complementario, en aquellos procesos donde ya existe representación legal, pero resulta necesaria su participación para salvaguardar derechos de estas personas, bajo pena de nulidad relativa si dicha intervención es omitida. Asimismo, el Ministerio Público puede actuar como protagonista principal del proceso en tres supuestos específicos: cuando hay inacción de los representantes legales y los derechos del representado están en riesgo; cuando se busca hacer cumplir deberes propios de los representantes; o bien ante la inexistencia de representación legal, debiendo cubrir esa ausencia de forma activa. Incluso, en el plano extrajudicial, se le reconoce un rol activo ante omisiones o carencias de los representantes legales, especialmente cuando están en juego dere-

14. Cámara Nacional Civil, Sala G, 17/4/2012, expediente 85.248/10, “L., A. A. s/ medidas precautorias”, elDial.com: AA776B.

chos fundamentales de carácter económico, social o cultural. En todos los casos, el Ministerio Público opera como garante del interés superior de la persona vulnerable, velando por la efectividad de sus derechos.

Siguiendo con el CCyC, es importante señalar que, con relación a la AL, la enuncia en forma genérica -y no taxativa- en algunos institutos jurídicos, estableciendo un “piso mínimo” de aseguramiento de este derecho y garantía. Incorpora la figura de la AL a lo largo de su articulado, al regular la intervención de las personas menores de edad en diferentes situaciones.

Así, por ejemplo, en el marco de la adopción, cabe decir que quizás es uno de los institutos en los que más se ha desarrollado la implementación de la figura de la asistencia letrada en la NyA. De esta manera, el artículo 595 contempla el derecho de las personas menores de edad a participar de su propia adopción. En consonancia con esta tesitura, los artículos 608 y 617 introducen como requisito del proceso judicial de adopción la participación de la edad y grado de madurez suficiente, con carácter de parte y con debida asistencia letrada. Lo mismo sucede con el artículo 596 que establece, en el marco del derecho de la NyA a conocer sus orígenes, el derecho de la persona adolescente -con edad y grado de madurez suficiente- a acceder al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción, como así también, a iniciar las acciones necesarias a las fines de conocer sus orígenes, contando a tal efecto con la debida asistencia letrada.

Por su parte, el artículo 661 otorga legitimación activa a la persona menor de edad con edad y grado de madurez suficiente, a peticionar el cumplimiento de la obligación alimentaria, disponiendo en forma expresa su asistencia letrada.

En cuestiones netamente patrimoniales, los artículos 677, 678 y 679 regulan la intervención de las personas menores de edad en sede judicial, en cuestiones relativas a la disposición y administración de sus bienes. Así, el artículo 677 establece la presunción de que las personas adolescentes cuentan con suficiente autonomía para intervenir en los procesos que los tengan como parte conjuntamente con la actuación de sus progenitores, o bien de manera autónoma a través de la correspondiente asistencia técnica profesional. Por su parte, el artículo 678 regula como supuesto especial la pretensión de las personas adolescentes de promover una acción civil contra una tercera persona, ante la expresa disconformidad de sus progenitores. Finalmente, el artículo 679 reconoce a las personas menores de edad -con edad y

grado de madurez suficiente- capacidad procesal para estar en juicio contra sus progenitores, sin necesidad de autorización judicial previa, pero disponiéndose como requisito su adecuada defensa técnica.

Saliendo del CCyC, nos encontramos -por ejemplo- con la Ley 26.743 de Identidad de Género que, en su artículo 5° establece que con relación a las personas menores de edad *“la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061”*. En el ámbito provincial, la Ley de Víctimas (15.232) en su artículo 20 dice: *“La asistencia y representación que los/las abogados/as de la víctima ejerzan, lo es sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley N.º 14568, pudiendo en su caso coexistir ambos patrocinios letrados”*¹⁵.

5. ¿CÓMO FUE INTERPRETADA ESTA DISTINCIÓN DE LA QUE HABLAMOS POR LA JURISPRUDENCIA?

El 6/11/2019, el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación (Monteros) en Tucumán en un caso¹⁶ declaró la inconstitucionalidad de la Resolución N.º 4/2019 del 1/4/2019¹⁷ y, como consecuencia, de la Resolución N.º 229/2019 dictadas por el

15. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: *“La Corte considera que una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las niñas, niños y adolescentes víctimas en los procesos penales. En este sentido, el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez. Para sortear los obstáculos en el acceso a la justicia (...) la asistencia letrada de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso, debe ser gratuita y proporcionada por el Estado, independientemente de los recursos económicos de sus progenitores y de las opiniones de éstos últimos”* (V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; 8/3/2018; párrafo 161).

16. “V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos”, expediente N.º 1045/19, La Ley, cita online: AR/JUR/61368/2019.

17. Dispone textualmente en su artículo 1º la creación en el ámbito de la Provincia de Tucumán, dependientes del Ministerio Pupilar y de la Defensa, la figura del “Abogado del Niño, Niña y/o Adolescente” quien deberá representar los intereses personales e individuales de los mismos, interviniendo en carácter de parte, sin perjuicio de la intervención de los Defensores de Niñez, Adolescencia y Capacidades Restringidas. A su vez, el Anexo I de dicha resolución, establece la modalidad de la designación de los letrados que integraran la lista de abogados pertenecientes al Ministerio Pupilar y de la Defensa (artículo 1), sus funciones (artículo 2), la forma de elección del letrado (artículo 3), la legitimación activa (artículo 6), la forma de peticionarlo (artículo 7), admisión de casos, el rol del abogado del niño (artículo 9), la participación (artículo 10), entre otros.

Ministerio Pupilar y de la Defensa provincial, sobre las facultades atribuidas y ubicando dentro del organigrama de esa entidad institucional y bajo su dependencia a la figura de la AL.

Al definir la función del Ministerio Público el fallo en cuestión, indica: *“la representación legal de las personas menores de edad, por mandato constitucional. Esta representación se integra a la de los padres o tutores de los niños, niñas y adolescentes (NNA) por expresa disposición del artículo 103 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pero no implica actuar en nombre del niño por parte del Ministerio; sino que ese órgano ejerce el control de legalidad de los procedimientos en los que participan los niños, niñas y adolescentes (NNA), defendiendo los intereses generales de la sociedad y del niño en particular. La función esencial del Ministerio Pupilar es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a las personas menores de edad. En esto radica la esencial diferencia con la figura del abogado del niño, profesional que tiene a su cargo la defensa técnica. Tal como lo dispone el Cód. Civ. y Com. de la Nación en su artículo 103, el Ministerio Público “representa” a los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos. Ello perdura mientras persista la incapacidad de la persona o mientras que los niños no alcancen la mayoría de edad (artículos 22, 23 y 24 Cód. Civ. y Com. de la Nación)”*.

De la lectura del decisorio, se desprende que el Ministerio Público en su función exclusivamente “representativa” sustituye la voluntad de quien representa, ejerciendo su rol conforme la legalidad del proceso e intereses generales de la sociedad, tal como lo indica el 120 de la Constitución Nacional. La asistencia letrada de la NyA -como patrocinante- no sustituye la voluntad, sino que ejerce la defensa técnica conforme las instrucciones y pretensiones de la persona que patrocina, según las directrices del artículo 27 de la Ley 26.061 y el Decreto Reglamentario 4/2006.

Continúa señalando: *“los roles y funciones que se pretende asignar al Abogado del Niño en el mismo ámbito y dependiente del Ministerio Pupilar son –cuanto menos– incompatibles e incongruentes con el mandato constitucional del artículo 120, y las reglas de reconocimiento constitucional”*.

Criteriosamente se pregunta la Jueza al momento de resolver: *¿Es posible que dentro de un mismo organismo y bajo una misma autoridad máxima, se pueda controlar el funcionamiento de dos figuras con finalidades diferentes?* Frente a este cuestionamiento afirma: *“La respuesta negativa se impone, pues es sabido que sin absoluta*

libertad, la función de control se desvanece con las consecuencias negativas que ello se deriva en términos democráticos; máxime en lo que respecta a instituciones que tienden -con diferentes roles- a la protección de derechos que comprometen a un colectivo vulnerable como lo son las personas menores de edad y a quienes les cabe un plus de protección debido a su condición de personas en pleno desarrollo”. Finaliza esta línea de razonamiento señalando: “La pretendida coexistencia de figuras [Ministerio Público y AL] con roles diferenciados, en una misma órbita institucional conlleva una clara incompatibilidad de funciones e intereses, pues ‘controlador y controlado’ recaen en una misma figura orgánica. Con lo cual dicho acto administrativo es impertinente e irrazonable pues está opuesto a la razón o está fuera de ella”

Al analizar la decisión jurisdiccional, en definitiva, se cuestiona la constitucionalidad de las resoluciones atacadas por irrazonables, dada la ausencia de proporción entre lo que perseguían (instaurar la AL en la órbita del MP y bajo su dependencia, atribuirle el rol instaurado por la Ley 26, 061, inc. d) y las funciones que le son inherentes al MP por mandato constitucional (estrictamente representativas). Además, ante la ausencia de regulación provincial, termina exhortando al Poder Legislativo para que dicte la norma que regule la figura mencionada “en real coherencia y consistencia con el Sistema de Protección Integral en vigencia”.

6. PALABRAS DE CIERRE

Hemos intentado delimitar el alcance y la especificidad del rol de la asistencia letrada en los procesos que involucran a personas menores de edad, diferenciándola del papel que desempeña el Ministerio Público. Esta distinción no solo resulta necesaria desde una perspectiva conceptual, sino también desde una mirada funcional y operativa, en pos de fortalecer la eficacia de los mecanismos de protección integral de derechos de la NyA.

La asistencia letrada, en tanto garante del ejercicio efectivo del derecho de defensa técnica, cumple una función insustituible en el acompañamiento jurídico de las infancias y adolescencias, permitiendo canalizar su voluntad, propiciar su participación activa y asegurar su acceso igualitario al sistema administrativo y/o judicial. En paralelo, la intervención del Ministerio Público, como órgano institucional protector de derechos de la sociedad debe conservar su naturaleza objetiva, evitando superposiciones que puedan diluirlos.

Resulta imprescindible que ambos roles y funciones operen en un marco de coordinación respetuosa de competencias, centrada en el interés superior de la NyA y en la promoción de su autonomía progresiva. Ello contribuirá a consolidar prácticas más respetuosas de los estándares constitucionales y convencionales vigentes, asegurando que la justicia especializada en NyA avance hacia una mayor profesionalización, sensibilidad y compromiso institucional con los Derechos Humanos.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 6: El Ministerio Público Tutelar

La intervención del Ministerio Público en los casos de violencia familiar y de género: dispositivos y herramientas de actuación

María Mercedes Rubio

“La intervención del Ministerio Público en los casos de violencia familiar y de género: dispositivos y herramientas de actuación”

Por María Mercedes Rubio¹

1. DISEÑO INSTITUCIONAL GENERAL DEL MPBA

La administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se organiza territorialmente en 20 departamentos judiciales para los Fueros Civil y Comercial, de Familia, Contencioso Administrativo, de Responsabilidad Penal Juvenil y Criminal y Correccional².

Encabeza el Ministerio Público bonaerense, integrado por Fiscales, Defensores Oficiales, Asesores de Incapaces y Curadores, el Procurador General, Dr. Julio Conte Grand; y en cada departamento judicial organiza su funcionamiento en cada una de sus ramas, el Fiscal de Cámaras, y el Defensor Departamental³.

El Fiscal de Cámaras conforme la Ley de Ministerio Público dirige la política de investigación de acuerdo a las instrucciones del Procurador General y a las exigencias

1. Actualmente, desde el año 2021, Subsecretaria de Políticas de Género y Violencia Familiar de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires. Anteriormente Fiscal General Adjunta del Departamento Judicial de San Martín, donde coordinaba el dispositivo sobre Violencia de Género, y previo a ello Fiscal especializada en Delitos contra la Integridad Sexual, designada como Agente Fiscal en 2004. Magister en Derecho y Magistratura Judicial y diplomada en la Diplomatura Judicial en Género elaborada por la CSJN y AMJA. Docente de la Cátedra de Derecho Penal y Criminología del Dr. Edgardo Donna en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a la que ingresara por concurso en 1998. Disertante en ciclos sobre la materia, y autora en diversas publicaciones sobre la temática, entre ellos “Intervención inicial especializada en procesos penales de violencia por razones de género. Perspectiva de Género en la investigación y juzgamiento” y voces relacionadas a delitos contra la Integridad Sexual en la obra “Enciclopedia Jurídica Latinoamericana”, entre otros.

2. Establece el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial n.º LEY 5827 que se divide la Provincia en veintiún (21) Departamentos Judiciales con las denominaciones que se enuncian a continuación: Departamento Judicial de Avelleda-Lanús, Departamento Judicial Azul, Departamento Judicial Bahía Blanca, Departamento Judicial Dolores, Departamento Judicial San Martín, Departamento Judicial Junín, Departamento Judicial La Matanza, Departamento Judicial La Plata, Departamento Judicial Lomas de Zamora, Departamento Judicial Mar del Plata, Departamento Judicial Mercedes, Departamento Judicial Merlo, Departamento Judicial Moreno-General Rodríguez, Departamento Judicial Morón, Departamento Judicial Necochea, Departamento Judicial Pergamino, Departamento Judicial Quilmes, Departamento Judicial San Isidro, Departamento Judicial San Nicolás de los Arroyos, Departamento Judicial Trenque Lauquen, Departamento Judicial Zárate-Campana. Se incluye en la ley el Departamento Judicial de Merlo, pero aún el mismo aún no se encuentra en funcionamiento

3. Arts. 23, 28 y cctes. de la Ley de Ministerio Público n.º 14442

de su ámbito territorial de actuación; y es quien organiza la estructura del Ministerio público dentro del departamento judicial, de forma flexible y dinámica, con el propósito de atender las necesidades que la complejidad y conflictividad social le demanden, conforme a las necesidades coyunturales y capacidades operativas existentes en el territorio. Es decir, puede crear fiscalías -tematizadas o no-, ayudantías, dispositivos especializados u otras estructuras; y asimismo puede descentralizarlas con independencia del lugar de asiento de los Jueces.

Por su parte, el Defensor General es responsable del adecuado funcionamiento del Ministerio Público de la Defensa del departamento judicial, lo que incluye la dirección y coordinación de la Defensa Penal y Civil, Asesoría de Incapaces y la Curaduría General de Alienados.

2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y POR RAZONES DE GÉNERO

La perspectiva de vulnerabilidades en el sistema de justicia en general, y la violencia intrafamiliar y por razones de género en particular, constituyen temáticas cardinales en el Plan Estratégico del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

El objetivo en el abordaje de los casos que involucran estas violencias, es el de procurar una visión diferenciada en las intervenciones, considerando las diversas dimensiones que pueden hacer a una persona o grupo más vulnerable.

Específicamente, el enfoque de género e interseccional, como método jurídico de análisis, implica considerar a lo largo de todo el proceso, el contexto completo en que se desarrolló la violencia a efectos de constatar si en el caso, la persona víctima se encuentra en situación de desigualdad frente al agresor, para así valorar la posible adopción de medidas especiales de protección; poniendo también especial énfasis a los escenarios en que, además, confluyan categorías de vulnerabilidad tales como la edad, la discapacidad, la falta de educación, de medios económicos, marginación, migración etc.⁴

4. La Recomendación General N.º 33: Acceso a la Justicia, de la CEDAW/C/GC/33, de agosto de 2015, Parr.8 señala que la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas,

Con el norte de lograr esta mirada diferencial, la especialización en el Ministerio Público Fiscal de la PBA suele instituirse básicamente de dos maneras:

a. Órganos especializados

La primera es mediante órganos especializados en violencia de género e intrafamiliar, que se abocan a la investigación de los delitos que la involucran, y asimismo brindan asistencia a las personas víctimas.

Estos órganos en general han adoptado en la Provincia de Buenos Aires, según el departamento judicial, la forma de Fiscalías tematizadas, ayudantías fiscales especializadas, dispositivos interdisciplinarios específicos y/o áreas de género que funcionan -en general- dentro de los Centros de Asistencia a la víctima⁵.

Cada Fiscalía General es la que adopta en el territorio del Departamento Judicial -como se ha señalado con criterio flexible y dinámico, y bajo los lineamientos de la Procuración General- la decisión estratégica acerca del modelo de organización especializado en la materia más eficiente, para optimizar su capacidad de respuesta. Entre las razones que conducen al diseño de cada modalidad de intervención se encuentran la compleja realidad de la totalidad de la criminalidad en cada territorio (dado que la asignación de recursos para el abordaje de un fenómeno delictivo puede importar el recorte para otros), la cuantía y naturaleza de casos, la cantidad y perfiles de los funcionarios, la extensión y distribución territorial de las dependencias, y recursos materiales disponibles, entre otros factores.

Y en este sentido, es importante destacar que la violencia intrafamiliar y por razones de género es un fenómeno criminal transversal de alto impacto en toda la extensión de la Provincia del Buenos Aires -al igual que lo que ocurre en el resto del país- en función de la gravedad y peligrosidad de los hechos para las víctimas y su entorno, y del volumen de casos que implican en relación a la totalidad de los fenómenos criminales⁶.

bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia.

5. Vid Mapa de Dependencias especializadas en Violencia Familiar y/o de Género <https://www.mpba.gov.ar/mapav> y folletos institucionales en la materia <https://www.mpba.gov.ar/denunciasviolencia#donde-debo-hacer-la-denuncia>

6. Se ha registrado en los últimos años que entre el 30 y el 40% de las investigaciones penales con autor imputado o

De los modelos de organización existentes en la Provincia de Buenos Aires, el más extendido al día de hoy es el de Fiscalías tematizadas, integradas por Fiscales, funcionarios y empleados; y en ocasiones otros especialistas de la interdisciplina –por ejemplo: profesionales de la psicología, trabajo social, medicina legal, ginecología, psiquiatría– especializados a la materia.

La mayor virtud de este modelo de organización es la vasta y actualizada formación de sus operadores, así como su experiencia y destrezas técnicas, tan determinantes a la hora de abordar estas investigaciones⁷. Y el desafío más importante que en general enfrentan estos órganos tematizados es la gran cantidad de casos que deben abordar, especialmente en los grandes focos urbanos del conurbano bonaerense, debido al alto número de delitos en relación con el resto de la Provincia, así como también por la repetida multiplicación de conflictos entre las mismas partes. Ello exige una minuciosa planificación de la cantidad óptima de personas que los integren, así como la actualización continua y sistemática de su funcionamiento a la luz de la cuantía y naturaleza de los casos, que han aumentado significativamente en los últimos años⁸.

Dentro de las dependencias especializadas, otro diseño de gestión especializado en la Provincia en Buenos Aires es el de la creación de un área, unidad o dispositivo centralizado, que en general se encuentra en la estructura bajo la coordinación directa de la Fiscalía General, que podría definirse como de valoración forense y de apoyo a la investigación. Estas áreas están generalmente compuestas por abogados, y profesionales de la psicología y del área social, y en ocasiones también psiquiatras y médicos forenses, que se dedican exclusivamente a la problemática, actuando en cada caso en forma concomitante y articulada con el Fiscal de turno, desde el inicio de la investigación.

sindicado son por violencia de género e intrafamiliar. En 2024 se iniciaron 144.972 causas por este tipo de hechos, es decir, casi 400 investigaciones fueron iniciadas cada día en la Provincia de Buenos Aires por estos eventos.

7. En este sentido, la importancia de la especialización radica también en poseer los conocimientos para reconstruir estos hechos con las dificultades probatorias que presentan estos hechos, dado que en general que ocurren sin testigos, más que los propios involucrados; entre personas que muchas veces comparten el domicilio; entre una víctima y un agresor unidos por un vínculo afectivo, pareja/ ascendiente y descendiente, lo que implica una percepción distinta de aquellos de la conflictiva, y en muchos casos una posterior retractación tras la radicación de la denuncia. Todo lo cual demanda asimismo la necesidad de proveer de protección a la persona víctima, dado que, a diferencia de otros delitos, en los cometidos especialmente en el ámbito doméstico, no sólo intentamos probar lo que pasó sino prevenir hechos futuros.

8. Ver en el Informe del Revifag de 2024 los datos unificados del periodo 2015-2024 <https://www.mpba.gov.ar/files/informes/Informe%20REVIFAG%20y%20Femicidios%202024.pdf>

Entre las funciones de estos dispositivos están la sistematización de los datos de cada caso (análisis y antecedentes), su acumulación por identidad de las partes en conflicto y su evaluación por un grupo de agentes especializados que en función de los factores de riesgo que presente cada suceso y la orientación al Fiscal, mediante los correspondientes informes, de cuáles resultan prioritarios en el abordaje, proveyéndoles desde el área especializada, de informes técnicos -informes de riesgo, sociales, victimológicos, según el caso- que coadyuvan a una intervención más eficiente por parte de aquél⁹.

La ventaja de esta metodología es procurar evitar riesgos de lesiones mayores o eventualmente, de femicidio mediante la realización, al inicio mismo de la investigación, de informes fiables que favorezcan a una mejor instrucción de la causa; y asimismo que las investigaciones se distribuyen entre una mayor cantidad de órganos Fiscales. Y entre los retos de este tipo de diseño, representa siempre un desafío la capacitación específica de la totalidad de los operadores judiciales que intervienen en el proceso, pues es claro que si bien existe una mayor concientización y sensibilización en la materia (a partir de los programas de formación continua del MPBA así como de los cursos obligatorios anuales que prevé la denominada Ley Micaela), aún se impone la necesidad de continuar profundizando en la incorporación de la perspectiva de vulnerabilidades en la labor de la totalidad de los agentes que componen el Poder Judicial.

b. Procesos de Trabajo especializados

Otra forma de especialización -no excluyente de la primera- son los procesos de trabajo diferenciales en estos casos, que pueden definirse como prácticas operativas eficientes adaptadas específicamente a las particularidades de este tipo de problemática y aplicables de forma transversal a todos los departamentos judiciales, sin perjuicio de su diseño institucional interno.

Obviamente en cada departamento judicial se adoptan desde las Fiscalías Generales, y en cada Fiscalía, CAV u otros dispositivos, importantes estrategias, procedimientos y buenas prácticas según su realidad y diseño institucional. Pero además, desde

9. El funcionamiento de un dispositivo de este tipo, que se aplica en el Departamento Judicial de San Martín, se encuentra explicado en el artículo “Modelos de organización para el abordaje de la violencia de género en el ámbito penal. Una experiencia de especialización en la Provincia de Buenos Aires” de María Mercedes Rubio en CARDINALI, Genoveva Inés y DE LA FUENTE, Javier E., [et al], “Género y Derecho Penal”, 1º ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, (2021).

la Procuración General, se establecen lineamientos o criterios generales de persecución penal que orientan y complementan la labor local. De hecho, es una de las funciones por excelencia del área que coordina -la Subsecretaría de Políticas de Género y Violencia Familiar correspondiente a la Secretaría de Política Criminal, Coordinación Fiscal e Instrucción Penal de la PGBA¹⁰- diseñar, planificar e implementar estos procesos de trabajo especializados de aplicación transversal, que aseguren el adecuado abordaje de la violencia intrafamiliar y por razones de género desde el inicio de las investigaciones.

Entre algunos de los procesos de trabajo especializados más relevantes adoptados en nuestra Provincia y que se aplican en todo el territorio, se encuentra **el Formulario Único de Denuncias** implementado en 2022¹¹, tras una labor de consenso entre la Suprema Corte, la Procuración General, y los Ministerios de Seguridad, de Mujeres y Diversidad, y de Justicia. Este instrumento es en lo esencial, una denuncia distinta a la que se usa para los delitos en general y cuyo objetivo es mejorar el acceso a la justicia en estos casos, así como optimizar el trabajo de los supuestos de violencia por razones de género e intrafamiliar en las Fiscalías y áreas de género, generando un plus, un aporte en el abordaje de las investigaciones y en la protección de las víctimas.

Este formulario aporta mucha más información esencial del caso que las denuncias tradicionales, de modo que en las Fiscalías y Juzgados se puedan tomar decisiones con conocimiento de ciertos datos imprescindibles relacionados al contexto del hecho; y está diseñado para contener, entre otros puntos, información fundamental sobre la persona denunciante (incluyendo domicilio y contactos de resguardo, red de contención y posibilidades económicas), la enumeración de las medidas de protección contenidas en la ley de violencia familiar que puede solicitar en su calidad de víctima; más datos del presunto agresor (por ejemplo, domicilio laboral y otras referencias que eventualmente también tendrán utilidad probatoria); sobre el núcleo familiar (lo que facilitará la labor si fuera necesario que intervengan otras dependencias como Servicios Locales de promoción y protección de los derechos

10. Esta área especializada fue creada en 2021 mediante Res. 595/21 del Sr. Procurador General, Dr. Julio Conte Grand (https://www.mpba.gov.ar/files/content/PG%20595-21_AnXI.pdf) como un espacio institucional jerarquizado, dedicado a delinear políticas de género y para el abordaje de la violencia intrafamiliar, como un paso más de los muchos que el MPBA ha dado en el transcurso del tiempo con este norte.

11. Vid Res. 2209 SCBA suscripta por el Procurador General, que aprobó el formulario único estandarizado para la toma de denuncias por hechos de violencia por razones de género e intrafamiliar <https://www.mpba.gov.ar/files/content/NuevoFormularioDenunciasViolencia.pdf>

de NNyA, Secretarías de Género municipales, programas sociales, educativos, de salud mental u otros); y asimismo ilustrará sobre la existencia de procesos/causas anteriores -ya sea en el fuero de familia como en el penal- y sobre potenciales testigos y sus datos.¹²

Otro proceso de trabajo muy importante y novedoso, incluido dentro del formulario único de denuncias para hechos de violencia de género y en el ámbito familiar, para los supuestos exclusivamente de violencia grave contra la pareja o ex pareja es la **Escala de predicción de riesgo de violencia grave contra la pareja**. Este instrumento predictivo de carácter orientativo, que se completa al momento de la denuncia tanto en Comisarías como en Oficinas de Denuncias del MPBA, está compuesto por ítems que constituyen parámetros objetivos de riesgo sobre los que se pregunta a la persona víctima¹³. La escala tiene como objetivo facilitar a Jueces, Fiscales, Asesores, y equipos técnicos información relevante e indispensable del caso, a efectos de la adopción de medidas de protección urgentes para las personas víctimas, adecuadas a su realidad y necesidades específicas.

Si bien los operadores judiciales en función de sus conocimientos y enorme experiencia, pueden distinguir a partir del contenido del racconto de los hechos en la denuncia, cuáles son los casos más graves o apremiantes que llegan a su conocimiento, también puede suceder que de dicha descripción *a priori* no se verifique tal urgencia. Y en estos casos, es necesaria una mayor indagación para constatar si en el caso confluyen factores o parámetros objetivos de riesgo que rodeen al evento y que por su configuración puntual pueden generar una probabilidad determinada de que el evento se repita y escale en gravedad (por ejemplo acceso a armas de fuego por el agresor -aunque ello no integre el hecho denunciado-, problemas de salud mental o existencia de violencia previa contra la misma u otras personas, consumos problemáticos, entre muchos otros). Entonces es fundamental que tales factores

12. Rubio, María Mercedes (en prensa) “Abordaje operativo de las violencias por razones de género: los actos procesales especializados.” Publicación Web del Trabajo Final de graduación de la Diplomatura Judicial en Género de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

13. Existen en la actualidad, diversas escalas (SARA, B-SAFER, VCP-R entre otras) que combinan en algún sistema explícito, los factores objetivos de riesgo y de protección, e identifican grados en la probabilidad del riesgo de violencia. En particular los estudios que han buscado los factores de riesgo asociados a la violencia física o sexual grave y al femicidio de la pareja fueron bastante exitosos, y proponen un listado de parámetros de riesgo muy convergentes y eficaces, con la finalidad de ayudar a los profesionales en sus distintas tareas preventivas de la violencia. La escala que se utiliza actualmente en la Provincia de Buenos Aires se elaboró en base a la escala española EVP-R creada por Echeburúa, Amor, Loynas, que fue parcialmente modificada y adaptada de acuerdo a la realidad de la Provincia.

de riesgo estén plasmados en la denuncia inicial, para lo cual es necesario que se pregunte expresamente por ellos de modo tal de dar a los Fiscales y los cuerpos técnicos o profesionales especializados que intervengan en el caso, el panorama inicial necesario para una correcta ponderación inmediata. Ello es sobre lo que se consulta a la persona víctima al completarse la escala, y la información facilita el abordaje más urgente de aquellos casos que requieren atención prioritaria.

Un tercer proceso de trabajo especializado sobre el que se trabaja permanentemente para mejorar su realización al inicio de cada investigación por este tipo de violencias, es la **certificación inmediata de otras causas penales que involucren al mismo imputado o a la misma víctima**, tanto en el fuero penal como de familia. Este trámite, en el ámbito del Ministerio Público fue explicitado en la Res. 346/14 como relevamiento indispensable; y ello, por múltiples motivos. En primer lugar, puede evidenciar una violencia reiterada y en escalada lo que exige el dictado de medidas protectorias urgentes. Asimismo desde un punto de vista probatorio, los elementos existentes en los diversos procesos refuerzan recíprocamente el plexo de convicción del resto y coadyuvan a evitar la duplicación de diligencias y consecuente revictimización de la persona afectada. Y, además, tal certificación posibilitará la acumulación cuando corresponda de los procesos penales, evitando la dispersión de causas por hechos que constituyan expresiones de una misma conflictiva de violencia doméstica. Para ello, amén de lo que surja del testimonio de la víctima sobre este punto, deben tenerse en cuenta los datos registrados en el SIMP a los que ahora se accede con mucha más precisión y facilidad (en el Revifag dentro del SIMP pueden visualizarse no sólo los del propio depto. judicial sino los de toda la provincia) y también es de suma utilidad verificar las medidas cautelares dictadas en el fuero de familia, a las que podemos tener acceso a través del Registro de Violencia Familiar de la SCBA.

Asimismo en este punto se está trabajando fuertemente en la **interoperabilidad técnica de los sistemas informáticos de gestión judicial** que funcionan en la órbita del Ministerio Público y de la Administración de Justicia (SIMP y Augusta, respectivamente) para fortalecer la capacidad de trabajo de los operadores, facilitando la consulta de información sobre actuaciones judiciales y administrativas interfueros. En este sentido, en el marco de la política general de incorporación de herramientas informáticas para el cumplimiento de los objetivos institucionales y orgánicos del Ministerio Público, desde el Programa MPBA 2050 -con la colaboración de las Subsecretarías de Políticas de Género y Violencia Familiar- se ha avanzado haciendo

posible la vinculación automática entre las causas de los fueros penales y de familia/Paz en que se ventila la misma conflictiva. Esta vinculación permite a los operadores de ambos fueros la visualización de los trámites que se realizan en cada uno de los expedientes, de modo de poder nutrirnos recíprocamente y de manera permanente y en tiempo real de la actividad que en cada ámbito se desarrolla, así como facilita a los operadores el acceso a las medidas de protección otorgadas a víctimas y sus notificaciones, informes técnicos y toda otra actividad procesal importante en aquellos casos en que se encuentran involucradas las mismas personas en expedientes por violencia familiar y en investigaciones penales¹⁴.

También se ha dictado la **Guía de Buenas Prácticas para la Atención Primaria de Personas Víctimas de Violencia por razones de Género**¹⁵ a fin de profundizar en los procedimientos apropiados y pautas aconsejables para cada contacto y abordaje de los miembros del Ministerio Público con las personas víctimas, desde las Mesas de entrada hasta cualquier otro ámbito de atención a lo largo del proceso. Las directrices contenidas en la Guía -que fueron elaboradas con la colaboración de múltiples referentes en la materia- se adecúan a la perspectiva vulnerabilidades en general y de género en particular; siendo que, a partir de la experiencia y la interdisciplina se ha probado que dan resultados positivos, facilitando y mejorando la atención rápida, eficaz y oportuna de las personas en este tipo de contextos. Estas líneas de actuación concretas, que mejoran el acceso a la justicia de las personas víctimas y contribuyen a brindar un trato humanizado a quienes acuden al Ministerio Público, han sido socializadas para todos sus integrantes mediante el curso de capacitación dictado en el marco de la Ley Micaela en 2023; y asimismo, a fin de profesionalizar el modo de actuar desde el ingreso al MPBA de nuevos operadores, fueron incluidas como material obligatorio para la personas que se incorporan al Ministerio Público, de modo que cuenten con un marco general de cómo proceder de la mejor manera, frente a una variedad de situaciones que se nos pueden presentar en este tipo de abordajes.

14. Conforme lo dispuesto en las Resoluciones de la Suprema Corte N.º 1994/23, 2921/23 y 1772/25, emitidas en colaboración con el señor Procurador General, Dr. Julio Conte Grand se llevó a cabo el "Inicio Electrónico Digital" del circuito relacionado con la Remisión de Causas sobre Protección contra la Violencia Familiar, desde el Fuero Penal al fuero de Paz o a la Receptoría de Expedientes para su posterior asignación al Juzgado de Familia correspondiente. La funcionalidad -denominada "Inicio Electrónico Digital"- a cargo de los Jueces de Garantías y ahora también de los integrantes de Fiscalía y Ayudantías Fiscales, tiene como objetivo automatizar los mencionados circuitos, agilizando el proceso de autorización para la compulsa de Procesos Penales entre los organismos del Ministerio Público y la Suprema Corte de Justicia, a partir de la interoperabilidad de sus sistemas.

15. Ver en https://www.mpba.gov.ar/files/content/guia%20de%20buenas%20pr%C3%A1cticas_2023.pdf y <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Res-217-2023.pdf>

Por otro, en relación a los hechos de femicidios, el **“Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres”** elaborado por la UFEM¹⁶ y aprobado por el Sr. Procurador, Dr. Julio Conte Grand, mediante Resolución PG N.º 476/18, contiene pautas de trabajo para el abordaje diferencial del escenario del hecho, y para el desarrollo de la investigación y litigio de los casos de muertes violentas de mujeres, incorporando la perspectiva de género en todas las etapas del proceso judicial. Este instrumento explicita, en los supuestos típicos que abarca, cuáles son las obligaciones estatales por parte de los operadores judiciales y los mecanismos que se deben observar para realizar un abordaje integral de la problemática, en pos de responder a las disposiciones legales nacionales y a los compromisos internacionales que la República Argentina ha asumido en esta materia, especialmente en casos de femicidio¹⁷.

También entre otras líneas de trabajo aplicables a todo el territorio bonaerense, en relación a las agresiones causadas por un integrante del grupo familiar contra mujeres y niñas, la **“Guía de Actuación en casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres”** prevé un catálogo de medidas claras, realizables y específicas que se implementan en el ámbito de este Ministerio Público Fiscal, bajo el estándar de debida diligencia reforzada, impuesto por los compromisos internacionales.

Y actualmente se está trabajando desde la Subsecretaría de Políticas de Género y Violencia familiar, en la elaboración de un instrumento que compile **lineamientos uniformes para la identificación temprana de los casos de peligro de reiteración y aumento de la violencia, así como las medidas de actuación urgentes frente a estos casos de Alto Riesgo de violencia contra mujeres y niñas** en el ámbito doméstico.

3. CAPACITACIÓN EN LA MATERIA

Junto a la implementación de órganos y procesos de trabajo especializados para el abordaje de las violencias en el ámbito intrafamiliar y por razones de género, se despliega en el Ministerio Público bonaerense una consistente política de capacitación en la materia, de modo de posibilitar el desarrollo permanente de conocimientos,

16. <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf>

17. https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Res._476-18_-_Protocolo_Muertes_Violentas_de_Mujeres.PDF

habilidades y destrezas técnicas en sus integrantes, para el cumplimiento de los objetivos estratégicos institucionales.

Desde su creación, la Subsecretaría de Políticas de Género y Violencia Familiar en conjunto con el Centro de Capacitación de la Procuración General, llevan adelante el “Programa Integral sobre género y violencia contra las mujeres” que incluye la planificación y coordinación de diferentes actividades que son ofrecidas desde el campus, jerarquizando sus contenidos y evitando la dispersión de las mismas.

Ambas áreas construyen de forma articulada el diagnóstico, definen los propósitos, temas específicos, alcance, modalidad y quiénes serán los disertantes y/o docentes a cargo para cada actividad de formación. Asimismo, construyen instrumentos de relevamiento y evaluación de los resultados para delinear acciones futuras.

En dicho marco, se dictan anualmente con modalidad virtual obligatoria para todos los integrantes del MPBA, los cursos sobre violencia contra las mujeres y perspectiva de género en el marco de las obligaciones asumidas por este Ministerio Público a partir de la sanción de la Ley 15.134 (Ley Micaela)¹⁸.

La capacitación continua, a través de actividades de sensibilización, profundización y aplicación de conocimientos¹⁹, complementan y consolidan las directrices de

18. En el marco de la denominada Ley Micaela, en el Ministerio Público Bonaerense se ha abordado en el año 2019 el curso “Introducción a la perspectiva de género y la violencia contra la mujer”; en 2020 “Masculinidades, Varones que ejercen violencia de género e Interseccionalidad: género y niñez”; en 2021 “Género y Trabajo. Violencia de género en el ámbito laboral”; en 2022 “Atención primaria a las víctimas de violencia de género”; en 2023 “Entornos digitales y violencia por razones de género” y en el corriente año 2025 “Violencia de género económica y patrimonial”.

19. En los últimos años, algunas capacitaciones muy importantes brindadas en la materia han sido en el año 2022: “Defensa Pública con Perspectiva de género” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/11/11/defensa-penal-publica-con-perspectiva-de-genero/>); “Jornada Género y Justicia” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/11/25/jornada-sobre-genero-y-justicia/>); “Formulario único de denuncias – Violencia familiar y/o género” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/05/22/formulario-unico-de-denuncias-violencia-familiar-y-o-genero/>); “Jornada tratamiento de la escena del crimen con perspectiva de género” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/09/28/jornada-tratamiento-de-la-escena-del-crimen-con-perspectiva-de-genero/>); “Atención primaria a las víctimas de violencia de género” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/11/04/atencion-primaria-a-las-victimas-de-violencia-de-genero-2022/>); “Violencia de género en el ámbito laboral” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/11/04/violencia-de-genero-en-el-ambito-laboral-2021/>); “Interseccionalidad: género y niñez, varones que ejercen violencia y masculinidades” (<https://cec.mpba.gov.ar/2022/11/04/interseccionalidad-genero-y-ninez-2020/>); en el año 2023 “Jornada sobre perspectiva de género, niñez y adolescencia” (<https://cec.mpba.gov.ar/2023/03/08/jornada-sobre-perspectiva-de-genero-ninez-y-adolescencia/>); “El delito de desobediencia en casos de violencia por razones de género. Aspectos teóricos, prácticos y jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires” (<https://cec.mpba.gov.ar/2023/06/21/el-delito-de-desobediencia-en-casos-de-violencia-de-genero/>); “Ejecución Penal y perspectiva de Género. Aspectos teóricos, prácticos y jurisprudencia” (<https://cec.mpba.gov.ar/2023/11/29/ejecucion-penal-y-perspectiva-de-genero/>); en el año 2024 “Jornada Perspectiva de género en personas mayores” (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/02/29/jornada-perspectiva-de-genero-en-personas-mayores/>); “Actualización de recursos para víctimas de femicidios, travesticidios y transfemicidios” (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/06/14/actualizacion-de-recursos-para-victi->

actuación especializada en el abordaje integral de los fenómenos criminales vinculados a la presente temática. Es decir, genera un mayor nivel de concreción de la normativa hacia la práctica laboral de quienes integran el Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires.

4. INFORME ANUAL DE FEMICIDIOS Y PROCESOS PENALES DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO

Como se ha desarrollado, desde el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, se vienen desplegando múltiples y específicas estrategias de intervención para el abordaje de las violencias en el ámbito intrafamiliar y por razones de género, con el objetivo de elevar la capacidad de respuesta funcional de sus tres ramas de gestión, y así coadyuvar también a su prevención.

El enfoque incluye órganos especializados, procesos de trabajo diferenciales y una consistente política de capacitación que contempla la complejidad y múltiples aristas de este tipo de criminalidad.

Estas políticas se cimientan -como se ha expuesto- en el permanente análisis, tanto a nivel departamental como desde la Procuración General, de las características y variables de este complejo fenómeno, así como también de la información estadística pormenorizada que brinda el Registro Penal de Violencia Familiar y de Género, tanto para la formulación de los diseños de gestión como para la supervisión y ajuste de las estrategias implementadas.

mas-de-femicidios-travesticidios-y-transfemicidios/); "FEMICIDIOS: Herramientas para la Investigación" (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/06/24/femicidios-herramientas-para-la-investigacion/>); "Jornadas: Juicio por jurados con perspectiva de género" (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/10/16/jornadas-juicio-por-jurados-con-perspectiva-de-genero/>); "Entornos digitales y violencia por razones de género" (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/11/07/entornos-digitales-y-violencia-por-razones-de-genero/>); "Implicancias de una escucha eficaz" (<https://cec.mpba.gov.ar/2024/11/22/implicancias-de-una-escucha-eficaz/>); y finalmente en el año 2025 en curso: "Justicia y Género: Reflexiones y desafíos en el Día de la Mujer" (<https://cec.mpba.gov.ar/2025/03/07/justicia-y-genero-reflexiones-y-desafios-en-el-dia-de-la-mujer/>); "Género y delitos en el marco de espectáculos deportivos" (<https://cec.mpba.gov.ar/2025/04/21/genero-y-delitos-en-el-marco-de-espectaculos-deportivos/>); "Aspectos operativos de la implementación del Banco de Datos Genéticos en delitos contra la integridad sexual, femicidios y abusos sexuales" en Depto. Judicial Avellaneda Lanús (<https://cec.mpba.gov.ar/2025/05/05/banco-genetico-delitos/>); "Banco de datos genéticos y delitos cometidos en contexto de violencia de género" en Depto. Judicial Azul (<https://cec.mpba.gov.ar/2025/06/30/banco-de-datos-geneticos-y-delitos-cometidos-en-contexto-de-violencia-de-genero/>); "La prescripción de la acción penal en casos de abuso sexual infantil" (<https://cec.mpba.gov.ar/2025/07/04/la-prescripcion-de-la-accion-penal-en-casos-de-abuso-sexual-infantil/>).

El REVIFAG elabora desde hace diez años el Informe de Femicidios y Procesos Penales de Violencia Familiar y de Género²⁰ que es publicado en el marco del Día Internacional de los Derechos de la Mujer, e ilustra acerca de las causas iniciadas por delitos ocurridos en un contexto de violencia familiar y/o de género en todo el territorio y por departamento judicial así como todas las investigaciones iniciadas por hechos considerados como femicidios, siguiendo la metodología del Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres).

Cabe destacar que sus informes han sido declarados de interés por las Honorables Cámaras de Diputados y de Senadores de la Provincia de Buenos Aires (D-553/17-18 y F-586/18-19).

El Registro Penal de delitos vinculados o atravesados por la Violencia Familiar y de Género responde a las necesidades impuestas por la normativa nacional y provincial y se incorporó en el Sistema Informático del Ministerio Público (SIMP) como un módulo que posibilita individualizar las causas vinculadas a delitos en el ámbito familiar y de género, lo que brinda al operador una herramienta ágil de trabajo para gestionar, facilitar la labor administrativa, su seguimiento y registración en forma digital.

Asimismo le permite constatar antecedentes de la situación de violencia abordada, y acceder a datos útiles respecto de víctimas y agresores, que coadyuvan a procurar la priorización de casos, su acumulación, gestión, así como la búsqueda de soluciones efectivas a la conflictiva que se aborda.

La altísima calidad técnica de los Informes aludidos elaborados por el REVIFAG, directamente relacionada con el exhaustivo trabajo de revisión y cotejo de casos que realizan sus integrantes y que se ha ido consolidando con el correr de los años desde su creación, los han convertido en insumos fundamentales para el trazado de líneas de actuación y evaluación tanto en cada Departamento Judicial, así como en la Procuración General. Lo mismo ocurre con otros organismos vinculados a la temática de otros poderes del Estado y de la sociedad, que lo reconocen y consultan como

20. Ver: <https://www.mpba.gov.ar/revifag>

un recurso de significativa relevancia a la hora de dimensionar el fenómeno y trazar cursos de acción.

5. CENTROS DE ASISTENCIA A LAS PERSONAS VÍCTIMAS

Es importante señalar que en materia de asistencia integral a personas víctimas de violencia en el ámbito intrafamiliar, de género y en situación de vulnerabilidad en general, se crearon en 1998 con la reforma del Código Procesal Penal, en la propia estructura del MPBA los Centros de Asistencia a la Víctima -CAVS- que son dispositivos especializados con asiento territorial en cada uno de los 20 departamentos judiciales, integrados por equipos interdisciplinarios que ejercen funciones de acompañamiento institucional integral y longitudinal durante todo el proceso penal; incluida la ejecución de pena, así como tareas de apoyo forense a la investigación.

Asimismo en 2021 se sancionó a nivel Provincial la ley 15232 que concentra y ordena la normativa específica en la materia -siguiendo los parámetros de la Ley Nacional 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos- e introdujo modificaciones sustanciales en el Código Procesal Penal, ubicando a las personas afectadas como sujetos procesales centrales, que deben ser escuchados ante la toma de diversas decisiones judiciales.

En esta misma inteligencia, en el año 2021 se creó en la Procuración General, al mismo tiempo que la Subsecretaría de Políticas de Género y Violencia Familiar que coordino, el Departamento de Asistencia a Víctimas, Denuncias y Resolución Alternativa de Conflictos -a cargo de la Dra. Sandra Furio- desde donde se han protocolizado y difundido procesos de trabajo que contribuyen a la implementación de la perspectiva victimológica, como por ejemplo, entre otros, la consolidación del documento Funciones Esenciales de los CAVS²¹, el cual sistematiza a partir de lo relevado, un marco de intervención de los dispositivos especializados de asistencia a personas víctimas.

El Departamento, como área central, trabaja y articula en forma permanente con la Subsecretaría de Políticas de Género y Violencia Familiar, en pos de generar una

21. Ver Resolución P.G. N° 1882/2024 que aprueba el documento titulado: "FUNCIONES ESENCIALES. CENTROS DE ASISTENCIA A LA VÍCTIMA (CAVs) MINISTERIO PÚBLICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES"
<https://cijur.mpba.gov.ar/resolucion/1882/2024?keyword=1882&ModoBusqueda=&tipoRegistro=1>

dinámica virtuosa entre las Fiscalías y los organismos específicos del Ministerio Público que brindan asistencia, orientación y contención a las personas afectadas, para un abordaje integral desde su acceso a la justicia, la eficiente investigación de los hechos y su debido acompañamiento psicosociojurídico.

En particular los Centros de Asistencia a la Víctimas dependen funcionalmente de la Fiscalía General de cada Departamento Judicial²², contando en algunos departamentos judiciales también con sedes centrales y descentralizadas. Los equipos interdisciplinarios de los CAVs, se encuentran integrados en general de profesionales del derecho, la psicología, el trabajo social; y en ciertas dependencias cuentan asimismo con profesionales de la medicina (ginecología y psiquiatría). Las funciones esenciales y diferenciales de los CAVS se componen de tareas de asistencia, acompañamiento, orientación, realización de informes técnicos, Cámaras Gesell, entre otras, respecto a remover obstáculos en pos del Acceso a la Justicia de las personas víctimas. Los CAVS, principalmente intervienen, por demanda espontánea –en tanto la persona en situación de violencia acude al C.A.V., después de realizar su denuncia-; o bien a requerimiento de las Fiscalías de Instrucción o Juicio intervinientes en los casos en que ponderan estratégica esta intervención, así como la realización de informes técnicos y victimológicos que contribuyan al abordaje integral del caso.

Entre las diversas funciones del CAV se encuentra:

1) La entrevista profesional a las personas víctimas a requerimiento de los Fiscales o por demanda espontánea, y realización de informes técnicos como evaluaciones de riesgo, informes victimológicos, informes sociales; y en algunos Departamentos Judiciales los/as profesionales también realizan entrevistas en Cámara Gesell a NNyA y pericias (en este punto coexisten con los cuerpos periciales de Corte y de Policía Científica). Asimismo, en muchos casos se realizan las evaluaciones posteriores a la retractación de la persona víctima y en oportunidades contribuyen desde cada disciplina, junto con el órgano Fiscal, a la selección de jurados.

2) El asesoramiento interdisciplinario, contención, orientación, acompañamiento y derivación según el caso a distintas agencias estatales, operando especialmente en la coordinación y nexo entre las personas víctimas y las distintas agencias involucra-

22. Vid art. 28, 49 y 71 de la Ley de Ministerio Público

das en la temática -p.e. con áreas como salud, educación y acceso a la justicia locales como las Secretarías de Género de los Municipios; Ministerio de las Mujeres y Diversidad y Secretarías de Acción Social para acceder a programas de ayuda social, articulación con refugios, con Servicios locales; Consultorio Jurídico Gratuito que en la PBA se encuentra en el ámbito del COLPROBA integrando el Registro Provincial de Abogados de la Víctima siendo autoridad de aplicación el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de PBA ; entre otros-.

Si bien muchas de estas articulaciones también se realizan desde las Fiscalías, son los equipos interdisciplinarios de los CAVS, en tanto dispositivos especializados, los que en general elaboran e identifican en cada jurisdicción los recursos y servicios disponibles para la comunidad.

Asimismo, en el marco de su intervención respecto de una persona víctima, también en ocasiones articulan con otras dependencias judiciales, como puede ser dependencias el Ministerio Público Tutelar (Asesorías y Curadurías), Defensoría Civil para que se las asista en materia civil o de familia -juicios de alimentos, régimen de visitas, divorcios, guardas, tenencia, adopciones, daños y perjuicios, desalojo, entre otras-, y los Juzgados de Familia o Paz, entre otros.

6. LABOR EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO EN ASESORÍAS DE INCAPACES Y DEFENSORÍAS PÚBLICAS

En la provincia de Buenos Aires, la actuación de los **Asesores de Incapaces** está destinada a la protección de los niños, niñas y adolescentes y las personas con padecimiento mental, desplegando su función tanto en el plano judicial como en el extrajudicial, bajo pena de nulidad de los actos cumplidos sin su intervención²³. Esta

23. El artículo 38 de la Ley N.º 14.442 señala que corresponde al Asesor de Incapaces:

1. Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido.
02. Tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente, y con aquéllos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite.
3. Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo.
4. Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa.
5. Intervenir ante los órganos competentes en materia civil del niño, niña y adolescente.
6. Tomar contacto con la comunidad a través de las instituciones vinculadas con la protección y asistencia de los incapaces a fin de coordinar acciones conducentes a tales fines.
7. Controlar a la situación de los incapaces o internados alojados por cualquier causa en lugares de detención o

rama esencial del Ministerio Público, brinda asistencia pública diferencial de derechos para las víctimas menores de edad, personas incapaces o con capacidad restringida.

Sucintamente, cabe destacar respecto de su intervención, en materia normativa en el plano internacional la Convención sobre los Derechos del Niño que goza de jerarquía constitucional –y asimismo en particular la Observación General n.º 14 del Comité de los derechos del niño– que consagra y define como pauta interpretativa el principio de interés superior del niño en el marco de los procesos; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, también de rango constitucional, que determina que los Estados Partes tomarán las medidas que sean pertinentes para protegerlas tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género; y la Convención de Belem do Para, que impone considerar en toda su dimensión la perspectiva de género y la perspectiva de niñez, es decir, la perspectiva de interseccionalidad que tiene en cuenta la triple condición de vulnerabilidad en los casos en que las afecten: ser víctima, ser niña y ser mujer.

En el plano legal, respecto de la intervención del Ministerio Público Tutelar, resultan fundamentales las normas procesales del Código Civil y Comercial; arts. 25, 26, así como el art. 103 que establece la actuación principal de los Asesores en caso de inacción de los representantes, negligencia o cuando no tienen representante legal; y la actuación complementaria siempre, en todo proceso (penal, civil, de familia) en que se encuentren involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes o de personas con capacidad restringida, bajo sanción de nulidad. Asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; los arts. 202 y 205 del Código Procesal Penal en materia de nulidades por falta de intervención del Ministerio Público; y el 38 de la ley 14442 citado, que establece la función de los Asesores.

Cabe remarcar en este marco también, la Resolución PG 99/19²⁴ que establece que en todo proceso donde se investigue la presunta comisión de delitos contra

establecimientos sanitarios, velando por el respeto de los derechos y garantías formulando las denuncias y requerimientos pertinentes; y promover su externación cuando corresponda.

Quienes dificulten, obstruyan o impidan el ejercicio de estas atribuciones, incurrirán en falta, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por ello.

24. Resolución del Procurador General en materia de intervención del Asesor de Incapaces y Curador Oficial en delitos contra la integridad sexual con víctima menor de edad y capacidad restringida o incapacidad <https://www.mpba.gov.ar/files/documents/99-19.pdf>

la integridad sexual que tuvieran como víctima a una persona menor de edad, con capacidad restringida o incapacidad, el agente fiscal deberá dar intervención inmediata al Asesor de Incapaces y al Curador Oficial zonal, en caso de que la persona se encuentre bajo su apoyo o curatela.

El plexo normativo citado y demás normas concordantes y complementarias, fundan la intervención especializada, necesaria y obligatoria que el Ministerio Público Tutelar tiene en los procesos penales en los casos de referencia en la Provincia de Buenos Aires, donde los Asesores/as altamente capacitados, despliegan su labor especializada y con perspectiva de vulnerabilidades durante todo el trámite de los procesos, dado el centro de atención prevalente y prioritario que constituyen las personas a las que asisten para el Ministerio Público.

Asimismo, en materia de **Defensa Pública**, las Defensorías Civiles tienen en la Provincia de Buenos Aires una intervención fundamental en casos de violencia familiar y por razones de género, brindando asesoramiento y patrocinio gratuito de calidad en materia civil o de familia, a aquellas personas con recursos económicos limitados o en condiciones de vulnerabilidad (por ejemplo en materia de protección contra la violencia familiar, en procesos de alimentos, regímenes de comunicación, divorcios, determinación de la capacidad jurídica, abrigo, guardas, tenencia, adopciones, daños y perjuicios, desalojo, entre otros).

Además, las defensorías oficiales civiles realizan una profusa y diversa actividad extrajudicial, en intervenciones que van desde el simple asesoramiento, tratativas con organismos públicos para lograr la composición de los intereses de los particulares, así como la celebración de audiencias y facilitación de acuerdos extrajudiciales²⁵.

Por otro lado, en materia penal, se trabaja fuertemente desde la Defensa Oficial para construir herramientas de trabajo que integren plenamente la perspectiva de vulnerabilidades en general, y el enfoque de género y para el abordaje de la violencia familiar, en la asistencia jurídica especializada. Ello, de modo de posibilitar la identificación de tales supuestos en el marco de las defensas técnicas que se ejercen, y que, en aquellos, se active el deber de debida diligencia reforzado para introducir y esclarecer este tipo de escenarios y su impacto en el hecho penal respecto de la

25. Ver a modo de ejemplo, el Informe Control de Gestión de la Defensa Oficial Civil de la Provincia de Buenos Aires del año 2024 <https://www.mpba.gov.ar/files/informes/Informe%20Provincial%20DC%202024.pdf>

persona imputada a que se representa.

7. CONCLUSIÓN

Como se ha repasado a lo largo del presente trabajo, la intervención especializada y diligente en los casos de violencia familiar y por razones de género, constituye una temática central en la gestión estratégica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Tanto a nivel del diseño y planificación, como en la dimensión operativa de su ejecución, el enfoque de Derechos Humanos y la tutela de la dignidad de la persona se impone como objetivo medular en todas las líneas de trabajo emprendidas.

Para ello, en sus tres ramas de gestión (Ministerio Público Fiscal, de la Defensa y Tutelar) se implementan de forma permanente procedimientos específicos que tienen en cuenta las particularidades y complejidades de estas violencias en cada caso, de modo de procurar su adecuado abordaje, desde la protección integral de las personas víctimas hasta la eficiente investigación de los hechos que las involucran y aplicación de la normativa específica.

Estas estrategias involucran la creación de órganos y dispositivos especializados, referentes específicos, procesos de trabajo diferenciales (locales y transversales) y todo ello, enmarcado en una consistente política de capacitación para el desarrollo continuo de conocimientos, habilidades y competencias de los integrantes del MPBA; y acompañado por un seguimiento y evaluación de las líneas de acción implementadas mediante el intercambio permanente y continuo con los operadores y operadoras que las ejecutan, así como el relevamiento y análisis de la información estadística de este complejo fenómeno.

Todo ello se relaciona de manera directa con el propósito de elevar la capacidad de respuesta del Ministerio Público frente a las personas que han sufrido estas violencias para contribuir con su prevención y erradicación; colocándolas como sujetos de derecho centrales en los procesos en que intervienen, para así lograr una justicia humanizada, eficaz, y receptiva de sus necesidades y pretensiones.





TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 7 - Derecho Comparado

La institución del Ministerio Público en Colombia

Libardo Rodríguez Rodríguez

La institución del Ministerio Público en Colombia^{1 2}

por Libardo Rodríguez Rodríguez

INTRODUCCIÓN

La institución del Ministerio Público no corresponde a un concepto único y genéricamente aplicable en los diversos países -como sí podría afirmarse, en términos generales, de los conceptos de administración pública, parlamento y poder judicial-, pues es un concepto que varía de acuerdo con la realidad constitucional de cada país, lo cual ha llevado a la doctrina a sostener que “no puede entenderse el Ministerio Público más allá de un estudio sistemático de la legislación que le concierne”³.

Puede afirmarse que, en términos generales, el Ministerio Público es un órgano del Estado que se encarga de la defensa del interés público, la mayoría de las veces dentro de los procesos judiciales⁴. Sin embargo, esa función de defensa del interés público se materializa de manera distinta en cada ordenamiento jurídico, contexto en el cual podemos encontrar básicamente tres conceptos diferentes de Ministerio Público:

1. Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo -IIDA, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Académico Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid.

2. Artículo presentado para el “Tratado sobre el Ministerio Público”, publicado por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (Argentina).

3. TOMÁS BASTARRECHE BENGUA, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2010, p. 21.

4. Al respecto, véase a LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, “El Ministerio Fiscal en Europa”, en *Temas de derecho actual y su práctica*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, y a ENRIQUE VÉSCovi, “El Ministerio Público en el proceso civil”, en *Anuario Jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

En primer lugar, la institución estatal que tiene atribuida la función de promover el ejercicio de la facultad sancionatoria penal del Estado, y, en general, de la defensa del interés público o de la ley en los procesos judiciales.

En segundo lugar, la figura institucional que permite la promoción y defensa de la legalidad y del interés público ante la administración de justicia en toda clase de causas, pero a la vez promueve el acceso a la administración de justicia y la defensa y protección de los derechos humanos ante la justicia.

Finalmente, en un concepto menos común, pero más amplio, la institución estatal que tiene a su cargo la promoción del interés general y de los derechos ciudadanos en asuntos jurisdiccionales y administrativos y, a la vez, participa en el ejercicio del control de la acción de la administración pública, como es el caso del Ministerio Público en Colombia.

En el caso colombiano, la doctrina ha señalado que “el Ministerio Público es una función pública, pero al tiempo una organización”⁵ y, a la vez, ha definido la institución del Ministerio Público como “el conjunto de funcionarios que tiene por misión la defensa de los intereses de la Nación y de la sociedad, promoviendo la ejecución de las leyes y demás normas jurídicas y de las sentencias judiciales”⁶. Así mismo, hemos señalado que el Ministerio Público es “el órgano autónomo de control encargado de adelantar las investigaciones disciplinarias relacionadas con la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, ejercer la vigilancia superior y el control de gestión de la actividad de esas mismas personas, intervenir en algunos procesos judiciales y emitir conceptos ante los altos tribunales, con el fin de velar por la correcta aplicación de la Constitución y la ley, y por los intereses generales de la sociedad”⁷.

5. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR. *Las funciones del Estado y la estructura del Estado para cumplirlas*, Bogotá, Fundación Justicia y Desarrollo Sostenible, 2006, p. 265.

6. JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho constitucional colombiano*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1997, p. 629.

7. LIBARDO RODRÍGUEZ R., *Estructura del poder público en Colombia*, 16ª ed., Bogotá, Temis, 2022, p. 329.

1. BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN⁸

Como antecedentes generales de la institución, la doctrina ha señalado que el ministerio público surgió en Colombia a mediados del siglo ^{xvi}, como órgano dependiente directamente de la Real Audiencia de Santa Fe, con las funciones de velar por los intereses públicos y los derechos de los habitantes.

Posteriormente, en 1819, ya en la era republicana, SIMÓN BOLÍVAR creó el cargo de Procurador General de la Nación, con la función de velar por la observancia de las leyes en la rama judicial.

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, la doctrina coincide en que la institución del Ministerio Público en Colombia fue desconocida en las primeras constituciones de la vida republicana y solo fue creada formalmente por primera vez en la Constitución de 1830, con una influencia tanto de la institución francesa de *les gens du roi* como de la figura norteamericana del *general solicitor*.

Así, en el artículo 100 del texto constitucional de 1830 la institución fue creada como “un agente del Ministerio Público, con el título de Procurador General de la Nación, para defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes y promover ante cualesquiera autoridades, así como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuando concierna al orden público”. Como puede advertirse del citado texto constitucional, desde la concepción inicial del Ministerio Público en Colombia este se previó como una autoridad pública con competencias que van más allá de la actuación ante el poder judicial y que le permiten ejercer de diversas maneras y en distintos escenarios la defensa del interés general.

Sin embargo, esa existencia inicial del Ministerio Público fue efímera, pues ni la Constitución de 1832 ni la de 1843 reconocieron su existencia. Fue hasta la Constitución de 1853 que se reconoció de nuevo la figura en el sentido de que el Procurador General de la Nación sería un funcionario de periodo elegido por voto directo de los ciudadanos, quien llevaría “la voz de la república” ante la Corte Suprema de Justicia,

8. En relación con los aspectos históricos de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público en general, véase a OSCAR ALARCÓN NÚÑEZ, *Pasado, presente y futuro de la Procuraduría General de la Nación*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020, pp. 21 y ss; a MANUEL QUINCHE RAMÍREZ, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015, pp. 693-695, y a JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho constitucional colombiano*, cit., pp. 629-630.

los tribunales y los juzgados, “en todos los casos en que sea parte conforme a la ley”.

Posteriormente, la Constitución de 1958 mantuvo la figura del Ministerio Público y del Procurador General de la Nación como funcionario de elección popular, sin precisarle funciones específicas, difiriendo a la ley la determinación específica de las competencias de los funcionarios que formaran parte de dicha institución.

Por su parte, la Constitución de 1863 también se refirió al Ministerio Público en el sentido de que “será ejercido por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado Procurador General de la Nación, y por los demás funcionarios que determine la ley”, sin precisar las funciones específicas del Ministerio Público, dejando en manos de la ley su determinación. Dicho marco constitucional supuso un importante cambio en el sentido de que la institución del Ministerio Público se convertía en parte de las funciones del poder legislativo y, con ello, el Procurador General de la Nación en un funcionario dependiente de esa rama del poder público.

El último de los antecedentes constitucionales relevantes se encuentra en la Constitución Política de 1886, que tuvo una vigencia superior a un siglo, en la cual se mantuvieron las figuras del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la Nación. El texto final contenido en dicha Constitución fue el resultado de varios proyectos constitucionales, específicamente el de Sergio Arboleda y los contruidos a partir del pensamiento de Florentino González, pero especialmente de las intervenciones de Miguel Antonio Caro en el marco de la asamblea constituyente, en cuyo seno se discutió el proyecto de nueva constitución.

Fue así como el artículo 134 de dicha Constitución de 1886 previó que “el Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los tribunales superiores del distrito y por los demás funcionarios que designe la ley”. En cuanto a las funciones del Ministerio Público, el artículo 143 previó que correspondía a sus funcionarios “defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”.

Como puede verse, el Ministerio Público en la Constitución de 1886, de una parte, pasó de ser una institución dependiente del poder legislativo a ser dependiente de la rama ejecutiva del poder público y, de otra, por primera vez se le señalaron

funciones más precisas que incluían la defensa del interés público, la vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico, la vigilancia de la conducta oficial de los funcionarios y la persecución de delitos y contravenciones.

Finalmente, para comprender los antecedentes históricos de la institución del Ministerio Público en Colombia, debe hacerse referencia a la figura del personero municipal. En efecto, como consecuencia de la herencia de la tradición española⁹, durante el siglo XIX diversas leyes (por ejemplo, la Ley 11 de 1825, la Ley 11 de 1830 y la Ley 3ª de 1848) reconocieron la existencia de una figura al interior de la administración municipal llamada “personero municipal”, a quien se le encargó la defensa de los derechos de los ciudadanos y la representación de los intereses municipales.

En el marco de la Constitución Política de 1886, la ley incluyó a las personerías municipales funcionalmente como parte del Ministerio Público, aunque las mantuvo orgánicamente en la estructura de la administración municipal. Esta organización se mantuvo a partir de ese momento, y aún hoy se conserva con ocasión de la Constitución Política de 1991. En particular, la reforma constitucional de 1910 asignó a los concejos municipales la función de nombrar a los personeros y la Ley 4ª de 1913 previó la existencia de la personería municipal, su pertenencia al Ministerio Público y una serie de funciones asociadas con la vida administrativa y judicial municipal, normas que luego fueron ratificadas en leyes municipales posteriores e, incluso, en el Código de Régimen Municipal de 1986 (Decreto-Ley 1333 de 1986).

2. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL ACTUAL

El principio de la separación de los poderes públicos fue concebido por MONTESQUIEU sobre la idea de una separación tripartita, es decir, la existencia de los tres poderes tradicionales: legislativo, ejecutivo y judicial. Esa concepción ha conservado su vigencia durante largo tiempo, como una característica básica del citado principio, a pesar de ensayos esporádicos sobre el reconocimiento de otros poderes, como fue la propuesta de BOLÍVAR sobre el reconocimiento de un *poder moral* como cuarto poder.

9. Sobre la influencia del derecho español en materia de los personeros municipales, véase a LIBARDO RODRÍGUEZ R., *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*, Bogotá, Temis, 1977, pp. 6 y ss.

Esa concepción clásica tripartita se manifiesta todavía hoy en la Constitución Política colombiana de 1991, cuando el artículo 113 expresa de manera contundente que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”.

Sin embargo, esta característica del principio de la separación de poderes no ha resistido a la presión de la evolución del Estado contemporáneo, en el sentido de que ha venido apareciendo la tendencia a reconocer la existencia de órganos autónomos de los poderes tradicionales.

En ese orden de ideas, el citado artículo 113 de la Constitución Política, que precisamente hace parte del capítulo 1 del título v de la Carta, que tratan *de la estructura del Estado y de la organización del Estado*, respectivamente, a pesar de reconocer como principio la separación del poder en las tres ramas tradicionales, como ya quedó expresado, a renglón seguido manifiesta que “además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”. A su vez, en desarrollo de esta manifestación, el artículo 117 expresa que “el ministerio público y la Contraloría General de la República son órganos de control”, y el artículo 120 se refiere a *la organización electoral*, la cual tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas.

Lo anterior quiere decir que, como expresión de la evolución del principio de separación de poderes en Colombia, en la Constitución Política de 1991 se abandonó la concepción tripartita de la separación de poderes, al consagrarse la existencia de ciertos organismos públicos a los cuales se reconoce una particular autonomía e independencia frente a los tres poderes tradicionales. Entre ellos se encuentra el Ministerio Público.

Específicamente en relación con el Ministerio Público, en primer lugar, el artículo 118 de la Constitución Política señala que es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Estas expresiones constitucionales, como lo veremos más adelante, dan lugar a la existencia de tres niveles de organización al interior del Ministerio Público: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las personerías municipales y distritales.

Como lo anotamos en la breve reseña histórica contenida en el punto anterior, la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales y distritales son los organismos que tradicionalmente han conformado la institución del Ministerio Público en Colombia y fueron ratificados en la Constitución Política de 1991. Sin embargo, respecto de la Procuraduría, la Constitución Política de 1991 la separó de la rama ejecutiva del poder público y la organizó como un organismo autónomo e independiente, que dejó de actuar “bajo la suprema dirección del gobierno”.

En la concepción original de la Constitución Política de 1991, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo fueron concebidos como organismos del orden nacional que no forman parte de las ramas del poder público y, por lo tanto, con una importante autonomía, pero ubicó al segundo de ellos bajo la dirección del primero. En efecto, el artículo 275 de la Constitución Política señala que el procurador general de la nación es el supremo director del Ministerio Público, mientras que el artículo 281 constitucional, en su versión original, preveía que el defensor del pueblo formaba parte del Ministerio Público y ejercía sus funciones bajo la suprema dirección del procurador general de la nación.

Sin embargo, con posterioridad, el acto legislativo 2 de 2015, mediante el cual se adoptó una reforma constitucional de “equilibrio de poderes y reajuste institucional”, conservó la institución del Ministerio Público por fuera de las ramas del poder público, pero estableció que el defensor del pueblo dejaba de ejercer sus funciones bajo la dirección del procurador general de la nación para ejercerlas de manera autónoma, lo cual se traduce en que, en el orden nacional, existen dos organismos separados que forman parte del Ministerio Público y que ejercen sus funciones con autonomía entre sí y respecto de los demás órganos del Estado, logrando con ello, de una parte, una mayor garantía para el ejercicio de las funciones de vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico sin intromisión de otros organismos públicos y, de otra, una mejor defensa y promoción de los derechos humanos.

Por último, como parte de la institución del Ministerio Público, los artículos 118 y 313-8 de la Constitución Política reconocen la existencia de las personerías municipales y distritales, como órganos que conforman esta institución en el orden local. En relación con la figura de los personeros, se advierte que, según su diseño constitucional, si bien los personeros municipales y distritales tienen el carácter de agentes del Ministerio Público, como ya se reseñó, no dependen jerárquicamente de la Procuraduría General de la Nación ni de la Defensoría del Pueblo, pues debido a la

tradición que se ha conservado del derecho español en este aspecto, el personero es un funcionario municipal, elegido por el concejo del respectivo municipio.

3. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como se expresó en el punto anterior, conforme al artículo 118 de la Constitución Política, el Ministerio Público es ejercido por el procurador general de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

Así, según la jurisprudencia constitucional, “el Ministerio Público tiene un carácter institucional en la Constitución que corresponde al órgano autónomo e independiente de control encargado de realizar específicas funciones estatales; pero es de anotar, que el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea”¹⁰.

De acuerdo con lo anterior y con la forma como ha estado organizado tradicionalmente el Ministerio Público en Colombia, podemos distinguir claramente tres órdenes o niveles en el ejercicio de las funciones de esta institución:

En primer lugar, la *Procuraduría General de la Nación*, que tiene a su cargo el ejercicio de la función en los órdenes nacional, regional, distrital y provincial, con la precisión de que las regiones, distritos y provincias corresponden a unas circunscripciones territoriales específicas de la Procuraduría General de la Nación, que no necesariamente corresponden a las entidades territoriales previstas en la Constitución bajo la misma denominación, en desarrollo de las facultades de organización interna consagradas en el artículo 279 de la Constitución y el Decreto-Ley 262 de 2000.

En segundo lugar, la *Defensoría del Pueblo*, órgano nuevo creado por la Constitución Política de 1991, que también ejerce sus funciones en los niveles nacional y territorial.

¹⁰. Corte Constitucional, sentencia C-223 de 1995. Esta sentencia y las demás citadas de la Corte Constitucional de Colombia pueden ser consultadas en su página web: www.corteconstitucional.gov.co

En tercer lugar, *las personerías municipales y distritales*, que sí corresponden a las entidades territoriales denominadas municipio o distrito, que ejercen la función de ministerio público en el orden local y dependen orgánicamente del mismo municipio o distrito.

En concordancia con lo expresado, es necesario estudiar individualmente la organización de cada uno de los tres niveles mencionados:

A. La Procuraduría General de la Nación

El órgano que tradicionalmente ha ejercido el Ministerio Público en Colombia es la Procuraduría General de la Nación que, de acuerdo con la Constitución Política, es el órgano más importante en la organización de la institución objeto del presente estudio, pues aparece claramente como una especie de cabeza del Ministerio Público.

El supremo director de este organismo, así como en general del Ministerio Público, es el procurador general de la nación, quien es elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Const. Pol., arts. 275 y 276).

Ahora bien, como resulta de los artículos 118 y 277 de la Constitución Política, el procurador general de la nación ejecuta sus funciones con el apoyo de procuradores delegados y otras clases de agentes, lo cual implica la existencia de una organización compleja al interior de la Procuraduría General de la Nación.

En ese sentido, el artículo 279 de la Constitución establece que la ley determinará la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, lo cual se encuentra actualmente desarrollado en los Decretos-Leyes 262 de 2000 y 1511 de 2018.

En términos generales, de acuerdo con esas dos normas, la Procuraduría General de la Nación está organizada en dos niveles: un nivel central que actúa con competencias a nivel nacional, y un nivel territorial que ejerce sus funciones en regiones, distritos y provincias que, como ya se dijo, no necesariamente coinciden con la organización territorial del Estado.

En el llamado nivel central, se encuentra el despacho del procurador general de la nación, del cual dependen diversas procuradurías auxiliares y oficinas con compe-

tencias específicas, así como una dirección nacional de investigaciones especiales; el despacho del viceprocurador general, al que se adscriben varias divisiones; una sala disciplinaria; las procuradurías delegadas y judiciales, el Instituto de Estudios del Ministerio Público, con una organización interna propia; la secretaría general, que cuenta con varias divisiones específicas, y la veeduría, encargada del control disciplinario interno.

De otra parte, en relación con los funcionarios que se desempeñan en la Procuraduría General de la Nación, se trata de servidores públicos vinculados bajo la figura de empleados públicos, lo cual implica que tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado. Esos funcionarios, como regla general, están sometidos a un régimen de carrera administrativa especial, esto es, que la regla general es que se trata de empleados escogidos bajo el principio de mérito. Junto a ellos, existen algunos funcionarios directivos y de confianza que se encuentran excluidos del régimen de carrera especial y que son de libre nombramiento y remoción, esto es, que su vinculación y desvinculación es discrecional por parte del procurador general de la nación.

Adicionalmente, sobre el régimen de los agentes del Ministerio Público, el artículo 280 de la Constitución Política precisa que tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.

En conclusión, se trata de una organización interna particularmente compleja que cuenta con un importante número de funcionarios y que refleja la importancia que tiene la Procuraduría General de la Nación no solo en el marco de la institución del Ministerio Público, sino en general dentro de la organización del Estado colombiano.

B. La Defensoría del Pueblo

El segundo nivel del Ministerio Público corresponde a la Defensoría del Pueblo, que es un organismo creado por la Constitución Política de 1991 con inspiración en la institución del *ombudsman* sueco, que inicialmente se concibió como una especie de segundo nivel especializado en la promoción de los derechos humanos y que ejercía sus funciones bajo la suprema dirección del procurador general de la nación (art. 281).

Sin embargo, con posterioridad, el artículo 24 del acto legislativo 2 de 2015, que modificó el artículo 281 de la Constitución Política y que forma parte de una reforma constitucional de “equilibrio de poderes y reajuste institucional”, señaló que el defensor del pueblo ejerce “sus funciones de manera autónoma”, lo cual se traduce en una especie de independencia de la Defensoría del Pueblo respecto de la Procuraduría General de la Nación y de cualquier otra entidad del Estado, autonomía que es precisada por el artículo 283 constitucional, modificado por el artículo 25 del mismo acto legislativo 2 de 2015, en el sentido de que se trata de una autonomía administrativa y presupuestal. Así, entonces, como lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa, la Defensoría del Pueblo es un órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público¹¹.

El citado artículo 281 de la Constitución señala que el defensor del pueblo, quien encabeza el organismo, es elegido por la Cámara de Representantes, para un período institucional de cuatro años, de terna presentada por el presidente de la república.

De manera semejante a lo que ocurre con la Procuraduría General de la Nación, el artículo 283 de la Constitución Política, modificado por el artículo 25 del acto legislativo 2 de 2015, prevé que corresponde a la ley determinar la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, lo cual se encuentra desarrollado actualmente en el Decreto-Ley 25 de 2014.

De acuerdo con esa norma, la Defensoría del Pueblo se organiza en cinco grandes unidades: el despacho del defensor del pueblo, al cual pertenecen varias oficinas que apoyan su gestión; el despacho del vicedefensor del pueblo, al cual se adscriben las diversas defensorías delegadas y algunas direcciones nacionales; las defensorías regionales, que actúan con un criterio de desconcentración territorial; la secretaría general, de donde dependen algunas subdirecciones de asuntos puramente administrativos, y los órganos de asesoría y coordinación, que corresponden a diversos consejos y comités.

En cuanto a su personal, de igual forma que en la Procuraduría General de la Nación, se trata de servidores públicos vinculados bajo la figura de empleados públicos, de

11. Al respecto, véase Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de septiembre de 2013, expediente 41001-23-31-000-2012-00048-01, y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 16 de septiembre de 2021, expediente 20001-23-33-000-2021-00001-01. Esta sentencia y las demás citadas del Consejo de Estado de Colombia pueden ser consultadas en su página web: www.consejodeestado.gov.co

suerte que tienen una relación legal y reglamentaria con el Estado. Dichos servidores son también, como regla general, de carrera administrativa que, aunque sometida a un régimen especial, implica una vinculación sobre la base del mérito, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de funcionarios directivos y de confianza vinculados discrecionalmente bajo el régimen de libre nombramiento y remoción.

C. Las personerías municipales y distritales

Finalmente, a nivel local, aparece el tercer nivel del Ministerio Público, que corresponde a las personerías municipales y distritales. Las personerías son una unidad de la entidad territorial municipio o distrito respectivo, sin personalidad jurídica, dirigidas por el personero quien, según el numeral 8 del artículo 313 de la Constitución, es elegido por el concejo municipal o distrital, para el período que fije la ley y es el agente del Ministerio Público en el respectivo municipio.

Según las jurisprudencias constitucional y administrativa, las personerías municipales y distritales ejercen materialmente funciones de Ministerio Público, pero orgánicamente pertenecen a la administración municipal o distrital¹². Específicamente expresó el Consejo de Estado: “Queda claro entonces que los personeros municipales, si bien ejercen funciones propias del Ministerio Público, no están adscritos orgánicamente al mismo. Los personeros, son servidores públicos del nivel local, y por tanto, enmarcados dentro de la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, de manera que sus titulares, delegados y funcionarios hacen parte de la estructura orgánica de la administración municipal, por consiguiente, sujetos al régimen de dichas entidades”¹³.

De acuerdo con el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 4° de la Ley 2422 de 2024, los concejos municipales o distritales, según el caso, elegirán al personero municipal o distrital para un período institucional de cuatro años.

En cuanto a la organización interna de las personerías municipales o distritales, se advierte que ella varía en cada municipio o distrito, dependiendo de su categoría,

¹². Véase Corte Constitucional, sentencias C-223 de 1995 y C-431 de 1998, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de septiembre de 2017, radicación 2.321.

¹³. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 23 de marzo de 2017, expediente 25000-23-42-000-2012-01170-01(1370-14).

la cual, a su vez, depende del número de habitantes y del presupuesto. Al efecto, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 2422 de 2024, cada concejo municipal o distrital debe determinar, con base en un estudio técnico, la estructura administrativa con la que funcionará el organismo local, así como las funciones de cada dependencia.

En relación con el personal de estos organismos, el mismo artículo 2º de la Ley 2422 de 2024 señala que las personerías deben contar con una planta de personal que debe estar conformada, al menos, por el personero y un secretario. Sin embargo, el concejo debe determinar, con base en el estudio técnico mencionado, la planta de personal y los grados de asignación básica, respetando los topes de gasto previstos legalmente.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para comprender las funciones del Ministerio Público en Colombia debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 118 de la Constitución Política señala que al Ministerio Público le corresponde, como atribuciones generales, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Sin perjuicio de ello, debe recordarse que el Ministerio Público en Colombia no es una sola entidad, sino un conjunto de organismos que actúan de manera coordinada para el cumplimiento de sus fines: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las personerías municipales y distritales, cada uno de los cuales tiene sus propias funciones específicas, incluso de rango constitucional para los dos primeros órganos mencionados, que deben tenerse en cuenta para la clasificación de las funciones de la institución y de las cuales resultan algunas funciones adicionales a las tres atribuciones generales indicadas.

Así, entonces, las funciones del Ministerio Público que se desprenden del texto constitucional vigente no se circunscriben a las tres atribuciones generales previstas en el artículo 118 citado, sino que se complementan con otras funciones adicionales que luego se precisan en los artículos 277, 278 y 282 de la Constitución Política.

Con base en las anteriores premisas, las funciones del Ministerio Público se pueden clasificar en cinco grandes grupos, de acuerdo con las diversas competencias que la Constitución le otorga a la institución y a los diversos órganos que la conforman:

de guarda y promoción de los derechos humanos; de protección del interés público; de vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; de vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico, y de intervención en procedimientos judiciales y administrativos. Lo anterior, sin perjuicio de las funciones simplemente administrativas internas de cada órgano.

1. *La guarda y promoción de los derechos humanos.* Esta función es transversal a todos los órganos que conforman el Ministerio Público en Colombia, lo cual revela que se trata de una de las funciones más importantes a cargo de esta institución.

Así, al Ministerio Público le corresponde la misión de proteger y promover los derechos humanos, con el fin de garantizar que las personas puedan ejercerlos plenamente y sin discriminación. Para el efecto, los órganos que conforman la institución brindan asesoría, representación y acompañamiento a personas o colectivos cuyos derechos han sido vulnerados o están en riesgo de serlo; identifica situaciones de riesgo y emite alertas tempranas para prevenir violaciones de derechos humanos, especialmente en contextos de conflicto o violencia generalizada, y realiza campañas y acciones educativas para fomentar el respeto y la promoción de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el artículo 277-2 de la Constitución Política, corresponde al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, función que debe ejercer en conjunto con el Defensor del Pueblo.

Por su parte, el artículo 282 de la Constitución Política prevé que el Defensor del Pueblo tiene a su cargo, de manera general, velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. Según la misma norma, el ejercicio de esa función general se concreta en los deberes más específicos de orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior, en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado, y divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.

Finalmente, en relación con las personerías municipales y distritales, el artículo 169 de la Ley 136 de 1994 señala que es función de ellas la guarda y promoción de los derechos humanos, lo cual también se concreta en otra serie de funciones específicas

asociadas a la garantía de la protección de derechos fundamentales señaladas en diversas normas de carácter legal.

2. *La protección del interés público.* De manera general, el Ministerio Público está llamado a defender el interés general por medio de su intervención en toda clase de asuntos que puedan afectar a la comunidad o al Estado.

Al respecto, los numerales 3 y 4 del artículo 277 de la Constitución Política disponen que es función del Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, defender los intereses de la sociedad y defender los intereses colectivos, en especial, el ambiente. De igual manera, en relación con las personerías municipales y distritales, el artículo 169 de la ley 136 de 1994 señala que es función de ellas la protección del interés público.

En ese sentido, el Ministerio Público tiene a su cargo tareas relacionadas con la defensa del patrimonio público, la protección del medio ambiente y la garantía general de los derechos colectivos. Para ello, puede promover acciones judiciales, actuar en procesos judiciales o procedimientos administrativos y, en general, hacer uso de todos los medios y procedimientos que el ordenamiento jurídico prevé a efectos de defender el interés general.

3. *La vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.* En principio, y de forma ordinaria, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno de cada uno de los organismos y entidades del Estado ejercer la vigilancia de la conducta oficial de los funcionarios. Sin embargo, la Constitución Política prevé que la Procuraduría General de la Nación tiene un poder preferente sobre el ejercicio del poder disciplinario, en el sentido de que siempre puede asumir la investigación y sanción de la conducta de un servidor público, incluso cuando la oficina interna o la personería hubieran iniciado el procedimiento correspondiente.

En efecto, el artículo 277-6 de la Constitución Política señala que corresponde al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, ejercer la *vigilancia superior* de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, incluso los de elección popular; ejercer *preferentemente* el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

A su vez, las personerías municipales y distritales también tienen a su cargo la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, en el marco de su circunscripción territorial, como lo señala el artículo 169 de la Ley 136 de 1994. De manera similar a la Procuraduría General de la Nación, las personerías gozan de poder preferente respecto de las investigaciones y sanciones disciplinarias que podrían imponer las oficinas de control interno disciplinario de los órganos locales.

En relación con esta función puede advertirse, como muestra de la importancia que ha adquirido en la evolución del derecho público colombiano la Procuraduría General de la Nación, como institución superior del Ministerio Público, su competencia para ejercer la vigilancia superior y el control preferente del poder disciplinario respecto de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas en todos los niveles del Estado, incluidos los más altos funcionarios, como los ministros de la administración pública nacional, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y hasta los miembros del Congreso Nacional, con las únicas excepciones del presidente de la República, los magistrados de las altas cortes, el fiscal general de la Nación y los funcionarios y empleados judiciales, respecto de quienes el poder disciplinario es competencia del Congreso de la República y de la Comisión de Disciplina Judicial, de conformidad con los artículos 174, 178-3 y 257A de la Constitución Política.

Frente a lo anterior, específicamente respecto de los funcionarios y servidores de elección popular, como los miembros del Congreso de la República, los diputados departamentales, los concejales municipales, los ediles, los gobernadores y alcaldes, debe hacerse notar que en los últimos años se ha planteado una importante controversia sobre la viabilidad de que la Procuraduría General de la Nación pueda adoptar decisiones que impliquen la destitución, suspensión o inhabilitación de servidores públicos de elección popular. En efecto, a pesar de que las normas constitucionales y legales avalan la viabilidad de que la Procuraduría ejerza esas funciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Petro Urrego vs Colombia*, consideró que ello era contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, fundamentalmente bajo la consideración de que el artículo 23.2 de la Convención no permite que un órgano administrativo pueda aplicar una sanción que implique una restricción a una persona para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido, en tanto que ello solo es posible por sentencia judicial emitida por juez penal competente y, en consecuencia, ordenó al Estado

colombiano adaptar su ordenamiento interno a la Carta Interamericana y a la decisión de la Corte¹⁴.

No obstante, como muestra adicional de la importancia institucional e histórica de la Procuraduría General de la Nación en el sistema interno colombiano, la orden de la Corte Interamericana se cumplió mediante una ley, que fue objeto de control constitucional por parte de la Corte Constitucional de Colombia, pero cuyo resultado, a pesar de la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas de normas de la ley, fue la conservación de la competencia de la Procuraduría para adoptar las decisiones de destitución, suspensión o inhabilidad de los servidores o funcionarios de elección popular, aunque con un control judicial automático por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo,.

En efecto, la adaptación del ordenamiento interno consistió en que mientras en el sistema anterior el procedimiento implicaba que la sanción adoptada por la Procuraduría, como acto de naturaleza administrativa, era de ejecución inmediata una vez adquiriera firmeza administrativa, aunque sometido a eventual control por el juez administrativo, que dependía del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del sancionado, el nuevo procedimiento consiste en que la decisión de la Procuraduría no adquiere firmeza hasta tanto se lleve a cabo el control judicial del acto por medio de un recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado.

Con lo anterior, la Corte Constitucional consideró que se da cumplimiento a la Carta Interamericana de Derechos Humanos y a la decisión de la Corte Interamericana, con fundamento principalmente en el análisis de la eventual vulneración del citado artículo 23.2. Al respecto, la Corte recordó que dicha normativa hace parte del bloque de constitucionalidad y que, en desarrollo del principio de armonización entre el orden nacional e interamericano en materia de protección de derechos, se entiende que la aplicación de aquel, como lo hizo el Congreso de la República, implica la garantía de que las sanciones disciplinarias de destitución, suspensión e inhabilidad contra servidores de elección popular, solo pueden imponerse con intervención de un juez, según la atribución de competencias que se determine en ley, de conformidad con el artículo 277-6 de la Constitución. Igualmente, destacó que dicha reserva

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 8 julio de 2020, caso *Petro Urrego vs Colombia*.

judicial se fundamenta en que la intervención de un juez, no necesariamente penal, es una garantía para asegurar que las decisiones administrativas no tengan como finalidad generar una interferencia indebida en el mandato popular y en los derechos políticos del sancionado¹⁵.

4. *Función de vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico.* Además de la vigilancia de la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, al Ministerio Público le corresponde de manera general velar porque se dé cumplimiento a la Constitución Política, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, así como velar por el ejercicio diligente y eficiente de la función administrativa, como expresamente lo disponen los numerales 1 y 5 el artículo 277 de la Constitución Política, como función a cargo del Procurador General de la Nación, que ejerce directamente o a través de sus delegados y agentes.

Esta función implica, de manera general, la supervisión global de la actuación de las autoridades públicas, de los particulares que ejercen función pública y aún de aquellos que administran recursos estatales, con la finalidad de que exista respeto del principio de legalidad.

Más específicamente, en virtud de esta función, el Ministerio Público vigila el ejercicio de la función pública en todos los niveles, supervisando que las actuaciones de los servidores públicos se desarrollen conforme al principio de legalidad; ejerce control sobre los procesos electorales para garantizar la transparencia y la legalidad en la elección de las autoridades y representantes, y hace un seguimiento a la gestión de los recursos públicos a efectos de asegurar la correcta administración de los bienes y recursos del Estado, previniendo y sancionando posibles actos de corrupción o desviaciones del interés general, como se desprende, entre otros, de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, del Código Electoral y del Decreto-Ley 262 de 2000.

5. *Función de intervención en procedimientos judiciales y administrativos.* A pesar de que esta función podría enmarcarse dentro de las más generales identificadas en los numerales 1, 2 y 4 anteriores, su reconocimiento expreso en los ordenamientos jurídicos de muchos países amerita dedicarle una atención específica. En virtud de

¹⁵. Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2023. Esta posición fue luego reiterada en las sentencias SU-381 de 2024 y SU-382 de 2024.

esta función, los órganos que componen el Ministerio Público tienen la posibilidad de intervenir en distintos escenarios judiciales y administrativos, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales, el orden jurídico, el patrimonio público y el interés general.

Es así como el Ministerio Público en Colombia interviene en procesos civiles, penales, laborales, de familia, administrativos y constitucionales, como se indica de manera expresa en diversos códigos y normas de procedimiento. También puede promover diversas clases de acciones constitucionales y contencioso-administrativas con miras a la defensa de los derechos humanos, el patrimonio público y el interés general. Asimismo, el Ministerio Público puede participar con las mismas finalidades en cualquier actuación administrativa.

Concretamente, el artículo 277-7 de la Constitución Política señala que corresponde al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Por su parte, en relación con la Defensoría del Pueblo, los numerales 3 y 5 del artículo 282 señalan que es de su competencia invocar el derecho de *habeas corpus*, interponer las acciones de tutela y ejercer acciones populares en asuntos de su competencia.

Finalmente, en relación con las personerías municipales y distritales, el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal prevé que los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en los procesos penales de competencia de los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y frente a los fiscales delegados ante esos juzgados, y el artículo 45-1 del Código General del Proceso señala que los personeros municipales pueden actuar como delegados del Ministerio Público, bajo la dirección de los procuradores delegados, ante jueces del circuito, municipales, de familia y promiscuos. Pero, además, la jurisprudencia ha entendido que, en su calidad de agentes funcionales del Ministerio Público, los personeros pueden intervenir en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos en los que se discutan asuntos de interés municipal o donde se encuentren en discusión o requieran ser protegidos derechos de los habitantes del correspon-

diente municipio o distrito¹⁶.

5. CONCLUSIONES

Como resultado de los análisis y comentarios realizados en las páginas anteriores, podemos expresar las siguientes conclusiones:

1. El Ministerio Público no es una institución que corresponda a un concepto unificado, pues varía de acuerdo con la realidad constitucional de cada país.
2. En el caso colombiano, si bien se ha definido el Ministerio Público desde una perspectiva general como el conjunto de funcionarios que tiene por misión la defensa de los intereses de la Nación y de la sociedad, promoviendo la ejecución de las leyes y demás normas jurídicas y de las sentencias judiciales, desde la perspectiva de su ubicación dentro de la estructura del Estado y de sus funciones concretas puede definirse como el órgano autónomo de control encargado de adelantar las investigaciones disciplinarias relacionadas con la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, ejercer la vigilancia superior y el control de gestión de la actividad de esas mismas personas, intervenir en algunos procesos judiciales y emitir conceptos ante los altos tribunales, con el fin de velar por la correcta aplicación de la Constitución y la ley, por los intereses generales de la sociedad y por la defensa de los derechos humanos.
3. Desde una perspectiva histórica, puede identificarse un antecedente proveniente de la colonia, reflejado en la existencia, desde mediados del siglo XVI, de un órgano dependiente directamente de la Real Audiencia de Santa Fe, con las funciones de velar por los intereses públicos y los derechos de los habitantes.
4. Ya en la era republicana, en 1819 Bolívar creó la Procuraduría General de la Nación con funciones básicas propias del Ministerio Público y algunas constituciones del siglo XIX consagraron la existencia de ese órgano, que a partir de 1886 fue adquiriendo una presencia cada vez más importante en la vida pública de Colombia, hasta que la Constitución de 1991 consagró los rasgos actuales del Ministerio Público.

16. Véase Corte Constitucional, sentencias C-223 de 1995 y C-431 de 1998.

5. Dentro de esa evolución histórica vale la pena destacar que el Ministerio Público en Colombia pasó de ser una institución dependiente del poder legislativo a ser dependiente de la rama ejecutiva del poder público y, finalmente, a ser reconocida, en la Constitución de 1991, como órgano autónomo e independiente de las tres ramas tradicionales del poder público.

6. Desde el punto de vista de su estructura organizacional, el Ministerio Público en Colombia está conformado por tres órdenes o niveles: la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las personerías municipales y distritales.

7. En relación con sus funciones, también se advierte que se han venido fortaleciendo a través del tiempo, desde la más general e inicial de velar por la observancia de las leyes en la rama judicial, hasta el reconocimiento constitucional actual de las cinco grandes funciones que hemos descrito y analizado en este trabajo, como son las de la guarda y promoción de los derechos humanos; la protección del interés público; la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; la vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico, y la intervención en procedimientos judiciales y administrativos.



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

Sección 7 - Derecho Comparado

La configuración del delito de minería ilegal y su investigación en el Perú

**Frank Robert Almanza Altamirano
Nicole Xiomara Torres Flores**

La configuración del delito de minería ilegal y su investigación en el Perú

por Frank Robert Almanza Altamirano¹ y Nicole Xiomara Torres Flores²

1. INTRODUCCIÓN

La minería ilegal en el Perú no es un conjunto de hechos aislados, sino cadenas de valor ilícitas con financistas, proveedores de insumos críticos (combustibles, explosivos, mercurio), operadores logísticos y acopiadores/exportadores, usualmente bajo protección armada y circuitos de corrupción. Su alta rentabilidad, impulsada por el precio del oro, y la debilidad del control territorial han favorecido su expansión hacia riberas, cabeceras de cuenca, áreas naturales protegidas y territorios comunales, con efectos ambientales (deforestación y contaminación por mercurio), sociales (violencia, trata y trabajo forzoso) y fiscales (pérdidas recaudatorias). Además, el oro extraído ilícitamente se integra con relativa facilidad al mercado formal y funciona como delito fuente de lavado de activos, lo que complejiza la respuesta penal.

En el plano normativo peruano, desde 2012 el D. L. N.º 1102 incorporó al Código Penal un subsistema específico (arts. 307-A a 307-F) estableciendo el tipo base, agravantes, financiamiento, obstaculización y actos preparatorios, mientras el D. L. N.º 1100 habilitó la interdicción administrativa. En paralelo, desde 2017 año en que se creó el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) se buscó reconducir a pequeños mineros a la legalidad. Sin embargo, la superposición de prórrogas y la exención de punibilidad para quienes estaban “en proceso” generaron coberturas de

1. Fiscal Superior Coordinador Nacional de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental. Abogado por la Universidad San Martín de Porres en Perú. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Medellín en Colombia y en Justicia en el siglo XXI por la Universidad de Jaén en España. Docente de Derecho Penal Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. Asistente de la Coordinación Nacional de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Perú.

facto. Además, recientemente, las reformas al régimen de crimen organizado elevaron umbrales y estrecharon el acceso a técnicas especiales, dificultando su uso en investigaciones, precisamente donde se requiere desarticular tempranamente redes financieras y logísticas.

En esa línea, en el contexto donde la minería ilegal opera como fenómeno criminal complejo, este artículo desarrolla cómo se investiga en el Perú este delito bajo el marco vigente. Primero, explorando el modelo de investigación del Ministerio Público peruano sobre la base de la planificación, la verificación reservada y constatación in situ, el uso de la interdicción y el aseguramiento o destrucción de equipos, así como protocolos de cadena de custodia y despliegue de pericias ambientales, mineras y contables. Segundo, se muestra la arquitectura probatoria en el cual se busca visibilizar la necesidad de contar con un binomio de evidencia tecnológica y de inteligencia con trazabilidad financiera para llegar a financistas y acopiadores. Tercero, se detallan los mecanismos de gobernanza y cooperación indispensables desde la coordinación de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental con entidades nacionales y cooperación internacional (UCJIE, redes FIU y canales aduaneros) para sostener casos complejos y escalar a los eslabones altos de la cadena. Con este recorrido, el trabajo identifica criterios, protocolos y herramientas prácticos para seguir el territorio y el dinero, y robustecer la eficacia de la persecución penal de la minería ilegal en el Perú.

2. LA MINERÍA ILEGAL COMO FENÓMENO CRIMINAL COMPLEJO

2.1. Fenómeno criminal multicausal

Es importante resaltar que, dentro del amplio catálogo de delitos ambientales, la minería ilegal en el Perú se ha consolidado como un fenómeno delictivo de alta complejidad, alimentado por una combinación de causas múltiples que la hacen especialmente difícil de combatir. En primer término, suele operar mediante estructuras de criminalidad organizada, puesto que no se trata solo de mineros informales aislados, sino de redes que incluyen financistas, proveedores de maquinaria e insumos (como combustibles, mercurio y explosivos), comerciantes que sacan el oro del país y hasta “protectores” armados.

Estas organizaciones delictivas han alcanzado tal poder económico que, según estimaciones oficiales, la minería ilegal se ha vuelto más lucrativa que el narcotráfico

en el Perú³. Se calcula que esta actividad genera en torno a \$12 mil millones de dólares anuales y que involucra a unas 300 mil personas en casi todas las regiones del país⁴. Su rentabilidad ha atraído la participación de otros delitos conexos, pues frecuentemente hay presencia de corrupción de autoridades locales y regionales que, mediante sobornos sistemáticos, garantizan la impunidad de los operadores ilegales.

Investigaciones señalan que, en las zonas con minería ilícita, los actores pagan sobornos a funcionarios de todos los niveles (gobiernos regionales, policías, fiscales, jueces, etc.) para permitir el libre tránsito del oro extraído ilícitamente⁵. Se ha documentado que hasta un 15% de las ganancias (estimadas en unos \$600 millones anuales) de la minería ilegal se destinaría a engrasar estas redes de corrupción que la protegen⁶.

En paralelo, la minería aurífera ilegal alimenta circuitos de lavado de activos, donde el oro extraído sin control es fácilmente integrado en el mercado formal simulando procedencia lícita, o bien sirve como *commodity* de cambio para blanquear dinero del narcotráfico. Asimismo, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) ha identificado a la minería ilegal como uno de los principales delitos fuente del lavado de activos en Perú, revelando que en 2023 aproximadamente 45% del oro exportado careció de registros de producción (indicador de origen ilícito)⁷. De hecho, en la última década se habrían exportado más de 2,600 toneladas de oro de origen desconocido⁸, lo que muestra la magnitud de este flujo criminal financiero.

3. AP News. «Perú Anuncia que realizó 422 operativos contra la Minería Ilegal desde inicios de 2025 | AP News», 11 de junio de 2025. <https://apnews.com/article/peru-mineria-ilegal-cobre-oro-delito-crimen-organizado-b82c37459dcf9b45b689e0eab06efdc8#:~:text=LIMA%20,inform%C3%B3%20el%20mi%C3%A9rcoles%20el%20gobierno.>

4. RCR Perú. «Autoridades locales y regionales no intervienen a la minería ilegal pese a saber dónde opera», 21 de junio de 2024. <https://www.rcrperu.com/autoridades-locales-y-regionales-no-intervienen-a-la-mineria-ilegal-pese-a-saber-donde-opera/#:~:text=gesti%C3%B3n%20p%C3%BAblica%2C%20Fernando%20Castillo%20Torres%2C,las%20regiones%20donde%20se%20desarrolla.>

5. El Paccto, La Prueba Ambiental en el Proceso Penal Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá y Perú, 2022, p.27, <https://elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/11/PTC044-Publicacion-Prueba-Ambiental-EL-PACCTO.pdf#:~:text=Panam%C3%A1%20goza%20de%20una%20Fiscal%C3%ADa,Como%20contrapartida>

6. Ibid.

7. Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), «Análisis De La Minería Ilegal como Delito Precedente del Lavado de Activos 2012-2022», 2022, pp. 8-9.

8. «Estimaciones Sobre la Dimensión de la Minería Ilegal En El Perú - 2025». Fundación Para La Conservación y Desarrollo Sostenible - FCDS Perú, 2025. Accedido el 23 de mayo de 2025. https://fcds.org.pe/wp-content/uploads/2025/05/Estimaciones-mineria-ilegal-2025_final.pdf#:~:text=Per%C3%ADodo%20de%20an%C3%Alisis%3A%202012,en%202022%20https%3A%2F%2Fwww.desco.org

A su vez, la minería ilegal viene acompañada de trata de personas y explotación laboral y sexual. Regiones auríferas como Madre de Dios han visto proliferar la prostitución forzada en campamentos mineros, donde organizaciones captan a mujeres, incluso menores de edad, con engaños para explotarlas en bares y prostíbulos que atienden a los mineros⁹. Operativos como la Operación Mercurio (2019) rescataron decenas de víctimas de trata (51 niñas y 69 mujeres) de establecimientos vinculados a la minería ilegal en dicha región¹⁰. También se presentan formas de trabajo forzoso o en condiciones infrahumanas, incluyendo a migrantes y pobladores locales endeudados con las mafias que controlan la explotación.

Por último, la propia naturaleza clandestina de estas explotaciones implica devastación ambiental, lo que más adelante se detalla, y convierte al delito en multicausal, ya que la ambición económica, debilidad institucional, pobreza y marginalidad social se entrelazan. En ese sentido, son tres factores los cuales han sido destacados para explicar el auge de la minería ilegal de oro: el sostenido alto precio internacional del oro que la hace muy rentable pese a sus riesgos; la falta de empleos formales en zonas rurales y urbanas pobres, que empuja a miles de personas hacia esta actividad como medio de ingreso; y la debilidad del Estado en el control territorial, con instituciones locales incapaces o poco dispuestas a fiscalizar¹¹.

Todos estos elementos combinados hacen de la minería ilegal un fenómeno delictivo complejo, donde convergen delincuencia organizada, corrupción sistémica, lavado de activos, trata de personas y depredación ambiental, retroalimentándose mutuamente.

2.2. Incidencia ambiental, social y fiscal

Los efectos de la minería ilegal trascienden lo penal, provocando graves impactos ambientales, sociales y fiscales. En el aspecto ambiental, la extracción aurífera aluvial clandestina ha arrasado vastas áreas de bosques y ríos, especialmente en la Ama-

9. Reuters News., Moloney, A., La explotación sexual prospera en el Amazonas peruano pese a medidas en contra de la minería ilegal., <https://www.reuters.com/article/world/americas/la-explotacin-sexual-prospera-en-el-amazonas-peruano-pese-a-medidas-en-contra-d-idUSKBN1ZK1F6/#:~:text=Durante%20los%20operativos%20las%20autoridades,el%20Ministerio%20de%20la%20Mujer>

10. Ibid.

11. Nueva Sociedad - Democracia y Política En América Latina. «La Minería Ilegal En Perú | Nueva Sociedad», 26 de mayo de 2016. <https://nuso.org/articulo/la-mineria-ilegal-en-peru-entre-la-informalidad-y-el-delito/#:~:text=y%20fiscalizaci%C3%B3n%20de%20los%20territorios>.

zonía. La actividad opera sin respetar estándares ni estudios de impacto, usando maquinaria pesada y mercurio para amalgamar el oro, lo que genera contaminación tóxica de cursos de agua y suelos. Un reporte reciente reveló que solo en Madre de Dios, corazón de la fiebre del oro ilegal, entre 2018 y 2025, la deforestación acumulada atribuida exclusivamente a esta actividad ha pasado de 90,368.51 a 102,231.17 hectáreas, debido a la minería aurífera ilegal¹². El paisaje en esas zonas ha quedado devastado, con cráteres estériles y cuerpos de agua envenenados por el mercurio¹³.

A nivel nacional, entre 2001 y 2020 la deforestación acumulada atribuida a esta actividad y otras economías ilegales sumó millones de hectáreas¹⁴. Las pérdidas de biodiversidad son incalculables, pues se destruyen hábitats de especies endémicas y reservas naturales. Además, la remoción de la cobertura boscosa contribuye al cambio climático y erosiona servicios ecosistémicos (protección de cuencas, captura de carbono). En el plano social, las consecuencias también son severas.

Las zonas dominadas por la minería ilegal suelen experimentar un aumento de la violencia y la inseguridad. Al no estar bajo el imperio de la ley, esos enclaves pueden convertirse en territorios sin orden: prolifera la delincuencia común, la prostitución y la trata como ya se mencionó, así como disputas violentas entre bandas rivales por el control de yacimientos. Un trágico ejemplo ocurrió en la provincia de Pataz (La Libertad) en el mes de mayo de este año, donde un ataque armado ligado a mafias de minería ilegal dejó 13 mineros asesinados¹⁵. En la zona amazónica de La Pampa (Madre de Dios), otro enfrentamiento entre organizaciones delincuenciales rivales causó tres muertos el mismo año¹⁶. Estas situaciones reflejan la ausencia de Estado

12. Cifras obtenidas de la estadística interna de la Coordinación Nacional de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental.

13. Reuters News., Moloney, A., La explotación sexual prospera en el Amazonas peruano pese a medidas en contra de la minería ilegal., <https://www.reuters.com/article/world/americas/la-explotacin-sexual-prospera-en-el-amazonas-peruano-pese-a-medidas-en-contrad-idUSKBN1ZK1F6/#:~:text=%27EFECTO%20GLOBO%27>

14. Medina, Aarón Ramos. «Crimen Organizado de la Minería Ilegal En Perú Genera Millonarias Pérdidas y Pone En Riesgo la Inversión Para el 2024». Infobae, 4 de diciembre de 2023. <https://www.infobae.com/peru/2023/12/04/crimen-organizado-de-la-mineria-ilegal-en-peru-genera-millonarias-perdidas-y-pone-en-riesgo-la-inversion-para-el-2024/#:~:text=Adem%C3%A1s%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20humana,anual%20de%20deforestaci%C3%B3n>.

15. AP News. «Perú Anuncia Que Realizó 422 Operativos Contra la Minería Ilegal Desde Inicios de 2025 | AP News», 11 de junio de 2025. <https://apnews.com/article/peru-mineria-ilegal-cobre-oro-delito-crimen-organizado-b82c-37459dcf9b45b689e0eab06efdc8#:~:text=El%20gobierno%20ha%20intensificado%20sus,el%20dominio%20de%20la%20zona>.

16. Aidesep, Comunicaciones. «Madre de Dios: Triple Asesinato En la Pampa Habría Sido Perpetrado Por Personas Vinculadas A la Minería Ilegal». AIDSESP, 7 de mayo de 2025. <https://aidesep.org.pe/noticias/madre-de-dios-triple-asesinato-en-la-pampa-habria-sido-perpetrado-por-personas-vinculadas-a-la-mineria-ilegal/>.

y el imperio de facto de organizaciones criminales, con costos humanos altos. Por otro lado, comunidades locales pueden verse afectadas en su cohesión social: la llegada de forasteros, el dinero fácil y la delincuencia tensionan el tejido comunitario, a veces generando conflictos internos entre quienes participan de la minería ilegal y quienes la rechazan.

En cuanto al impacto fiscal y económico, la minería ilegal ocasiona una enorme pérdida de ingresos para el Estado peruano. Al operar al margen de la ley no paga impuestos, regalías ni derechos por los recursos extraídos. Según estudios recientes, el Estado peruano pierde más de S/22,700 millones al año (equivalente al 2.5% del Producto Bruto Interno nacional - PBI) debido a la minería ilegal¹⁷. Es dinero que deja de financiar servicios públicos y que en cambio enriquece a las mafias. Además, la competencia desleal de este oro ilícito perjudica a la minería formal, ya que reduce precios, desvía inversiones y resta mercados a productores legales, afectando la recaudación y la imagen del sector. Organismos empresariales han advertido que la expansión de la minería ilegal “pone en riesgo la inversión” y la estabilidad económica en regiones mineras¹⁸.

Finalmente, en términos de costo social, el Estado eventualmente debe asumir la remediación ambiental de áreas degradadas (tareas de reforestación, descontaminación de ríos) y atender los problemas de salud pública asociados (altos niveles de mercurio en poblaciones locales, enfermedades laborales, etc.), lo que supone gastos considerables. En suma, el fenómeno conlleva externalidades negativas enormes, porque destruye ecosistemas valiosos, genera violencia y explotación humana, y priva al erario de recursos legítimos, comprometiendo el desarrollo sostenible de las comunidades afectadas.

2.3. Vacíos normativos y deficiencias operativas

La respuesta del Estado frente a la minería ilegal ha enfrentado vacíos legales y falencias operativas que dificultan su erradicación. En el plano normativo, si bien el

17. Medina, Aarón Ramos. «Crimen Organizado de la Minería Ilegal En Perú Genera Millonarias Pérdidas y Pone En Riesgo la Inversión Para el 2024». Infobae, 4 de diciembre de 2023. <https://www.infobae.com/peru/2023/12/04/crimen-organizado-de-la-mineria-ilegal-en-peru-genera-millonarias-perdidas-y-pone-en-riesgo-la-inversion-para-el-2024/#:~:text=Adem%C3%A1s%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20humana,anual%20de%20deforestaci%C3%B3n>.

18. Ibid.

Perú tipificó el delito de minería ilegal (por ejemplo, a través del Decreto Legislativo N° 1102 de 2012 y subsiguientes modificaciones del Código Penal), persisten lagunas y ambigüedades. Un aspecto complejo ha sido distinguir entre “minería informal” y “minería ilegal”. Durante años existió un gran número de mineros artesanales operando sin todos los permisos, pero dispuestos a formalizarse; el Estado implementó procesos de formalización gradual, lo que generó moratorias y excepciones que algunas mafias aprovecharon para encubrir actividades ilícitas bajo el rótulo de “informales” en vía de formalización. La falta de claridad legal en los plazos y requisitos de la formalización dejó espacio para que muchos siguieran explotando ilegalmente con bajo riesgo penal, escudándose en esos vacíos.

Por otro lado, las sanciones penales inicialmente fueron benignas o de difícil aplicación; en un inicio el delito de minería ilegal contemplaba penas relativamente bajas, y exigía probar la afectación ambiental significativa, lo que complicaba los procesos judiciales. Solo en años recientes se endurecieron penas y tipificaron agravantes (por ejemplo, si se usa maquinaria pesada en zona prohibida). Aun así, la impunidad sigue siendo alta, pues pocas son las sentencias firmes por minería ilegal en comparación con la escala del problema, lo cual resta eficacia disuasiva.

Las deficiencias operativas también son notorias, las autoridades encargadas de la fiscalización (Policía, Fiscalía Especializada en Materia Ambiental, Ministerios de Energía y Minas, de Ambiente, gobiernos regionales) adolecen de falta de recursos, personal especializado y coordinación. Los operativos policiales esporádicos destruyen equipos e insumos en campo (como dragas, motores) y detienen a operarios, pero muchas veces no logran capturar a los financistas o cabecillas de las redes, quienes rápidamente retoman la actividad en otro sitio (“efecto globo”, donde al desactivar un campamento este simplemente se desplaza a una zona distinta)¹⁹. Además, el control de insumos clave (combustible, mercurio, maquinaria) resulta insuficiente: pese a normas que regulan su venta, grandes volúmenes siguen desviándose hacia la minería ilegal por corrupción o falta de vigilancia. La extensión geográfica del problema también desborda la capacidad operativa: hay frentes de minería ilegal dispersos en selva, montaña y costa, lo que exige una presencia estatal sostenida en múltiples regiones. Iniciativas como declarar zonas de emergencia ambiental y

19. Reuters News., Moloney, A., «La explotación sexual prospera en el Amazonas peruano pese a medidas en contra de la minería ilegal», <https://www.reuters.com/article/world/americas/la-explotacion-sexual-prospera-en-el-amazonas-peruano-pese-a-medidas-en-contra-d-idUSKBN1ZK1F6/#:~:text=%27EFECTO%20GLOBO%27>

operativos militarizados (Madre de Dios) han tenido resultados temporales; sin un seguimiento continuo, muchas áreas revertieron a control ilegal tras la retirada de las fuerzas del orden.

Seguidamente, la falta de tecnología de monitoreo y de inteligencia financiera también dificulta dismantelar las redes; recién en años recientes se están utilizando imágenes satelitales para detectar áreas deforestadas o rastreando flujos de dinero vinculados a la venta de oro. Por último, el marco legal internacional brinda oportunidades que los delincuentes explotan, porque el oro ilegal peruano se exporta fácilmente a países vecinos o mercados globales donde se funde y pierde su rastro de ilegalidad, evidenciando la necesidad de mayor cooperación internacional y trazabilidad en el comercio de oro.

2.4. Incidencia territorial y conflictividad social

La minería ilegal se expande con distinta intensidad a lo largo del territorio nacional, generando focos de conflictividad social allí donde se asienta. Históricamente, cuatro grandes zonas han concentrado la minería aurífera informal/ilegal: Madre de Dios (selva sur oriental), Puno (zona andina sur, como La Rinconada), La Libertad (sierra norte, como Pataz) y el denominado “Sur Medio” que abarca provincias de Ica, Arequipa y Ayacucho (Nazca, Caravelí, Chala, etc.)²⁰. A estas se han sumado en la última década muchas otras, se reporta actividad minera ilegal en 21 de las 25 regiones del Perú²¹, incluyendo por ejemplo la región Loreto (selva norte, donde dragas ilegales extraen oro en ríos como el Nanay) y Cusco/Apurímac (Andes sur, donde la presencia de grandes proyectos mineros ha atraído también a mineros informales en sus periferias).

Esta amplia incidencia territorial significa que la problemática ya no es aislada, sino nacional. En muchas de estas zonas, la minería ilegal convive e incluso compite con la minería formal, provocando tensiones con comunidades y empresas. La Defensoría del Pueblo ha advertido que aproximadamente la mitad de los conflictos sociales

20. Nueva Sociedad | Democracia y Política En América Latina. «La Minería Ilegal En Perú | Nueva Sociedad», 26 de mayo de 2016. <https://nuso.org/articulo/la-mineria-ilegal-en-peru-entre-la-informalidad-y-el-delito/#:~:text=ya%20mencionadas%2C%20en%20los%20C3%BAltimos,los%20Andes%20y%20de%20Costa>.

21. En el mismo sentido, Hernández, Geraldine. «La Minería Ilegal es un Desafío que está En 21 de 25 Regiones de Nuestro País». RPP Noticias, 21 de mayo de 2024. <https://rpp.pe/economia/economia/la-mineria-ilegal-es-un-desafio-ya-que-esta-en-21-de-25-regiones-de-nuestro-pais-noticia-1556203>.

en el Perú tienen su origen en problemas socio-ambientales, y de estos la mayoría (59.6%) se relacionan con la actividad minera²². Si bien buena parte de dichos conflictos involucran a proyectos mineros formales (oposición de comunidades por temor a contaminación, exigencias de beneficios, etc.), la minería informal e ilegal agrega un ingrediente de tensión adicional en varias regiones²³.

Por ejemplo, en Madre de Dios, las poblaciones nativas y ribereñas se han enfrentado a colonos mineros que invaden sus territorios, generando conflictos por la tierra y los recursos. En Puno, miles de pobladores viven de la extracción aurífera informal en condiciones extremas, y han protagonizado protestas cuando el Estado intentó erradicar esa actividad sin ofrecer alternativas económicas, argumentando su derecho al trabajo. En el Sur Medio (Nazca, Chala), el crecimiento de plantas de procesamiento de oro ilegal ha generado fricciones con la minería formal y entre los mismos mineros por el acceso a las áreas de extracción.

Toda esta situación se agrava porque la ausencia de regulación eficaz deriva en que estos conflictos no tengan canales institucionales de resolución, al ser una actividad ilícita, las comunidades afectadas por la contaminación o acaparamiento de agua no encuentran fácilmente a quién reclamar (los perpetradores están fuera de la ley), y los mineros informales tampoco tienen mesas de diálogo claras, dado que formalmente no deberían estar allí. Esta falta de cauces deriva en enfrentamientos directos, bloqueos, violencia e inseguridad.

Adicionalmente, cuando el Estado lanza operativos represivos, puede surgir oposición social si la minería ilegal está brindando sustento económico a una parte considerable de la población local. En varias regiones, la minería ilegal ha tejido una suerte de economía local paralela, generando ingresos y empleo (aunque precario) para cientos de familias, lo que complica las intervenciones policiales porque pueden percibirse como amenazas al sustento. Esa ambigüedad entre victimarios y víctimas (pequeños mineros pobres explotados por grandes mafias) añade complejidad al conflicto social.

22. «Reporte De Conflictos Sociales». Defensoría Del Pueblo, mayo de 2025. Accedido 24 de junio de 2025. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2025/06/Reporte-de-conflictos-sociales-n.%C2%BA-255-%E2%80%93-mayo-2025.pdf>.

23. Nueva Sociedad | Democracia y Política En América Latina. «La Minería Ilegal En Perú | Nueva Sociedad», 26 de mayo de 2016. <https://nuso.org/articulo/la-mineria-ilegal-en-peru-entre-la-informalidad-y-el-delito/#:~:text=En%20un%20pa%C3%ADs%20donde%20el,de%20lado%20en%20los%20an%C3%A1lisis>.

Por ende, la incidencia territorial de la minería ilegal es amplia y heterogénea, y allí donde arraiga con fuerza, suele convertirse en foco de problemas sociales, como las disputas por territorio, contaminación ambiental, pérdidas económicas para terceros (agricultores, pescadores) y confrontaciones con la autoridad. Cualquier estrategia para enfrentarla debe considerar estas dimensiones sociales y territoriales, combinando la aplicación de la ley con alternativas de desarrollo sostenible para las poblaciones involucradas, a fin de desactivar la violencia y la dependencia económica ilícita.

2.5. La minería ilegal como delito fuente de lavado de activos.

Un aspecto crucial que refleja la complejidad de la minería ilegal es su rol como delito precedente en tramas de lavado de activos. Dado el enorme valor que alcanza el oro extraído ilícitamente, las organizaciones criminales emplean diversas modalidades de blanqueo para introducir esas ganancias en el circuito financiero formal, o inversamente, financian sus operaciones con dinero de origen ilícito de otros delitos. El oro es un *commodity* fácilmente convertible en dinero en el mercado internacional, y su trazabilidad es limitada una vez fundido y transformado.

En el Perú, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la SBS ha alertado que la minería ilegal se ha posicionado entre las principales amenazas al sistema antilavado²⁴. Las operaciones sospechosas vinculadas a este rubro han crecido en número y monto en la última década. Una práctica común es la exportación ficticia, como las empresas fachada o exportadores formales reportan compras de oro a proveedores (personas o cooperativas) que en realidad obtienen el metal de minas ilegales; al exportarlo, reciben dinero lícito del extranjero que en realidad corresponde a oro extraído ilegalmente, blanqueando así el capital. Los informes especializados señalan una brecha enorme entre la producción de oro declarada en el país y las cantidades exportadas.

Para 2024, se estimaba que hasta 45% del oro exportado no tenía origen legal documentado²⁵, evidencia de la magnitud del lavado. Otra modalidad es el circuito

24. «Análisis De La Minería Ilegal Como Delito Precedente Del Lavado De Activos». Superintendencia de Banca y Seguros, 2022. Accedido 25 de junio de 2025. <https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/estudios-estrategicos/analisis%20de%20riesgos/Informe%20N%2000022-2023-DAE-UIF-SBS.pdf#:~:text=,terrorismo%2C%20tal%20como%20se.>

25. «Estimaciones Sobre la Dimensión de la Minería Ilegal En El Perú - 2025». Fundación Para La Conservación

cambiario, el oro ilegal a veces se intercambia por insumos o incluso por drogas (oro por cocaína, según algunos reportes), sirviendo de moneda en economías ilícitas interconectadas²⁶. Igualmente, organizaciones de narcotráfico han diversificado sus inversiones hacia la minería ilegal como una forma de legitimar ganancias, pues financian la extracción de oro para luego venderlo como si fuera producto de mineras autorizadas, mezclando lo ilegal con oro de pequeña minería formal (*gold laundering*).

Los bancos y casas de compra de oro han reforzado sus controles antilavado, pero los lavadores recurren a testaferros, fragmentación de envíos y falsificación de documentos (guías de procedencia de mineral, DNI de mineros artesanales, etc.) para burlar las regulaciones. Un informe de la OEA (2021) corroboró que entre 2015 y 2019 salieron del Perú más de 1500 toneladas de oro de origen desconocido²⁷, lo que implicó miles de millones de dólares lavados en esos años. Frente a esto, la respuesta legal ha sido considerar a la minería ilegal como delito precedente en la Ley de Lavado de Activos, de modo que quienes comercializan oro ilegal puedan ser perseguidos también por lavado.

No obstante, armar estos casos complejos requiere capacidades investigativas especiales (trazado financiero y cooperación internacional para seguir la ruta del oro). Actualmente, la SBS y la Fiscalía reportan decenas de alertas e investigaciones en curso, el resultado es que se han detectado empresas exportadoras y comercializadoras nacionales vinculadas a redes ilegales, algunas con conexiones internacionales (ej. empresas en Dubái o Suiza que compran oro sudamericano sin preguntar su origen). Pese a ello, las sentencias condenatorias por lavado ligado a minería ilegal aún son pocas (la mayoría de procesos datan de años recientes)²⁸.

La persecución penal financiera es un componente indispensable para desarticular el negocio que debe dedicarse a atacar las ganancias ilícitas, incautar el oro, embar-

y Desarrollo Sostenible - FCDS Perú, 2025. Accedido 23 de mayo de 2025. https://fcds.org.pe/wp-content/uploads/2025/05/Estimaciones-mineria-ilegal-2025_final.pdf#:~:text=Per%C3%ADodo%20de%20an%C3%A1lisis%3A%202012,en%202022%20https%3A%2F%2Fwww.desco.org.

26. CooperAcción. «La Minería Ilegal y el Crimen Organizado Que Se Entrelaza - CooperAcción». CooperAcción -, 23 de junio de 2025. <https://cooperaccion.org.pe/opinion/la-mineria-ilegal-y-el-crimen-organizado-que-se-entrelaza/>.

27. «Estimaciones Sobre la Dimensión de la Minería Ilegal En El Perú - 2025». Op. Cit., p. 12.

28. «Análisis De La Minería Ilegal Como Delito Precedente Del Lavado De Activos». Ob. Cit., p. 41.

gar cuentas y propiedades de los cabecillas. Sin ello, las meras operaciones policiales en el terreno resultan insuficientes, pues las organizaciones reconvierten su capital en nuevas máquinas y vuelven a operar.

Así las cosas, se puede concluir que la minería ilegal de oro no solo constituye un delito ambiental per se, sino que funge como columna vertebral de esquemas mayores de lavado de dinero, conectándose con redes de corrupción y narcotráfico a escala transnacional. Combatirla eficazmente implica fortalecer los mecanismos antilavado, la cooperación entre entidades financieras y de justicia, y lograr condenas ejemplares que golpeen la rentabilidad del crimen. Solo desincentivando el aspecto económico podrá quebrarse este fenómeno criminal complejo que desafía al Estado de derecho en el Perú.

3. MARCO NORMATIVO VIGENTE DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL PERÚ

3.1 Evolución normativa del delito.

En las últimas décadas, la expansión de la minería informal e ilegal evidenció vacíos normativos y motivó la intervención del derecho penal. Antes de 2012 no existía en Perú un tipo penal específico para la extracción mineral al margen de la ley – los hechos se abordaban solo como infracciones administrativas o, en el mejor de los casos, mediante delitos ambientales genéricos – lo que resultaba insuficiente frente a los graves daños socio-ambientales ocasionados. Este proceso de criminalización se concretó con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1102 el 29 de febrero de 2012, norma que por primera vez tipificó expresamente la minería ilegal como delito autónomo en el Código Penal. Dicho decreto, emitido al amparo de facultades legislativas otorgadas al Ejecutivo, incorporó al Título XIII (Delitos Ambientales) del Código Penal los nuevos artículos 307-A a 307-F, destinados a sancionar diversas conductas relacionadas a la minería ilícita. De este modo, la lucha contra la minería ilegal pasó del ámbito meramente administrativo al penal, marcando un hito en la política criminal ambiental peruana.

La redacción original del artículo 307-A del Código Penal definió el delito de minería ilegal como la realización de actos de exploración, extracción, explotación u otros similares de recursos minerales (metálicos o no metálicos) sin autorización de la autoridad competente y que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al

ambiente o la salud ambiental, fijando una pena privativa de la libertad de 4 a 8 años, más 100 a 600 días-multa. Asimismo, se previó una modalidad atenuada por culpa (imprudencia o negligencia), sancionada con pena privativa de libertad de hasta 3 años o prestación de servicios comunitarios, reconociendo la posibilidad de comisión imprudente.

El Decreto Legislativo N.º 1102²⁹ también incorporó figuras complementarias para enfrentar la cadena del fenómeno como las formas agravadas (art. 307-B) elevan la pena hasta 8 a 10 años cuando la actividad ilegal se realiza en supuestos de mayor lesividad, por ejemplo, en zonas prohibidas, áreas naturales protegidas, empleando dragas, afectando fuentes de agua o involucrando a funcionarios o menores de edad; a su vez se creó el delito de financiamiento de la minería ilegal (art. 307-C), el delito de obstaculización de la fiscalización administrativa (art. 307-D) y los actos preparatorios de minería ilegal (art. 307-E, que castiga el tráfico ilícito de insumos, maquinarias y otros bienes destinados a la actividad minera ilegal), además de sanciones de inhabilitación para ejercer actividades mineras (art. 307-F)³⁰. En su exposición de motivos, el Ejecutivo justificó esta reforma señalando que, si bien el ordenamiento ya contemplaba delitos ambientales de alcance general, resultaba necesario tipificar una figura específica para enfrentar las particulares formas de criminalidad “pluriofensiva” de la minería ilegal; esto es, conductas que atentan simultáneamente contra el medio ambiente, la salud pública, el orden económico y otros bienes jurídicos.

De lo anotado, la creación del delito de minería ilegal respondió a la urgente necesidad de dotar al Estado de herramientas punitivas frente a una actividad ilícita de alto impacto, pero también buscó promover la formalización, muestra de ello es que el propio D. L. N.º 1102 incluyó una exención temporal de responsabilidad penal por 120 días para aquellos involucrados que cesaran voluntariamente sus operaciones y

29. Decreto Legislativo N.º 1102, Disposiciones Complementarias Finales, Primera. Se otorgó un plazo de 120 días desde la vigencia de la norma para que los autores de minería ilegal suspendieran sus actividades y se incorporaran a “programas sostenidos de formalización de minería u otras actividades económicas alternativas” promovidos por el Estado, con el beneficio de quedar exentos de sanción penal. Esta exención extraordinaria, de carácter transitorio, buscó fomentar la formalización inicial de quienes operaban al margen de la ley.

30. Código Penal del Perú, art. 307-A al 307-F, incorporados por D. L. N.º 1102-2012. El art. 307-A (delito base) sancionó la minería ilegal con pena privativa de 4-8 años y 100-600 días-multa, exigiendo la falta de autorización administrativa y la generación (real o potencial) de daño ambiental. El propio D. L. 1102 creó además los delitos de minería ilegal agravada (art. 307-B, con pena 8-10 años bajo supuestos especiales), financiamiento de minería ilegal (307-C), obstaculización de la fiscalización (307-D) y tráfico ilícito de insumos o maquinaria para minería ilegal (307-E), y estableció la inhabilitación para obtener concesiones mineras u otros derechos mineros (307-F) como sanción accesoria.

se inscribieran en programas de formalización minera, incentivando así su paso a la legalidad.

Desde la tipificación específica en 2012, el rumbo del delito de minería ilegal en Perú combina ajustes penales y rediseños administrativos que condicionaron su aplicación. En 2013, la Ley N.º 30077 “Ley del crimen organizado” habilitó técnicas especiales y un régimen procesal reforzado cuando la minería ilegal se comete mediante organización criminal. Luego, entre 2016 y 2017, el Estado reordenó la frontera con la informalidad, pues el D. L. N.º 1293³¹ creó el Proceso de Formalización Minera Integral y el REINFO, con el D. L. N.º 1336 fijó disposiciones para su ejecución y el Decreto Supremo (D.S.) N.º 018-2017-EM simplificó sus requisitos; y en paralelo, el D. L. N.º 1351 modificó el art. 307-A para exigir que el agente esté “fuera del proceso de formalización”, cambio que impactó la puerta de entrada del tipo penal durante el trámite de formalización.

En los años siguientes, sin tocar el núcleo típico, el Congreso amplió y reabrió la formalización mediante la Ley N.º 31007, del 17 de octubre de 2019, que reestructuró la inscripción en el REINFO y extendió el proceso hasta el 31 de diciembre de 2021, y la Ley N.º 31388, del 11 de agosto de 2021 que volvió a prorrogarlo hasta 2024, lo que incidió en la aplicabilidad práctica del 307-A para quienes permanecían “en trámite”. Posteriormente, el D. L. 1607 del 21 de diciembre de 2023, intentó corregir incentivos, pues impuso plazos perentorios como los 90 días para acreditar contrato en concesión ajena o levantar suspensiones y causales de exclusión del Registro Integral de Formalización Minera (REINFO), además de reforzar la articulación con interdicción e inmovilización; medidas que buscaban restituir condiciones para una persecución más eficaz del tipo base y sus agravantes.

En esa línea, en 2024 se aprobó un paquete de reformas sobre crimen organizado que no suprime “delitos ambientales” del catálogo por una vía literal, pero eleva las barreras de entrada al subsistema especializado y estrecha la noción de organización criminal. La Ley N.º 32108, del 09 de agosto de 2024 modificó el art. 317 CP y la Ley N.º 30077 “Ley contra el crimen organizado” con su definición y criterios, mientras que la Ley N.º 32138 del 19 de octubre de 2024 volvió a ajustar la definición,

31. En el presente Decreto Legislativo, del 29 de diciembre de 2016 se declaró de interés nacional la reestructuración del proceso de formalización y se creó el Proceso de Formalización minera integral y el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO).

ahora se exige un grupo con “compleja estructura” y “mayor capacidad operativa” y que el programa criminal abarque extorsión, secuestro, sicariato y otros delitos con pena mínima igual o mayor de cinco años. Además, la reforma ajusta reglas procesales (por ejemplo, la presencia obligatoria de defensa pública en allanamientos). En la práctica, ello excluye de facto al tipo base 307°-A (que tiene una pena mínima 4 años) del régimen de técnicas especiales, competencia y plazos ampliados.

3.2 Agravantes del delito de minería ilegal

El tipo base de minería ilegal (art. 307-A CP) se complementa con formas agravadas (art. 307-B) que elevan la pena cuando la conducta se despliega en contextos de máxima peligrosidad ambiental y social. El texto vigente fija una sanción de 8 a 10 años y 300 a 1000 días-multa si el hecho ocurre en zona no permitida, ANP o tierras de comunidades, con dragas/artefactos similares u otros instrumentos peligrosos, afecta riego o agua para consumo humano, interviene un funcionario/servidor en provecho del delito o se emplea a menores o inimputables. Como se muestra en la siguiente tabla, estas agravantes orientan la política criminal a concentrar las penas más altas donde el riesgo y la afectación son más graves.

Tabla 1 Formas agravadas del art. 307-B (CPP)

Supuesto	Núcleo de la agravación	Apoyo normativo conexo
Zona no permitida	Actividad en espacios legalmente vetados (p.ej., lechos de río, cabeceras)	Régimen de interdicción y definiciones sectoriales (D. L. 1100 y 1105)
ANP o tierras comunales	Doble eje: ambiental y sociocultural	Cartografía oficial de ANP/ tierras; actas y georreferenciación

Dragas/artefactos similares	Mayor potencial de daño (aluvial/fluvial)	Prohibiciones de dragas/interdicción administrativa (D. L. 1100)
Instrumentos u objetos peligrosos	Riesgo directo a vida, salud o patrimonio (explosivos, tóxicos)	Tipificación expresa en 307-B, actas de incautación y pericias
Afectación de riego/agua	Lesión a bienes vitales (salud pública, seguridad alimentaria)	Pericias de calidad de agua; mapas de redes de riego/ANA
Funcionario/servidor público	Uso del cargo para cometer/encubrir el delito	Aumenta la reprochabilidad por corrupción asociada
Menores o inimputables	Explotación de sujetos especialmente vulnerables	Coordinación con fiscalías especializadas competentes y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables (MIMP)

De lo expuesto, las agravantes del art. 307-B precisan supuestos que incrementan la pena (8–10 años y 300–1000 días-multa) cuando concurren factores verificables de mayor riesgo como la ubicación (zona no permitida, ANP y tierras comunales), medios empleados (dragas u objetos peligrosos), afectación de servicios (riego y agua) y cualidad del agente o de las víctimas (funcionario; menores e inimputables). Su configuración exige prueba específica de cada elemento (cartografía y georreferenciación, actas de intervención, pericias ambientales y de incautación), diferenciando nítidamente el tipo base de sus formas cualificadas.

3.3 Régimen de formalización minera en el Perú

El régimen especial de formalización minera fue concebido como una política pública para incorporar a miles de mineros artesanales e informales a la legalidad, brindándoles asistencia técnica y plazos para cumplir requisitos, en lugar de perse-

guirlos penalmente de inmediato. Su objetivo declarado es *ambiental y social*, ya que busca reducir la minería rudimentaria e incontrolada, minimizar su impacto y hacer que contribuyan a la economía formal. A lo largo de la última década, este régimen ha sufrido continuas ampliaciones y reajustes.

El primer gran proceso comenzó en 2002 con la Ley N.º 27651 “Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal”, de enero de 2002 y su reglamento (el D.S. N.º 013-2002-EM)³², luego el Decreto Supremo N.º 013-2011-EM, del 30 de marzo de 2011, en el cual se aprobó el Plan Nacional para la Formalización de la Minería Artesanal; en 2012 se publicó el D. L. N.º 1105, decreto legislativo que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, ofreciendo a los mineros artesanales y pequeños mineros en un principio, un plazo para inscribirse y presentar documentación. Debido a la escasa culminación, se extendió sucesivamente en 2014³³, 2016³⁴ y 2017³⁵. En 2017, mediante el D. Leg. 1293, se creó un “nuevo proceso de formalización minera integral” con un registro único (REINFO) abierto a quienes no lograron formalizarse antes. Paralelamente, el D. Leg. 1351 (2017) incluyó una controvertida Disposición Final que estableció que los mineros inscritos en REINFO *no serían pasibles de denuncia ni sanción penal por minería ilegal* mientras dure el proceso. Esta suerte de exención de responsabilidad penal temporal buscaba incentivar la inscripción masiva y evitar confrontaciones mientras los mineros avanzaban en trámites. El resultado, sin embargo, fue *contraproducente*, pues muchos se inscribieron solo para

32. Posteriormente se aprobaron la Ley 28315, de agosto de 2004, en el que se regula el derecho de preferencia a productores mineros artesanales para su formalización; luego, la Resolución Directoral N.º 103-2005-MEM-DGM, de abril de 2005 que constituía los Lineamientos para sorteo de fiscalizadores externos de producción minera.

33. Se aprueba la Estrategia de Saneamiento de la Pequeña Minería y de la Minería Artesanal mediante el D.S. N.º 029-2014-PCM, que (i) prevé un paquete de medidas para “consolidar la formalización” con horizonte 2016, (ii) encarga, por 120 días hábiles desde el 20/04/2014, la presentación y aprobación de propuestas normativas para viabilizar la estrategia, y (iii) crea el Registro de Saneamiento para depurar y fiscalizar a quienes estaban en el Registro Nacional de Declaración de Compromisos. Complementariamente, el D.S. N.º 012-2014-MINAM reguló el IGAC en línea con dicha estrategia.

34. En la fase previa al “nuevo” proceso, el D.S. N.º 003-2016-EM modificó el Reglamento de Procedimientos Mineros y actualizó el TUPA del MINEM, ajustes administrativos que anteceden a la reingeniería del esquema de formalización. El punto de quiebre llega con el D. L. N.º 1293, de diciembre de 2016, que declara de interés nacional la formalización de la pequeña minería y minería artesanal, crea el REINFO y fija la vigencia de 36 meses para el Proceso de Formalización Minera Integral (contados tras el periodo de inscripción), con participación de SUNAT en la inscripción.

35. El D. L. N.º 1336, del 16 de enero de 2017 establece disposiciones para el Proceso de Formalización Minera Integral; el D.S. N.º 018-2017-EM, del 1 de junio de 2017 operacionaliza el REINFO y lo consolida como padrón único del proceso (art. 3.3), además de simplificar requisitos e incentivos; y el D.S. N.º 038-2017-EM del 1 de noviembre de 2017 aprueba el marco reglamentario del IGAFO (aspecto correctivo y preventivo) exigible a los sujetos del REINFO. En paralelo, en sede penal, el D. L. N.º 1351 del 7 de enero de 2017 modifica el art. 307-A CP para exigir que el agente esté “fuera del proceso de formalización”, con impacto directo en la coordinación formalización-persecución penal.

obtener impunidad y continuaron operando ilegalmente al amparo de esa protección. En ese sentido, la prórroga indefinida del REINFO “perpetúa la informalidad” y protege a operadores que no cumplen, debilitando la capacidad del Estado de distinguir entre un informal en vía real de formalización y un ilegal encubierto. Las cifras a 2025 son elocuentes, porque de decenas de miles de inscritos, un porcentaje ínfimo logró formalizarse (por ejemplo, en Puno, 12 mil inscritos, pero solo 95 culminaron), mientras más del 70% figuran suspendidos por incumplimientos³⁶. Esto evidencia que la mayoría no avanzó, pero tampoco podía ser procesada penalmente, generando un limbo de impunidad de facto.

Ante esa realidad, el Ejecutivo intentó en 2023 introducir correcciones a través del D. L. N.º 1607, de diciembre de 2023, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Esta norma fijó plazos perentorios, por ejemplo, otorgó 90 días a los inscritos en REINFO que operaban en concesiones ajenas para presentar un contrato de explotación debidamente registrado; y 90 días a quienes tenían inscripción suspendida por más de un año para levantar dicha suspensión. También facultó a la Policía a intervenir (bajo el D. L. N.º 1100) a mineros con inscripción suspendida hallados con explosivos ilegales, causándoles la baja del REINFO automática. La idea era depurar el REINFO de aquellos que no cumplen y reactivar la posibilidad de perseguir penalmente a los remisos. No obstante, dichas medidas enfrentaron resistencia social y política: representantes de mineros artesanales protestaron argumentando que la norma “los volvería ilegales” y demandaron su derogatoria³⁷. En efecto, en marzo de 2024 el Congreso derogó la disposición clave de D. L. 1607, prolongando nuevamente la inmunidad para informales en trámite. Ello refleja la tensión permanente entre el enfoque de fomento que tiende a prorrogar plazos para evitar convulsión social en zonas mineras y el enfoque sancionatorio que busca habilitar la acción penal sin excepciones para frenar el daño ambiental.

De lo expuesto, la lección es que la formalización no puede sustituir al control penal, sino complementarlo, porque los incentivos deben ir acompañados de fiscalización rigurosa. De lo contrario, el proceso es utilizado como “fachada para operaciones ilegales”, tal como ha ocurrido en regiones como Madre de Dios, Ucayali o Huánuco

36. Ministerio de Energía y Minas (MINEM). Lista de personas inscritas y suspendidas en el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) Consultado: 12 de agosto de 2025. https://pad.minem.gob.pe/REINFO_WEB/Index.aspx

37. Inforegion «¿En Qué Se Diferencian la Minería Informal y la Minería Ilegal?». Inforegión | (blog). 29 de enero de 2024. <https://inforegion.pe/en-que-se-diferencian-la-mineria-informal-y-la-mineria-ilegal/#:~:text=PER%-C3%9A,en%20una%20situaci%C3%B3n%20de%20ilegalidad.>

donde conviven concesiones en trámite con minería ilegal activa y redes criminales aprovechando la delgada línea entre informalidad e ilegalidad.

4. INVESTIGACIÓN PENAL DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Competencias y articulación institucional (FEMA – PNP – OEFA – ANA – SUNAT – SBS/UIF – Gobiernos Regionales).

La persecución de la minería ilegal en el Perú se sostiene en un arreglo interinstitucional donde ningún actor basta por sí solo. El Ministerio Público, a través de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA), ejerce la dirección jurídica de la investigación, ya que define hipótesis, dispone diligencias, activa pericias y resguarda la cadena de custodia. Desde 2012 las FEMA concentran, además, los delitos conexos (financiamiento, tráfico de insumos, obstaculización) cuando guardan vínculo directo con la extracción ilícita, y coordinan remisiones o co-investigación con fiscalías de lavado, trata o corrupción según el hallazgo en campo.

La Policía Nacional del Perú (PNP), mediante la Dirección de Medio Ambiente (DIRMEAMB), constituye el brazo operativo de la investigación, porque ejecuta vigilancias discretas, levantamiento de información, intervenciones, aseguramiento/destrucción de equipos (cuando proceden por interdicción contra la minería ilegal), detenciones en flagrancia e identificación de personas, siempre bajo conducción fiscal. El trabajo fiscal-policía es la célula de trabajo diaria, puesto que el fiscal marca la ruta legal; la PNP ejecuta y documenta con actas, georreferenciación y registro audiovisual.

Por otro lado, los órganos técnico-ambientales como el OEFA proveen inspectores y peritos ambientales que cuantifican afectación (deforestación, pasivos, calidad de aire/suelo), sustentan medidas administrativas complementarias y elaboran informes técnico-periciales útiles para acreditar daño o peligro. También, la Autoridad Nacional del Agua (ANA) interviene cuando hay afectación hídrica, toma y preserva muestras, evalúa sólidos suspendidos, metales pesados (por ejemplo, el uso del mercurio) y caudales, y emite informes que permiten robustecer agravantes (afectación de redes de riego o fuentes para consumo humano).

En la dimensión comercial y de insumos, la SUNAT cumple un doble rol crítico. En insumos químicos (mercurio, cianuro, combustibles) su Intendencia especializada monitorea compras, ventas y desvíos, habilitando cruces de información para identificar proveedores “pantalla” o rutas de abastecimiento de campamentos; en aduanas, verifica exportaciones de oro, documentación soporte (facturas, guías, DUAs) y patrones de riesgo, y puede inmovilizar embarques ante alertas fiscales. Esta información alimenta la línea de trazabilidad que permite “seguir el oro” desde la bocamina ilegal hasta laboratorios/refinerías y exportadoras.

El vector financiero lo encabeza la SBS/UIF. La UIF genera reportes de operaciones sospechosas (ROS) y análisis de redes que orientan la inteligencia financiera: identificación de beneficiarios finales, flujos inusuales, fraccionamiento, uso de testaferros y posibles vínculos con exportaciones. Con base en estos insumos y previa autorización judicial, las FEMA o la fiscalía de lavado pueden levantar el secreto bancario y producir pericias contables-financieras. La coordinación temprana con la UIF acelera los tiempos probatorios y permite medidas cautelares reales (embargos, inmovilizaciones) de manera oportuna.

Los Gobiernos Regionales (GR) cierran el circuito con información decisiva: administran la formalización (REINFO), expiden u observan títulos habilitantes a pequeña minería y minería artesanal, y conservan cartografía y catastro minero de su jurisdicción. Su colaboración permite, en horas, verificar si un intervenido está activo, suspendido o sin habilitación; y sus fiscalizadores mineros suelen coadyuvar en campo para cursar, además, las sanciones administrativas. En varias regiones también formulan denuncias cuando detectan explotación en zonas prohibidas o sin permisos.

La articulación entre todos estos actores se canaliza en operativos conjuntos y en espacios como la Comisión Multisectorial Permanente contra la minería ilegal. En la práctica cotidiana, la coordinación FEMA-PNP es la más intensa; a partir de allí se “enchufan” módulos técnicos (OEFA/ANA) y de control (SUNAT-Aduanas, SUCAMEC cuando hay explosivos), así como el módulo financiero (SBS/UIF). Cuando durante un operativo se detectan víctimas de trata o trabajo forzoso, se activa en simultáneo la fiscalía especializada correspondiente y el MIMP para protección inmediata; si emergen indicios de corrupción, se deriva o co-investiga con la fiscalía anticorrupción; y si los hechos encajan en estructura organizada, se evalúa la elevación a crimen organizado para habilitar técnicas especiales.

A este respecto, la creación de los Grupos de Fiscales Coordinados (GRUFICOR) por la Fiscalía de la Nación constituye un ejemplo tangible de esa necesidad de trabajo integrado frente a una criminalidad organizada, pluriofensiva y con múltiples delitos conexos³⁸. Los GRUFICOR articulan, bajo una conducción unificada, a fiscalías de criminalidad organizada, ambiental, lavado de activos, trata y corrupción, con soporte de inteligencia estratégica y logística, para investigar simultáneamente los distintos eslabones de la cadena (territorial-ambiental, comercial-aduanera y financiera) y acelerar medidas patrimoniales (incautaciones, embargos, decomiso/extinción). El objetivo, que se propone replicar funcionalmente en el subsistema de fiscalías ambientales, es evitar la fragmentación, escalar de operadores de campo a financistas y exportadores, y sostener casos complejos con prueba científica y financiera convergente.

Operativamente, el flujo estándar es el siguiente: i) inteligencia previa (informes, alertas satelitales, denuncias); (ii) constatación in situ con georreferenciación y actas; (iii) interdicción con aseguramiento del lugar, inmovilización o destrucción de equipos y acopio de evidencias; (iv) cadena de custodia y pericias (ambientales, mineras, contables); (v) línea de trazabilidad del oro (guías, libros de compra de laboratorios/refinerías, exportaciones y contrapartes en frontera); (vi) línea financiera (ROS, cuentas, transferencias, beneficiarios finales) y (vii) medidas cautelares reales tempranas (incautación, embargo, inmovilización; y, en su momento, decomiso/extinción de dominio). Adicionalmente, el soporte transversal es la tecnología (SIG, imágenes satelitales, drones y fotogrametría) para fijar espacialidad, agravantes (zona no permitida, ANP, lechos de río, afectación de agua) y magnitud del daño.

Finalmente, la coherencia del caso depende de tres ejes: (i) documentación impecable (actas con coordenadas, testigos, firmas y registros audiovisuales) y cadena de custodia sin fisuras; (ii) pericias idóneas que traduzcan hallazgos técnicos a lenguaje judicial (daño o peligro concreto) y soporten agravantes; y (iii) interoperabilidad informativa ágil entre FEMA, PNP, OEFA, ANA, SUNAT y UIF (accesos, formatos, tiempos). Cabe resaltar que, a pesar de contar con estos actores operativos, sin colaboración real y acceso oportuno a información financiera, aduanera y registral, los operativos devienen acciones ineficientes; caso contrario, con una articulación

38. Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1427-2025-MP-FN, del 15 de mayo de 2025., en el que se dispuso la implementación de los Grupos de Fiscales Coordinados (GRUFICOR) como estrategia operativa del Ministerio Público para la investigación integrada de delitos cometidos por organizaciones criminales que involucren delitos conexos y/o especialidades múltiples.

sostenida, bajo el modelo de GRUFICOR como referencia, la investigación escalará de operadores de campo a financistas y acopiadores, golpeará la rentabilidad y mejorará las probabilidades de condena y reparación civil.

4.2 Diligencias en la investigación del delito de minería ilegal

La secuencia operativa suele iniciar con verificación reservada (informes de inteligencia, alertas satelitales) y constatación fiscal y policial in situ para documentar actividad, georreferenciar el área y fijar evidencia inicial. Si se corrobora el hecho, se planifica interdicción con aseguramiento del lugar, inmovilización o destrucción de equipos y, de haber flagrancia, detención/identificación de responsables. El soporte legal es el D.L. N.º 1100, que regula la interdicción, autoriza medidas para cesar la actividad y exige documentar las actuaciones (actas y registro fotográfico), lo que resulta clave para control judicial posterior. Así mismo, la evidencia tecnológica es hoy un pilar, pues el sistema de Geobosques del MINAM genera alertas tempranas de pérdida de bosque, a menudo asociadas a minería aluvial, que orientan constataciones y priorizan zonas críticas; a su vez, los reportes de Monitoring of the Andes Amazon Program (MAAP) han acreditado deforestación minera acumulada y cambios temporales (que data entre los años 2021–2024) en Madre de Dios, útiles para mostrar el “antes y después” y planificar rutas de ingreso y cordones de seguridad³⁹. En campo, drones y fotogrametría permiten medir superficies intervenidas y volúmenes removidos; la georreferenciación exacta sustenta agravantes (zona prohibida, ANP, lechos de río)⁴⁰.

Cadena de custodia y logística pericial. La validez probatoria reposa en protocolos de recolección, conservación y traslado de muestras (agua, suelos/sedimentos, biota) y de otros indicios (minerales, insumos, documentación). Con respecto al Ministerio Público, se cuenta con el Reglamento de Cadena de Custodia⁴¹ del 2006, que estandariza el etiquetado, custodia y trazabilidad, y se complementa con guías técnicas sectoriales. La correcta documentación (actas con coordenadas, testigos,

39. Monitoring of the Andes Amazon Program (MAAP). «MAAP #208: Minería de Oro en la Amazonía peruana sur, resumen 2021–2024». 3 de octubre de 2024. <https://www.maaprogram.org/maap-208-gold-mining-in-the-southern-peruvian-amazon-summary-2021-2024/>

40. Monitoring of the Andes Amazon Program (MAAP). «MAAP #24: Illegal Gold Mining Penetrates Deeper Into Tambopata National Reserve - Amazon Conservation Association». Amazon Conservation Association. 28 de mayo de 2021. <https://www.amazonconservation.org/illegal-gold-mining-penetrates-deeper-into-tambopata-national-reserve/>

41. Aprobado por Resolución de Fiscalía de la Nación, del 15 de junio de 2006.

firmas, tiempos de envío) reduce riesgos de nulidad por contaminación, ruptura de cadena o métodos de muestreo. En paralelo, la línea de “comercialización y trazabilidad” exige cruzar guías, libros de compra de laboratorios/refinerías y registros aduaneros.

Medios de prueba y valoración. El núcleo técnico lo conforman pericias ambientales (químicas y ecológicas), mineras y forestales apoyadas en series satelitales/ortomosaicos y georreferenciación; su admisibilidad se refuerza con cadena de custodia íntegra y peritos idóneos. En minería ilegal agravada, los jueces vienen asignando peso a la prueba científica para acreditar daño o peligro, especialmente en ANP o zonas prohibidas. La prueba contable/financiera y de trazabilidad como los estados de cuenta, pericias contables, cruces SUNAT-Aduanas muestra beneficio ilícito y simulación documental; aun cuando sea indiciaria, gana fuerza por pluralidad y convergencia (patrones de depósitos, proveedores inexistentes, compras fraccionadas). Por su parte, la prueba digital/documental (imágenes de drones con metadatos, correos/chats extraídos conforme a pericia informática) exige acreditar integridad y origen lícito; su pertinencia aumenta cuando conecta la logística (rutas, precios, órdenes) con los hallazgos físicos.

Cooperación internacional. Dada la naturaleza transnacional del flujo de oro y del dinero, la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones (UCJIE) tiene como función brindar asesorías especializadas en el marco de la cooperación internacional UCJIE del Ministerio Público centraliza asistencias y extradiciones (autoridad central), canalizando pedidos de información bancaria, toma de declaraciones, incautación de activos y diligencias concentradas en el exterior, con base en el CPP y tratados aplicables⁴². En paralelo, la finalidad de la cooperación aduanera y financiera ha permitido inmovilizar envíos y rastrear pagos a refinerías/plazas internacionales; organismos como UNODC e INTERPOL documentan y apoyan respuestas frente a minería ilegal y comercio de oro, destacando su conexión con la criminalidad organizada y flujos financieros ilícitos (IFF).

42. Ministerio Público del Perú. Unidad de Cooperación Internacional. Consulta: 12 de agosto de 2025. https://www.mpfj.gob.pe/unidad_cooperacion_internacional/ambito_accion/

5. CONCLUSIONES

La minería ilegal en el Perú configura un fenómeno criminal complejo que trasciende al minero aislado, pues opera mediante redes con financistas, proveedores de insumos críticos, acopiadores y protección armada, y se interseca con corrupción y lavado de activos. Su expansión responde a incentivos económicos (alto precio del oro), a déficits de empleo formal y a debilidad del control territorial, lo que explica su persistencia y capacidad adaptativa.

Los impactos son multidimensionales y acumulativos: deforestación y contaminación por mercurio; degradación de cuencas y pérdida de biodiversidad; aumento de violencia, trata y trabajo forzoso; y un significativo costo fiscal por evasión y remediación. En varios corredores mineros se ha configurado una economía paralela que alimenta conflictividad social y erosiona la gobernanza local, especialmente cuando la actividad se asienta en ANP o territorios comunales.

Así mismo, en el plano jurídico-institucional, la tipificación específica (arts. 307-A a 307-F) avanzó la respuesta penal, pero su efectividad se vio condicionada por un régimen de formalización que acumuló prórrogas y altos niveles de suspensión, generando coberturas de hecho para operar sin culminar trámites. A ello se suma el estrechamiento reciente del acceso al subsistema de crimen organizado, que elevó umbrales y complejizó el uso de técnicas especiales en fases tempranas, justo donde se requiere desarticular cadenas de valor ilícitas.

En consecuencia, la política pública eficaz debe integrar una investigación penal con enfoque financiero y tecnológico (SIG, teledetección, trazabilidad del oro), cierre de brechas en control de insumos y formalización con plazos fatales y depuración efectiva, medidas patrimoniales tempranas que golpeen la rentabilidad (decomiso/extinción), y coordinación sostenida entre las FEMAs con las entidades nacionales (PNP-OEFA-ANA-SUNAT-SBS/UIF) y cooperación internacional. Solo combinando incentivos de formalización con fiscalización rigurosa y presión financiera se reducirá la escala y persistencia del fenómeno.



TRATADO DE

Ministerio Público en sus tres ramas de gestión

Sección 7 - Derecho Comparado

El sistema acusatorio en Uruguay: un análisis del derecho comparado

Federico Fascioli Caorsi

El sistema acusatorio en Uruguay: un análisis del derecho comparado

Por **Federico Fascioli Caorsi**¹

1. INTRODUCCIÓN

El 1 de noviembre de 2017 marcó un *giro copernicano* en el sistema penal uruguayo, que –a su vez– se enmarcó en el proceso de reformas que se han implementado en diversos países de América Latina, desde mediados de los años ochenta, mediante las cuales se ha transitado desde un sistema inquisitivo a uno acusatorio. De esta forma, se redefinió el rol de los actores en el proceso penal, dejando atrás la concentración de poder –propia del sistema inquisitorial– en la que era el juez quien investigaba, decidía el procesamiento y, finalmente, dictaba la sentencia definitiva. De hecho, se decía que, en la práctica, el auto de procesamiento era una sentencia de condena anticipada, porque el juez que decidía procesar al imputado no iba luego a dictar una sentencia absolutoria, salvo raras excepciones.

Ahora bien, con el advenimiento del sistema acusatorio, el proceso penal uruguayo se basa en una sana separación de funciones, donde la función persecutoria (investigar y acusar) le corresponde al fiscal y la función decisoria (juzgar) se encuentra en manos del juez. Esta es una de las garantías que se instauran con el sistema acusatorio, pero no la única. Otra importante garantía obtenida con el sistema adversarial es la del doble juez, ya que no alcanzaba con quitarle el poder al juez que iba a resolver el caso, sino que también era necesario evitar que este se encontrara *contaminado* por la investigación llevada a cabo por el fiscal.

1. Doctor en Derecho por la Universidad Católica del Uruguay (UCU). Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad de la República (UDELAR). Diplomado en Derechos Humanos –con especialización en Acceso a la Justicia– por la UCU. Posgraduado en Derecho Penal Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Magíster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada. Doctorando en Derecho por la UDELAR. Ex Defensor Público –en materia penal y adolescentes infractores– y actual Fiscal Letrado Adscripto en la Fiscalía General de la Nación.

Para garantizar la imparcialidad del juez de juicio, era imperativo que no participara ni tuviera conocimiento de las etapas anteriores (por ejemplo, la formalización de la investigación preliminar y el dictado de medidas cautelares), razón por la cual se previó la actuación de dos jueces en el proceso penal ordinario. En las primeras etapas del proceso actuará un juez de garantías; mientras que en la última intervendrá el juez de juicio.

El fiscal y el juez, que en el sistema inquisitivo parecían actuar en conjunto buscando sostener una persecución penal, ahora, en el proceso acusatorio, pasan a tener dos roles muy diferentes. A su vez, se trató de elevar el rol de la defensa hasta ubicarlo en un pie de igualdad con la fiscalía, tratando de otorgarle a la primera las mismas *armas* que a la segunda. Si bien en la práctica no se ha llegado a una plena *igualdad de armas*, es indudable que la defensa adquirió un rol mucho más relevante del que poseía en el sistema anterior.

Con la llegada de estas nuevas garantías, quedó en el pasado –que ya parece lejano– el sistema escrito, burocrático y secreto. En aras de lograr una mayor transparencia, el sistema acusatorio se caracteriza por ser oral y público. De esta forma, el proceso penal uruguayo dejó de consistir en una sucesión de etapas escritas y trámites burocráticos en las oficinas del juzgado, para dar lugar a audiencias orales y públicas –donde las partes litigan frente a juez imparcial–.

Han pasado ya más de siete años desde que Uruguay abandonó un sistema penal del siglo XIX y se puso al día con las garantías del debido proceso a través de un sistema acusatorio. En el presente trabajo académico se analizarán los puntos más destacables de este sistema. En particular, se estudiará la indagatoria preliminar, las etapas del proceso penal ordinario, el proceso abreviado, el proceso simplificado y las vías alternativas de resolución de conflictos.

2. INDAGATORIA PRELIMINAR

Una de las grandes innovaciones del nuevo Código del Proceso Penal (CPP) es la indagatoria preliminar, llevada a cabo por la fiscalía. Se encuentra regulada en el Libro II (proceso de conocimiento), Título I (del proceso ordinario en materia de crímenes y delitos), Capítulo I (indagatoria preliminar). Sin embargo, la doctrina ha señalado

que esta no integra la estructura del proceso penal ordinario².

La indagatoria preliminar se divide en dos etapas. La primera comienza con la *notitia criminis* y finaliza con la formalización de la investigación (art. 266 del CPP) o la decisión del fiscal de no iniciarla o de dar por terminada la ya iniciada (arts. 98 y 100 del CPP). La segunda etapa se extiende desde la formalización hasta que el fiscal presenta la acusación o solicita el sobreseimiento.

La primera etapa –de carácter administrativo– es atemporal, ya que no se establece un plazo para que el fiscal la culmine, aunque el imputado podrá solicitar al juez que fije un plazo, con la finalidad de que la investigación no dure eternamente, (art. 264 *in fine*). En cambio, a partir de la formalización, el fiscal tendrá un año para seguir investigando y podrá solicitar una prórroga –de forma excepcional y debidamente justificada– de hasta un año más, o sea que –en total– podrá investigar la causa hasta dos años después de formalizada la investigación (arts. 259.1 y 265 del CPP). Esta segunda y última etapa de investigación tiene naturaleza jurisdiccional, porque la formalización marca el inicio del proceso penal. Gomes Santoro critica esta solución legislativa, afirmando que, de esta forma, “queda inserta una investigación administrativa dentro de un proceso jurisdiccional”³.

En definitiva, en la investigación preliminar coexisten dos fases diferentes: una administrativa y otra jurisdiccional. Ello trae aparejado, evidentemente, que algunas actividades solo podrán desarrollarse en una de esas etapas. Un ejemplo claro de ello es el sobreseimiento, que solo podrá solicitarse en la etapa jurisdiccional, ya que el fiscal no puede desistir de una acción penal que todavía no ha ejercido. Otro ejemplo es el referido a las medidas cautelares. En la primera etapa solo podrán solicitarse medidas cautelares previstas en el art. 221 lits. a, d, e y f; estas son, “el deber de fijar domicilio y no modificarlo sin dar inmediato conocimiento al tribunal”, “la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine”, “la retención de documentos de viaje” y “la prohibición de concurrir a determinados sitios, de visitar o alternar en determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa”. En cambio, una vez formalizada la investigación, el fiscal podrá solicitar cualquier medida cautelar,

2. Gomes Santoro, F. (2021). *Derecho Procesal Penal*. La Ley Uruguay.

3. Gomes Santoro, ob. cit., p. 919.

incluyendo la más gravosa de todas (prisión preventiva).

La investigación preliminar, en sus dos etapas, tiene naturaleza preparatoria y no probatoria. Es decir, en esta fase se recolectan evidencias y no pruebas, salvo la prueba anticipada, que es aquella que se diligencia antes del juicio oral. Cabe señalar que la fiscalía no es la única parte facultada para recolectar evidencias, sino que la defensa también puede conformar su propia carpeta investigativa. La diferencia entre ambas radica en que la fiscalía debe otorgar acceso a la defensa a todas las evidencias con las que cuenta (art. 259.2 del CPP), salvo aquellas reservadas (259.3 del CPP); mientras que la carpeta de la defensa siempre es reservada, como corolario del principio de no autoincriminación.

3. PROCESO PENAL ORDINARIO

Formalización de la investigación

La formalización de la investigación marca el inicio de la fase jurisdiccional. En efecto, con la formalización comienza el proceso penal ordinario, dejando atrás la primera etapa de la indagatoria preliminar –de corte administrativo– y dando lugar a la segunda etapa –de carácter judicial–. González Camejo sostiene que la formalización de la investigación es una comunicación formal mediante la cual la fiscalía informa al imputado sobre los hechos por los que está siendo investigado, la calificación jurídica y las evidencias con las que cuenta⁴. Sin embargo, la posición mayoritaria –a la cual me adhiero– entiende que la formalización de la investigación es mucho más que una simple comunicación formal, porque a partir de esta etapa el imputado quedará sujeto a un proceso penal, se dará comienzo al sumario, se produce la suspensión de la ciudadanía –cuando se trate de delitos en los que puede recaer pena de penitenciaría– (art. 80 núm. 2 de la Constitución de la República), se interrumpe el plazo de la prescripción (art. 267 del CPP) y se oficia al Instituto Técnico Forense para la inscripción de los antecedentes penales del imputado⁵.

4. González Camejo, D. (2020). Medidas cautelares en el Proceso Penal. Guía jurisprudencial para la Justicia de Garantías. En Asociación de Magistrados del Uruguay, *Medidas Cautelares* (pp. 55-72). Fundación de Cultura Universitaria.

5. Gomes Santoro, op. cit.

La solicitud de formalización de la investigación debe realizarse por escrito, aunque –de forma excepcional– podrá formularse oralmente cuando el imputado se encuentre privado de libertad. El contenido de esta solicitud está determinado por siete literales previstos en el art. 266.2 del CPP⁶.

Si el juez hace lugar al pedido de formalización, convocará a audiencia en un plazo no mayor a veinte días, si el imputado se encontrara en libertad, o no mayor a veinticuatro horas, si estuviera detenido.

En la audiencia, el juez comenzará escuchando a las partes. Gomes Santoro entiende que corresponde que el juez escuche primero al imputado –a través de su defensa–, debido a que la fiscalía ya tuvo oportunidad de pronunciarse al momento de solicitar la formalización. No comparto esta posición, pues el juez debe comenzar escuchando a quien solicitó la audiencia, esto es, al fiscal.

En caso de que el imputado se encuentre privado de su libertad, el juez deberá pronunciarse sobre la legalidad de la detención. En este sentido, corresponde que el juez de garantías adopte una actitud proactiva, requiriendo al Ministerio Público que explicita las circunstancias de la detención, dando traslado a la defensa e incluso preguntando directamente al imputado sobre dichas circunstancias y el trato policial⁷.

Si el juez entiende que se trata de una detención ilegal, Gomes Santoro sostiene que debe clausurarse la investigación por aplicación del principio *non bis in idem*⁸. Por su parte, Larrieu de las Carreras entiende que el imputado debe ser dejado en libertad y el proceso continuar⁹. En mi opinión, si se decreta la ilegalidad de la detención, el fiscal podrá, de todas formas, solicitar la formalización de la investigación en esa

6. Art. 266.2 del CPP: “La solicitud se hará por escrito, salvo en el caso previsto en el artículo 266.4 de este Código y deberá contener en forma clara y precisa: [...] a) la individualización del imputado y de su defensor, si este hubiera sido designado durante la investigación preliminar; [...] b) la relación circunstanciada de los hechos y la participación atribuida al imputado; [...] c) las normas jurídicas aplicables al caso; [...] d) los medios de prueba con que cuenta; [...] e) las medidas cautelares que el fiscal entienda pertinentes; [...] f) el petitorio; [...] g) la firma del fiscal o de un representante autorizado por la Fiscalía”.

7. Prieto Silvera, D. M. (2020). Apuntes sobre la indagatoria preliminar, el proceso abreviado y la audiencia de control de acusación en el nuevo CPP, con especial énfasis en el rol del juez. En Asociación de Magistrados del Uruguay, *Estudios sobre el nuevo proceso penal* (t. II, pp. 301-333). Fundación de Cultura Universitaria.

8. Gomes Santoro, op, cit.

9. Larrieu de las Carreras, B. (2017). Actuación del juez en el nuevo proceso penal. En Asociación de Magistrados del Uruguay, *Estudios sobre el nuevo proceso penal: implementación y puesta en práctica* (pp. 275-298). Fundación de Cultura Universitaria.

misma audiencia.

Resulta más discutible si el fiscal podría solicitar una orden de detención respecto del imputado en esa misma audiencia. Supongamos el caso de una persona que fue detenida sin que exista flagrancia delictual ni orden escrita del juez competente, pero que, al momento de celebrarse el control de detención, el fiscal cuenta con semiplena prueba de la existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado en el mismo. En este caso, entiendo que nada impide que el fiscal solicite una orden de detención y que el juez esté obligado a dictarla, conforme a lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución de la República.

Una vez resuelto el control de detención, el juez deberá pronunciarse sobre la admisión de la formalización, para lo cual se basará en las alegaciones efectuadas por las partes, debido a que no puede acceder a la carpeta fiscal (art. 264.4 del CPP).

Finalmente, el fiscal podrá solicitar la adopción de medidas cautelares. En caso de que se haya solicitado la prisión preventiva, deberá cumplirse con las exigencias establecidas en el art. 224 del CPP.

Etapas intermedia

La etapa intermedia, también llamada etapa de preparación del juicio oral comienza con la presentación de la demanda acusatoria y finaliza con el dictado del auto de apertura a juicio. Cumple una de las funciones más trascendentes dentro de la estructura del proceso penal ordinario, ya que sirve para controlar los resultados de la investigación preliminar, examinando el mérito de la acusación, así como la admisibilidad, pertinencia y conducencia de la prueba ofrecida.

Como señalé *ut supra*, esta etapa comienza cuando se deduce la acusación, que es la forma en la que el fiscal ejercita la pretensión punitiva, solicitando una pena –respecto del imputado– por los mismos hechos por los que se formalizó la investigación. La ley no prevé un plazo específico para acusar, existiendo un vacío legal en la materia, que fue superado por la interpretación adoptada por la Suprema Corte de Justicia (SCJ). En efecto, el máximo órgano del Poder Judicial brindó una solución a este problema interpretativo al sostener que no se debe confundir el plazo para investigar con el plazo para deducir acusación.

En efecto, la acusación no puede ser entendida como una fase que se subsume dentro de la etapa de investigación, sino que tiene lugar una vez que la fiscalía ha culminado con su actividad investigativa, momento en el cual, evaluando las evidencias reunidas, el fiscal decidirá si formula acusación o solicita el sobreseimiento. En este sentido, la SCJ ha señalado que, si bien el CPP no prevé un plazo para acusar, ello no impide que –si las partes lo solicitan– se fije un plazo para que el fiscal deduzca la acusación. En definitiva, será el juez quien –a solicitud de parte– fijará el plazo para que la fiscalía presente la acusación.

Una vez deducida la acusación, la defensa dispondrá de un plazo de treinta días para contestarla contados a partir del día hábil siguiente a la notificación, de conformidad con el art. 128 del CPP. Se computan días corridos (hábiles e inhábiles), suspendiéndose el plazo únicamente durante las ferias judiciales y la Semana de Turismo. Al contestar la acusación, la defensa podrá proponer una teoría del caso alternativa, discutir la calificación jurídica efectuada por el fiscal, solicitar un abatimiento de la pena, oponer excepciones y proponer prueba.

Luego de contestada la acusación o vencido el plazo para hacerlo, el juez deberá convocar a la audiencia de control de acusación –en un plazo de 10 días–, la que se encuentra regulada en el art. 268 del CPP. En esta audiencia, se resolverán –en primer lugar– las cuestiones previstas en los literales a) a d) del 268.1 CPP¹⁰.

Resueltos estos planteos, las partes (fiscalía y defensa) enunciarán las pruebas ofrecidas en los actos de proposición (acusación y contestación de la acusación). Aquí se produce el importante *descubrimiento de la prueba* (en el derecho anglosajón, “*disclosure*” o “*discovery*”), en donde cada parte *muestra sus cartas*, que responde al principio –también de origen anglosajón– de *fair trail*¹¹. Como corolario de la buena fe que debe regir entre las partes, estas no podrán diligenciar en el juicio oral pruebas que no hayan sido previamente admitidas en la audiencia de control de acusación, salvo que se trate de prueba nueva (art. 271.1 bis del CPP) o prueba sobre prueba (271.1 ter del CPP).

10. Art. 268.1 del CPP: “Como cuestión previa en la audiencia, la defensa podrá: a) objetar la acusación señalando defectos formales; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; y d) proponer acuerdos”.

11. Galletto Farro, V. (2019). Etapa de preparación del juicio oral en el Código del Proceso Penal uruguayo desde una perspectiva acusatoria. *Judicatura*, (66), 65-87.

Por su parte, la víctima –que no es parte del proceso penal– tiene la posibilidad de ofrecer prueba en la audiencia de control de acusación. Y, en caso de hacerlo, gozará de los mismos derechos que las partes respecto de dicha prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.2 lit. c del CPP.

Asimismo, y como lo ha expresado –con acierto– Reyes Oehninger¹², en esta audiencia no corresponde que las partes ni la víctima *salgan a pescar*, debido a tres razones:

- a) como ya dijimos, la principal finalidad de esta audiencia es el descubrimiento probatorio, evitando sorpresas en el juicio oral;
- b) el juez debe valorar la pertinencia del material probatorio ofrecido, por lo que es necesario que el mismo ya se haya producido; y, por último,
- c) no puede sustentarse una teoría del caso sobre una prueba cuyo resultado todavía se desconoce.

El juez deberá controlar la regularidad de la prueba, rechazando aquella que resulte inadmisibles, impertinente, sobreabundante, dilatoria e ilegal. Por ende, podemos afirmar que la audiencia de control de acusación funciona como una *audiencia filtro*, porque el juez decidirá qué evidencias serán incorporadas como prueba al juicio oral, por lo que se trata de una de las audiencias más importante del proceso penal ordinario, pudiendo incluso llegar a ser más significativa que el propio juicio oral.

En forma llamativa, el auto de apertura a juicio se encuentra regulado en otro artículo (art. 269 del CPP), separado del contenido de la audiencia de control de acusación. Entiendo, al igual que Gomes Santoro, que el auto de apertura a juicio debió integrar el contenido de la audiencia de control de acusación, ya que su objeto consiste en describir el contenido de aquella¹³. Esta resolución también se caracteriza por ser la última dictada por el juez de garantías, dando comienzo a la actuación del juez de juicio. Se deberá dictar dentro de los tres días de finalizada la audiencia de control de acusación y remitirse al juez competente para la etapa de juicio.

12. Reyes Oehninger, A. (2020). El *discovery* uruguayo. Incidencia de la ley 19.889 (LUC). En Asociación de Magistrados del Uruguay, *Estudios sobre el nuevo proceso penal* (t. II, pp. 363-370). Fundación de Cultura Universitaria.

13. Gomez Santoro, op. cit.

Juicio oral

El juicio oral, que se encuentra regulado en los arts. 270 y 271 del CPP, es uno de los actos más trascendentes del proceso penal ordinario. Es en la audiencia de juicio oral donde un juez –distinto al que participó en la etapa anterior– conocerá los hechos que se le imputan al justiciable, a través de los alegatos de apertura de las partes y de la prueba que estas –y, eventualmente, la víctima– diligencien en la audiencia.

En este sentido, Larrieu de las Carreras manifiesta que el juez adopta un rol pasivo, que se limita a resolver las controversias específicas que se susciten entre las partes durante el transcurso de dicho acto¹⁴. Esta opinión no es compartida por Gomes Santoro, quien afirma que el rol del juez no se ve alterado en esta etapa, en la cual incluso puede ejercer iniciativa probatoria, a través de las diligencias para mejor proveer¹⁵.

Finalmente, el juez dictará una sentencia definitiva –de condena o absolutoria– basándose únicamente en las pruebas admitidas en la audiencia de control de acusación, salvo las excepciones mencionadas *ut supra* (prueba nueva y prueba sobre prueba).

4. PROCESO ABREVIADO

Otra de las importantes innovaciones del nuevo CPP es la creación del proceso abreviado, el que se encuentra regulado en el art. 272 del CPP –en la redacción dada por la Ley n.º 19.889–. Consiste en un proceso mucho más breve que el proceso penal ordinario, que tiene como base un acuerdo realizado entre el fiscal y el imputado –debidamente representado por su defensa–, por el cual este último acepta los hechos que se le imputan y los antecedentes de la investigación, y a cambio obtiene un abatimiento de la pena –hasta en una tercera parte– que el fiscal solicitaría en un juicio oral y público.

Como afirma Gomes Santoro, el acuerdo es solo sobre la pena, pudiendo el juez acceder a la carpeta fiscal a los efectos de controlar que los hechos y la calificación

14. Larrieu de las Carreras, op. cit.

15. Gomes Santoro op. cit.

jurídica efectuada por el fiscal se adecuen al caso concreto¹⁶. Esta conclusión, que en teoría resulta sencilla de entender, en la práctica se puede ver desdibujada. En primer lugar, porque los hechos no siempre resultan claros, lo que otorga a las partes un margen para acordarlos. En segundo lugar, porque los jueces son renuentes a revisar la carpeta fiscal, confiando en los hechos narrados por el fiscal.

El art. 272 del CPP establece que el condenado en un proceso abreviado deberá cumplir de “manera efectiva y en todos sus términos con el acuerdo alcanzado con la Fiscalía”, lo que ha generado grandes problemas interpretativos. En efecto, se ha discutido si los beneficios de la libertad anticipada y la redención de pena por estudio y/o trabajo son aplicables a los penados mediante este instituto.

Autores como Long Álvarez¹⁷, Añasco Viera¹⁸ y Gomes Santoro¹⁹ sostienen que el beneficio de la redención de pena por estudio y/o trabajo no se ve excluido por haber recaído una sentencia en un proceso abreviado. En particular, Gomes Santoro afirma que el acuerdo no recae sobre la forma de cumplimiento de la pena, sino sobre la pena misma. Siendo la redención de pena por estudio y/o trabajo una forma de ejecución de la pena, no es renunciable y procede de oficio²⁰. Sin embargo, con respecto a la libertad anticipada, Gomes Santoro adopta una posición diferente, al sostener que la misma no es aplicable en el supuesto en estudio, ya que implicaría que la pena acordada no se cumpliera de forma efectiva²¹.

Por su parte, la jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Penal (TAP) va en la dirección de reconocer ambos beneficios (redención de pena por estudio y/o trabajo y libertad anticipada) a los condenados en procesos abreviados²². Resulta novedosa la Sentencia n.º 189/2019 del TAP de 1.º Turno [Torres, Gatti y Reyes], en

16. Gomes Santoro, op. cit.

17. Long Álvarez, L. (2019). El Funcionamiento del abreviado en la etapa de ejecución. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay, Colegio de Abogados de Lavalleja (Uruguay) y Revista Uruguaya de Derecho Procesal, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal: en homenaje al profesor Gonzalo Uriarte Audi. Fundación de Cultura Universitaria.

18. Añasco Viera, A. (2018). Redención de Pena en el Nuevo Código del Proceso Penal. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (2), 875-876.

19. Gomes Santoro, op. cit.

20. Ídem.

21. Gomes Santoro, op. cit.

22. Charles Vinciguerra, L. y Longobardo Cantou, E. (2024). *Ejecución Penal*. La Ley Uruguay.

cuanto afirma que la aplicación de los referidos beneficios dependerá de los términos en que fue redactado el acuerdo, debiendo las partes “establecer y definir de una manera concreta y precisa el régimen legal de ejecución de la pena a seguir y aplicar”. En este sentido, el tribunal entendió que “el descuido de la Fiscalía” al no establecer en el acuerdo la inaplicabilidad de dichos institutos, redundaba a favor del penado, dando lugar a que el mismo se viera beneficiado con la redención de su pena por estudio y trabajo.

Por otra parte, la Instrucción n.º 10 de la Fiscalía General de la Nación (FGN) establece que –en estos casos– no resulta aplicable el beneficio de la redención de pena por estudio y/o trabajo, al igual que tampoco es aplicable el beneficio de la libertad anticipada. Sin dejar de reconocer lo discutible que resulta este punto, tiendo a inclinarme por esta última posición. Entiendo que el art. 272 del CPP regula la forma de ejecución de la pena, la que no podrá acordarse por las partes, sino que viene determinada por imperio de la ley. En efecto, cuando la norma mandata que la pena sea cumplida “de manera efectiva y en todos sus términos” echa por tierra la posibilidad de que la misma se vea luego modificada por otro instituto, ya sea la libertad anticipada o la redención de pena por estudio y/o trabajo.

El proceso abreviado podrá acordarse desde “la formalización y hasta el vencimiento del plazo para deducir acusación o solicitar sobreseimiento” (art. 272 del CPP). Considerando que el sobreseimiento puede peticionarse “en cualquier estado del proceso anterior a la sentencia ejecutoriada” (art. 129.1 del CPP), entiendo que el proceso abreviado puede acordarse hasta que exista una sentencia definitiva que haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ende, se podrá acordar el proceso abreviado aún cuando se haya dictado una sentencia definitiva en segunda instancia y siempre que la misma no haya quedado firme.

Gomes Santoro ha seguido otra posición, sosteniendo que el plazo para realizar el acuerdo abreviado culmina una vez presentada la acusación o vencido el plazo para hacerlo. Fundamenta su posición en el art. 273 ter núm. 4 del CPP, el que establece que, si el juez rechaza el proceso abreviado, podrá tramitarse la vía del proceso simplificado, previa petición fiscal. Entiende el citado autor que esta vinculación entre ambos procesos hace improcedente el proceso abreviado en la etapa del juicio oral. No se tiene el honor de compartir esta posición, porque el núm. 3 del art. 273 del CPP nos remite al numeral anterior (“con base a cualquiera de las hipótesis del numeral anterior”); es decir, la facultad que se le otorga al fiscal –de solicitar el proceso sim-

plificado– y el mandato que se le impone al juez –de decretarlo– se hace en el marco establecido en el núm. 3 del art. 273 del CPP. Esto significa que si el fiscal solicita el proceso abreviado antes de deducir acusación –en el marco de un proceso penal ordinario– y en ese acuerdo se fijará una pena no superior a 3 años de penitenciaría para todos los coimputados, y el acuerdo fuera rechazado por inadmisible por el juez, entonces ahí se abriría la posibilidad para el fiscal de solicitar la tramitación del proceso simplificado, en cuyo caso el juez debería decretarlo. Ahora bien, nada impide que el proceso abreviado sea solicitado una vez deducida la acusación y antes de que la sentencia quede ejecutoriada, en cuyo caso ya no se aplicará lo dispuesto en el art. 273 ter núm. 4 del CPP, porque no se da el supuesto del art. 273 ter núm. 3 del CPP al que nos remite. Entonces, en caso de que el juez no haga lugar al proceso abreviado –por considerar que no se ajusta a los requisitos legales establecidos para su validez–, el proceso deberá continuar en la etapa en la que se encontraba, al no existir la posibilidad de tramitar la vía del proceso simplificado.

El proceso abreviado ha permitido cumplir con uno de los objetivos centrales de la reforma penal: reducir la cantidad de personas privadas de libertad sin condena y el largo tiempo en que se mantenía esa situación, contraria al principio de presunción de inocencia. En el sistema anterior, la gran mayoría de los imputados eran procesados con prisión preventiva, y dada la extensión de los procesos judiciales escritos, permanecían sin condena durante largos períodos.

De acuerdo con los informes oficiales, en diciembre de 2017, casi el 70% de los adultos privados de libertad permanecían sin condena. Esto se logró revertir –de forma radical– con la llegada del sistema acusatorio, y en particular, mediante la aplicación del proceso abreviado. Para fines del 2023, el 93% de las personas privadas de libertad estaban condenados, colocando a Uruguay como el mejor país de América del Sur²³.

5. PROCESO SIMPLIFICADO

El art. 29 de la Ley n.º 19.889 agregó al CPP el art. 273 ter, creando el denominado “proceso simplificado”. Se caracteriza por ser un proceso más breve que el ordinario,

23. Fiscalía General de la Nación (2025). *Sistema penal uruguayo: balance a diciembre de 2023*. <https://www.gub.uy/fiscalia-general-nacion/datos-y-estadisticas/estadisticas/sistema-penal-uruguayo-balance-diciembre-2023>. Prison Studies.org (2022). Highest to Lowest Prison Population Rate. https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All.

tal como lo indica su *nomen iuris*. Esto trae aparejada la ventaja de insumir menos recursos, pero –como contrapartida– implica una disminución de garantías.

Al igual que el proceso penal ordinario y a diferencia del proceso abreviado, el proceso simplificado procede respecto de todos los delitos, independientemente de la pena mínima de la figura penal en cuestión. Pero, el legislador fue más allá, y estableció su preceptividad cuando el fiscal solicite esta vía y anuncie que no requerirá una pena superior a tres años para ninguno de los imputados (art. 273.3 del CPP).

Asimismo, y como ya se adelantó *ut supra*, en el art. 273.4 del CPP se estableció que si “en ocasión de tramitarse un proceso abreviado [...], el magistrado [...] entendiera que el acuerdo a que se arribó no se ajusta a derecho, [...] declarará su inadmisibilidad, determinando seguir por la vía del proceso simplificado si el fiscal lo solicita en base a cualquiera de las hipótesis del numeral anterior”. Gomes Santoro critica esta solución, afirmando que lo correcto sería seguir la vía que ofrece más garantía (la estructura ordinaria)²⁴. Por el contrario, entiendo que el art. 273.4 resulta redundante, ya que debería arribarse a la misma solución ante la inexistencia de este. En efecto, si el juez rechaza el proceso abreviado, al fiscal se le abren dos opciones: la vía ordinaria o el proceso simplificado. Y, si el fiscal opta por el proceso simplificado y anuncia que no solicitará una pena superior a 3 años para ninguno de los imputados, entonces el mismo deviene preceptivo en aplicación de lo dispuesto en el art. 273 ter inc. 4 del CPP.

Este proceso se encuentra regulado por el art. 273 ter del CPP y subsidiariamente por las normas que regulan el “proceso oral” (art. 273 ter inc. 1 del CPP). Una interpretación piedeletrista podría llevarnos a concluir que solo son aplicables subsidiariamente las normas que regulan la etapa de juicio oral. Pero, al igual que Soba Brasesco²⁵ y Gomes Santoro²⁶, considero que todas las normas del proceso penal ordinario se aplican subsidiariamente al proceso simplificado.

El proceso simplificado podrá solicitarse desde la formalización hasta que venza el plazo establecido en el art. 265 del CPP. Por ende, si el fiscal deduce acusación por

24. Gomes Santoro, op. cit.

25. Soba Brasesco, Proceso Penal Uruguayo

26. Gomes Santoro op. cit.

la vía de proceso penal ordinario, luego no podrá solicitar la aplicación del proceso simplificado, sino que estará obligado a seguir la estructura procesal ordinaria.

La solicitud se efectuará por el fiscal en audiencia. Luego, el juez debe escuchar a la defensa. Finalmente, el magistrado resolverá.

Se plantea la duda de qué debe resolver el juez, si estamos ante un supuesto en el que el proceso simplificado no es preceptivo –porque el fiscal anuncia que solicitará una pena superior a tres años de penitenciaría para alguno de los imputados–. Al igual que Gomes Santoro, entiendo que el juez no debe hacer lugar al proceso simplificado y se debe seguir el proceso penal ordinario. Ello por dos motivos: a) el proceso penal ordinario es la regla, por lo que solo se puede recurrir a las otras vías cuando la ley así lo establece o existe un acuerdo entre las partes; y b) el proceso simplificado es menos garantista que el ordinario, por lo que debe priorizarse este último²⁷.

La resolución que admita o rechace esta vía procesal será pasible de los recursos de reposición y apelación, de conformidad a lo dispuesto en el art. 365 del CPP. Por lo tanto, ambos recursos deben fundarse en audiencia y la apelación no tendrá efecto suspensivo. Si el TAP competente revoca la sentencia de primera instancia, se anulará lo actuado y se seguirá la vía que corresponda.

Una vez admitido el proceso simplificado, el fiscal deberá acusar en la misma audiencia, respetando las exigencias previstas en el art. 127 del CPP. De la acusación, se le dará traslado a la defensa, la cual tendrá la posibilidad contestarla –en forma oral– en la misma audiencia o –en forma escrita– fuera de esta en un plazo de diez días. La contestación se efectuará con base a lo dispuesto en el art. 128 del CPP.

Si la acusación se contestó en audiencia, entonces el trámite prosigue en la misma. En cambio, si se contestó por escrito, el juez deberá convocar a audiencia en un plazo máximo de diez días, debiendo realizarse “una breve relación de la acusación”. Gomes Santoro también señala que debe hacerse mención a la contestación de la acusación y resolverse las eventuales excepciones opuestas por la defensa.

27. Idem.

A continuación, el juez debe preguntarle “al imputado si admite su responsabilidad en los hechos contenidos en la acusación o si, por el contrario, solicita la realización del juicio. Y, “Si el imputado admite su responsabilidad en los hechos [...] y no fueren necesarias otras diligencias, el juez dictará sentencia inmediatamente. Esto ha llevado a parte de la doctrina y cierta jurisprudencia a entender que, si el imputado reconoce los hechos alegados por la fiscalía, no deberá diligenciarse prueba, debiendo el juez dictar sentencia en esa misma audiencia²⁸. De esta forma, el proceso simplificado se convertiría en un *proceso abreviado encubierto*. En efecto, siguiendo esta interpretación, el proceso simplificado es una *válvula de escape* para resolver –mediante acuerdo– aquellos casos que no admiten la vía del proceso abreviado.

Es evidente que esta posición no fue la querida por el legislador. En efecto, si el legislador hubiera querido que todos los conflictos penales pudieran resolverse mediante un acuerdo entre el fiscal y el imputado –debidamente representado por su abogado–, entonces hubiera ampliado el ámbito de aplicación del proceso abreviado a todos los delitos. Asimismo, y siguiendo a Gomes Santoro, siempre quedan diligencias por cumplir, que consisten en el diligenciamiento de la prueba solicitada en la acusación y –eventualmente– en la contestación²⁹. Sumado a esto, cabe destacar que la confesión no es la *reina de las pruebas*. Es decir, la sola confesión no hace plena prueba, por lo que deberá complementarse con otras pruebas, tal como surge de los arts. 142 y 146.2 del CPP. La única excepción a esta regla la constituye el proceso abreviado, pero en este caso la confesión tiene como base un previo acuerdo entre la fiscalía y el imputado –debidamente representado por su defensa–, lo que no ocurre en el proceso simplificado.

Si el imputado no admite la responsabilidad penal o quedan diligencias por cumplir, se convocará a audiencia en un plazo no menor a veinte días ni mayor a cuarenta días, cuyo contenido se encuentra regulado por el art. 273.3 ter del CPP. En esta audiencia, el juez resolverá las eventuales excepciones previas opuestas en la contestación de la acusación, controlará la regularidad de la prueba, fijará el objeto del proceso, escuchará los alegatos iniciales de las partes, se diligenciará la prueba, se escucharán los alegatos finales de las partes y –finalmente– el juez dictará sentencia en audiencia o fuera de ella dentro de un plazo de 5 días.

28. Hernández, M. y Willebald, D. (2020). Proceso simplificado: estructura ¿simple o compleja? Asociación de Magistrados del Uruguay, *Estudios sobre el nuevo proceso penal* (t. II, pp. 203-216). Fundación de Cultura Universitaria.

29. Gomes Santoro op. cit.

6. VÍAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO

Mediación extraprocesal

La mediación extraprocesal se encuentra regulada en el art. 382 del CPP. Este instituto solo procede respecto de “conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad” (art. 382.1 del CPP), excluyéndose –expresamente– su aplicación respecto de ciertos delitos que implican violencia sexual (arts. 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley n.º 17.815, de 6 de setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (art. 321 bis del CP), así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género (art. 382 del CPP).

Asimismo, la Instrucción General n.º 6 –de fecha 11 de octubre de 2017– establece que tampoco podrá aplicarse la mediación extraprocesal “en los delitos de tortura, desaparición forzada, trata de personas, crímenes de lesa humanidad o genocidio –de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma– hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, y delitos de narcotráfico y terrorismo”.

Por otra parte, dicha instrucción establece que esta vía alternativa procede respecto de los delitos contra la propiedad –sin violencia física o moral contra las personas y con damnificados concretos–, los delitos de lesiones culposas y los delitos de omisión o de comisión por omisión, salvo los de homicidio.

Como habrá advertido el lector, el legislador otorgo un amplio margen de discrecionalidad al fiscal, al momento de decidir qué casos derivar a mediación extraprocesal. Entiendo que esta discrecionalidad no se vio limitada por la citada instrucción general, a pesar de su carácter vinculante, ya que la misma hace referencia a delitos gravísimos, los que evidentemente nunca podrían ser objeto de mediación extraprocesal. La amplia discrecionalidad otorgada al fiscal ha sido criticada por cierta doctrina, señalando que el legislador debió establecer una pena mínima a partir de la cual no proceda este instituto o consagrar límites más claros en cuanto a los supuestos que dan lugar a la mediación extraprocesal³⁰.

30. Gomes Santoro, op. cit.

La norma tampoco es clara en cuanto a si procede antes o también después de formalizada la investigación. Concuero con Rivadavia, Almeida Idiarte, Alfaro Frade, Rodríguez Ford y Garderes Gasparri, quienes sostienen que solo puede acudirse a esta vía en la primera etapa de la indagatoria preliminar, cuando todavía no se inició el proceso penal³¹. Esta misma posición ha sido seguida por el Consejo Honorario de Instrucciones Generales, en su Instrucción General n.º 6, al ubicar a este instituto dentro de las excepciones al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. Por su parte, en una posición que parece aislada, Gomes Santoro afirma que esta vía también procede cuando hay un proceso pendiente³².

En cuanto al trámite, cabe comenzar señalando que es el fiscal quien tiene la posibilidad de derivar el caso a la mediación extraprocesal, pero se deberá contar con la conformidad tanto del imputado como de la víctima para que dicho instituto proceda. La mediación extraprocesal se realiza en las oficinas del Poder Judicial, que cuenta con Centros de Mediación. Es más, el Poder Judicial está obligado a llevar un registro de los acuerdos celebrados y de su cumplimiento. Si el acuerdo celebrado no es cumplido, entonces el fiscal podrá retomar el caso y continuar con la investigación preliminar.

La norma en estudio trae una solución polémica al establecer que las partes “están eximidas de concurrir con asistencia letrada”. Garderes Gasparri critica esta solución, afirmando que restringe el principio de defensa técnica³³.

Acuerdos reparatorios

Esta segunda y última vía de resolución de conflictos se encuentra regulada por los arts. 393 a 396 del CPP. Este acuerdo procede respecto de los siguientes tipos penales:

31. Rivadavia, V. Almeida Idiarte, R. (2017). Algunas consideraciones sobre la mediación penal extraprocesal. En Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal: en homenaje al Dr. Fernando Cardinal Piegas* (pp. 199-206). Fundación de Cultura Universitaria. Alfaro Frade, M. y Rodríguez Ford, M. E. (2016). Vías alternativas de resolución del conflicto penal en el Nuevo Código del Proceso Penal. *Revista de Derecho Penal*, (24), 41-56. Garderes Gasparri, S. (2021). Vías alternativas de resolución del conflicto: mediación, suspensión condicional del proceso, acuerdos reparatorios. En A. Abal Oliú (Coord.) *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal* (pp. 191-205). Fundación de Cultura Universitaria.

32. Gomes Santoro, op. cit.

33. Garderes Gasparri, op. cit.

- a) delitos culposos;
- b) delitos castigados con pena de multa;
- c) delitos de lesiones personales y delitos de lesiones graves –cuando no pongan en peligro la vida de la persona ofendida–;
- d) delitos de contenido patrimonial;
- e) delitos perseguibles a instancia de parte, excepto delitos contra la libertad sexual;
y
- f) delitos contra el honor.

Este último literal resulta redundante, en tanto los delitos contra el honor ya se encontraban abarcados en el literal anterior (delitos perseguibles a instancia de parte)³⁴. Por otro lado, este instituto –al igual que el anterior– no será aplicable “respecto de delitos de violencia sexual (artículos 272, 273 y 274 del Código Penal) o explotación sexual (Ley N° 17.815, de 6 de setiembre de 2004), del delito de violencia doméstica (artículo 321 bis del Código Penal) así como respecto de otros tipos penales que se hayan cometido como forma de ejercer violencia basada en género” (art. 394 *in fine* del CPP).

El acuerdo reparatorio podrá celebrarse desde la formalización hasta que la sentencia quede ejecutoriada. Una vez que las partes (imputado y víctima) arriban al acuerdo, deben solicitar su homologación al juez, quien convocará a audiencia a las partes y al fiscal. El juez debe escuchar al representante del Ministerio Público y controlar los requisitos de admisibilidad del acuerdo. Es importante destacar que el juez tiene la obligación –impuesta a texto expreso– de controlar que: a) “la víctima y el indagado hayan prestado su consentimiento en forma libre y voluntaria” y b) “que hayan sido debidamente instruidos del alcance del instituto y de las obligaciones que ello implica”. Esta obligación tiene como finalidad que el imputado y la víctima sean debidamente asesorados antes de aceptar estos acuerdos, y que ninguna de las partes haya sufrido ningún tipo de coacción o presión para lograr su aceptación.

34. Alfaro Frade y Rodríguez Ford, op. cit.

Si el tribunal entiende que se han cumplido los requisitos del acuerdo, entonces lo homologará. En caso contrario, dictará una sentencia –desestimando el acuerdo– la cual será pasible de los recursos de reposición y apelación, con efecto suspensivo (art. 395 inc. 4 del CPP). Esta sentencia podrá ser impugnada tanto por la víctima como por el indagado, así como también por el fiscal, en caso de que este último se haya pronunciado a favor de la homologación del acuerdo.

El juez no se encuentra vinculado por el dictamen fiscal, por lo que puede ocurrir que el acuerdo se homologue aun cuando el fiscal se haya pronunciado a favor de su rechazo. En este caso, el fiscal podrá interponer los recursos de reposición y apelación, pero esta última será sin efecto suspensivo. Entiendo que esta solución legislativa es desacertada, porque puede llevar a que se revoque un acuerdo que ya fue cumplido por las partes.

En caso de que el imputado incumpla el acuerdo, la víctima tendrá la posibilidad de solicitar la revocación del mismo o su ejecución judicial. Si se opta por la primera opción, se seguirá la vía incidental³⁵. Si el juez dispone la revocación del acuerdo, el proceso continuará en la etapa en la que se encontraba (art. 396 inc. 3 del CPP). Esta sentencia es apelable con efecto suspensivo (art. 396 inc. 2 del CPP).

Si la víctima opta por la ejecución judicial del acuerdo, se plantea la duda de cuál es el juez competente, ya que el CPP plantea un vacío respecto de este punto. Soba Brasesco entiende que se debe aplicar el art. 372 del CGP³⁶, por lo que será competente el juez penal que homologó el acuerdo. En opinión contraria, Gomes Santoro y Garderes entienden que el juez competente es el civil, ya que la posición de Soba Brasesco viola lo dispuesto en los arts. 18 a 29, 288 y 289 del CPP³⁷. Según estos autores, debe aplicarse el art. 245 del CPP³⁸ por vía analógica, el cual atribuye competencia a los jueces civiles.

35. Gomes Santoro, op. cit.

36. El art. 372.1 del CGP establece que “Será competente el tribunal que hubiere conocido o que le correspondiere conocer en primera instancia”.

37. Gomes Santoro, op cit.; Garderes Gasparri, op. cit.

38. Art. 245 del CPP (Efectividad de las cauciones): “245.1 Las cauciones se efectivizarán recurriendo al procedimiento de ejecución en vía de apremio previsto en los artículos 377 y siguientes del Código General del Proceso. Actuará como ejecutante el Fiscal Letrado de Aduana y Hacienda y será competente la jurisdicción civil. [...] 245.2 El producido será asignado al Poder Judicial en calidad de recursos de libre disposición destinados a solventar gastos en el fortalecimiento de las oficinas judiciales en materia penal”.

Una vez que se haya cumplido el acuerdo, o que hayan pasado seis meses desde el vencimiento del plazo acordado por las partes, el juez declarará extinguido el delito, ordenándose la cancelación de los antecedentes judiciales (arts. 395 inc. 5 y 397 del CPP).

7. CONCLUSIONES

Después de casi doscientos años de tradición inquisitiva, arribó al Uruguay el sistema acusatorio. En efecto, el 1º de noviembre de 2017 comenzó a regir un nuevo Código Procesal Penal, el cual traería aparejado un proceso penal oral y público, más transparente y con mayores garantías que el inquisitorial.

A través del presente trabajo académico se analizó una de las grandes innovaciones de este nuevo proceso penal: la indagatoria preliminar. La misma, en sus dos fases (administrativa y judicial), se encuentra a cargo del fiscal, desplazando al juez de una tarea que *contaminaba* su juicio.

También se estudiaron las distintas etapas del proceso penal ordinario, que comienza con la formalización de la investigación, que –como se analizó *ut supra*– es más que una mera comunicación formal. Luego, se analizó la etapa intermedia, que empieza con la acusación –deducida por el fiscal– y continúa con la contestación a la misma –por parte de la defensa–. Se incursionó en el análisis –aunque brevemente– en una de las audiencias más importantes del proceso penal ordinario; esta es, la audiencia de control de acusación, en donde se resuelve –entre otras cuestiones– qué pruebas serán diligencias en el juicio. Finalizamos el estudio de las etapas del proceso penal ordinario analizando la regulación del juicio oral.

El presente artículo continúa con el análisis de otra de las más importantes innovaciones de este proceso penal, a través de la cual se resuelven más del 99% de los casos penales. El proceso abreviado, creado con la finalidad de reducir los tiempos y costos del proceso penal ordinario, se ha convertido en el instituto de mayor trascendencia del sistema acusatorio uruguayo.

Por otra parte, se estudió el proceso simplificado, el cual también busca desahogar la carga judicial que implica el proceso penal ordinario, pero sin la necesidad de que el imputado reconozca los hechos. Aunque, como se ha señalado, en ocasiones opera como un *proceso abreviado encubierto* por el cual se resuelven los casos que no

pueden ser tramitados por el proceso abreviado –porque la pena mínima del delito imputado supera los 4 años–.

Por último, se dedicó unas palabras a otra de las novedades del nuevo CPP, referida a las vías alternativas de resolución de conflictos, en las cuales la víctima asume un rol esencial. La mediación extraprocésal y el acuerdo reparatorio, con diferente ámbito de aplicación y trámite, permiten que el imputado y la víctima arriben a una solución del conflicto penal, evitando las vías contenciosas.



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

Sección 7 - Derecho Comparado

El honor y la dignidad de la persona humana como límite de la transparencia

Pablo Schiavi

El honor y la dignidad de la persona humana como límite de la transparencia

por Pablo Schiavi¹

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: TRANSPARENCIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Temas como éste no pueden tratarse sin partir de una determinada concepción de la persona humana y del Estado, aspectos estos que presentan una innegable indisoluble ligazón.

En efecto, la persona humana condiciona el tipo de Estado, como enseña DURÁN MARTÍNEZ².

Hoy en día, en el mundo occidental, se afirma lo que se ha llamado el Estado Constitucional de Derecho basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de constitucionalidad para comprender a los principios supraconstitucionales, llamado así para marcar la diferencia con el Estado Legislativo³.

1. PhD. Doctor por la Universidad de A Coruña (Mención *Cum Laude*). Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor Adjunto Grado 3 de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UdelaR). Profesor en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Médico en el Máster en Dirección de Empresas de Salud (MDES) en la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM). Profesor de Derecho de la Información en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Director del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7420-2471>.

2. DURÁN MARTÍNEZ A. (2010). Principios rectores de la enseñanza y la educación. En: *Transformaciones actuales del derecho administrativo*. (pp.205-224). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 6-9 de oct. 2009).

3. DURÁN MARTÍNEZ A. (2010). Principios rectores de la enseñanza y la educación. En: *Transformaciones actuales del derecho administrativo*; Ob. cit. pp. 205 y ss.

Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana, y ella deriva de su condición de *imago Dei*.

Y conforme a esta concepción, el Estado, más precisamente el Estado Constitucional de Derecho, está para el logro del bien común, es decir para crear las condiciones de hecho necesarias para el desarrollo de la persona humana⁴.

En definitiva, el Estado, ser instrumental, está para facilitar el adecuado desarrollo de la persona humana.

Aquí, pues, debemos buscar los principios rectores de la transparencia, del acceso a la información pública, *del acceso a la información de todos*.

Los principios fundamentales del derecho de acceso a la información pública nos obligan a *pensar y actuar en clave de transparencia*, en tanto manifestación de una cultura de gobernanza abierta, ética y moderna, y también nos obligan a tomar real dimensión y consideración de que estamos ante un derecho humano fundamental y que, por tanto, toda solicitud de acceso que se materialice en tal sentido, y que sea canalizada a través del procedimiento administrativo especial (“ruta hacia la información pública”⁵), deberá ser tratada y considerada como tal.

Y éste no es un tema menor o redundante. Es un tema central, de principios. Y más a la luz de las respuestas frágiles y evasivas esgrimidas por el Estado ante situaciones puntuales planteadas que han tomado estado público en los últimos tiempos.

Como un desprendimiento del derecho a la información, emerge con plena autonomía el derecho de acceso a la información pública, apunta Marcela I. BASTERRA, citada por DELPIAZZO, quien sostiene que tres principios generales convocan a la accesibilidad de la información de los entes públicos, siempre que la misma no se encuentre limitada mediante ley dictada por razones de interés general en atención a fines específicos (tal como ocurre con el secreto militar, el secreto estadístico y el

4. DURÁN MARTÍNEZ, A. (2010). Principios rectores de la enseñanza y la educación. En: *Transformaciones actuales del derecho administrativo*; Ob. cit. pp. 205 y ss.

5. SCHIAVI, P. (2014). Procedimiento administrativo especial: Ruta de acceso a la información pública. *Estudios de Derecho Administrativo*, (10), 399-424.

secreto tributario)⁶.

Tales principios son, en primer lugar, el principio de publicidad del obrar administrativo; en segundo lugar, e íntimamente asociado al principio de la publicidad, el principio de transparencia y en tercer lugar, y desde la perspectiva tecnológica, el principio de participación. De acuerdo con dicho principio, existiendo accesibilidad real, corresponde que los habitantes sean informados y consultados en los asuntos que les conciernen⁷.

El Comité Jurídico Interamericano plasma los “Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información” (CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08, 7 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil) sobre el derecho de acceso a la información, los cuales están interrelacionados y deben interpretarse de forma integral⁸.

Al respecto simplemente insistir con lo enunciado en el primer principio, en tanto establece los pilares fundamentales de este derecho: “1. *Toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática, y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación*”.

VÁZQUEZ señala que “el principio más fuertemente involucrado es el de la transparencia de la gestión pública, concepto que se instala con fuerza en la preocupación de la comunidad, sobre todo en la década de los noventa”⁹.

En la aplicación de los principios rectores en materia de acceso a la información pública, se plantea la cuestión de cómo resolver los probables conflictos entre di-

6. DELPIAZZO, C. (2009). A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. En: *Protección de datos personales y acceso a la información pública*. (pp.9-22). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en 9as. Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Informático (Montevideo: 9-10 jun.2008).

7. DELPIAZZO, C. (2009). A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso; Ob. cit. pp.9-22.

8. SCHIAVI, P. (2012). *El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.

9. VÁZQUEZ, C. (2011). El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de los datos personales. *Revista de Derecho y Tribunales*, (15), 59-109.

chos principios – sí los hubiera- y los principios en materia de protección de datos personales, considerando la necesidad de conciliar el interés público comprometido con el derecho a la información y la transparencia de la gestión pública, con la tutela de la intimidad y la privacidad que son inherentes a la persona humana, a lo cual dedicaremos el último capítulo del presente trabajo, para abordar la publicación indiscriminada de actos administrativos sancionatorios que violentan la dignidad y honra de la persona humana.

Al respecto, la UNESCO subraya que el libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa. El acceso a la información pública constituye a: la transparencia de la gestión pública; el combate a la corrupción y la cultura del secreto como práctica; la eficiencia en el manejo de la labor pública; la participación ciudadana en la forma de decisiones de interés público.

TENORIO sostiene que el derecho de acceso a la información no es un derecho a recibir información que implica una especie de *«derecho a la noticia»* por el contrario, este derecho *«no se reduce a un simple reflejo pasivo de la libertad de informar como simple interés difuso de la colectividad a acceder a la información»* sino adquiere fuerza y naturaleza propia en el *«principio democrático, que reclama la publicidad de la información que obre en poder del Estado»*, la cual debe existir de manera fehaciente y sin ningún tratamiento de edición o de selección de la información permitiendo con ello que el ciudadano acceda a la fuente primigenia, real, originaria de la misma. Este derecho que hoy nos ocupa es un derecho que impone obligaciones a los poderes públicos orillándolos a publicitar su actuar no sólo a partir de un ejercicio material del mismo derecho sino a partir del establecimiento y reconocimiento constitucional de los sujetos obligados a proporcionar información y de las obligaciones que se asumen respecto a la misma¹⁰.

La rendición de cuentas se considera el sello distintivo de la gobernanza democrática moderna y un concepto central en la gestión pública (Bovens, 2005; Dubnick, 2005)¹¹.

10. TENORIO CUETO, G. (2017). El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano. *Gestión y análisis de políticas públicas*, (17), 79-99. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10401/11035>; Fecha de consulta: 10/6/2021.

11. YANG, K. (2012). – « Further Understanding Accountability in Public Organizations: Actionable Knowledge and the

Thomas Schillemans (2012) prestigioso profesor de Utrecht University, School of Governance (USG), pone especial acento en el concepto de “Accountability”¹².

Hasta hace poco, “el secreto de Estado” fue por mucho tiempo la regla, en su relación con los particulares. Con el triunfo del neoconstitucionalismo que nos hace ver el ordenamiento jurídico desde la óptica de los derechos humanos, ese “secreto de Estado” tiende a desaparecer. El derecho al acceso a la información pública se impone, adquiere autonomía y comienza a ser recogido expresamente por las constituciones más modernas, como la española de 1978¹³.

Acceso a la información pública y rendición de cuentas democrática – en tiempo real– son, sin dudas, pilares fundamentales de una Administración pública eficiente, transparente y cercana a la nueva ciudadanía digital y a sus nuevas demandas y requerimientos.

Con acierto, señala DURÁN MARTÍNEZ que “se ha visto el fundamento del derecho de acceso a la información pública en la necesidad de transparencia y como una exigencia democrática. En definitiva, este es un derecho que hace a la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho o, como también se dice del Estado Constitucional”¹⁴.

2. TRANSPARENCIA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

El derecho a la “buena administración”, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –Título V, sobre “Ciudadanía”; artículo 41, sobre el “Derecho a una buena Administración”– en tanto verdadero “derecho” de los ciudadanos y obligación de las administraciones públicas que ha calado en la legislación y en la jurisprudencia como expresión aglutinante de su buen funcionamiento, se ha

Structure–Agency Duality», Disponible en: <http://mpoe.rmbs.ruc.edu.cn/docs/2019-12/c73c44fa65af4b1e84e135f6d55ef619.pdf> ; Fecha de consulta: 17/3/2021.

12. SCHILLEMANS T. (2012). – «The Public Accountability Review. A Meta-Analysis of Public Accountability Research in Six Academic Disciplines. Working Paper, Utrecht University School of Governance», Disponible en: <https://ecpr.eu/filestore/paperproposal/506d8262-c33b-44ed-8b00-7b3edf2e250f.pdf> ; Fecha de consulta: 17/3/2021.

13. DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública hábeas data: Leyes no. 18.331, de 11 de agosto de 2008 y no. 18.381, de 17 de octubre de 2008. (2a.ed.act.ampl). Montevideo: Amalio M. Fernández.

14. DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública hábeas data...: p.96.

positivado, a juicio de RODRÍGUEZ ARANA¹⁵, en una serie de principios específicos, mandatos y directrices para las administraciones públicas, entre ellos, *la transparencia administrativa* y *el derecho de acceso a los archivos y los registros administrativos*, el derecho a la participación en las decisiones y asuntos públicos, y, la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la administración autonómica —garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos— ¹⁶.

De ahí el fundamento primario que se impone en cuanto a que el acceso a la información pública, el acceso a la información todos, sin perjuicio de las legítimas restricciones, es una manifestación de la buena administración, y es mucho más que eso, es una manifestación innegociable de un Estado Constitucional de Derecho.

La transparencia, en tanto nota intrínseca de un Estado de Derecho, juega un papel clave en la democratización y el acceso de los ciudadanos a información relevante en poder de la Administración Pública, en el marco de la llamada rendición de cuentas ciudadana.

Un Estado es o no es transparente, y esto forma parte de la forma en cómo se posiciona tanto frente a sus ciudadanos dentro de su territorio como frente a la comunidad internacional. La transparencia no reconoce fronteras ni límites territoriales, y es señal de credibilidad y de fortaleza de la institucionalidad de cada Administración.

El acceso a la información pública, y la transparencia tanto activa como pasiva, han adquirido con el correr de los años, nuevas dimensiones al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, y con el impacto de las redes sociales.

Hoy en día, cualquier organismo público relevante a nivel global, para dar cumplimiento a sus obligaciones de transparencia, cuenta no sólo con un portal web oficial – primera nota de la transparencia activa-, lo cual ya no satisface las necesidades de sus ciudadanos, sino además debe contar con distintos canales de información y

15. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2010). El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, p. 117-149, 2010.

16. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2010). El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea: ...pp. 117-149.

de comunicación en un verdadero ecosistema de información oficial digital en sus redes sociales oficiales: “X”, ex Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn, entre otras.

La publicación de información pública en portales web oficiales, si bien obligatoria, es claramente insuficiente para satisfacer las necesidades actuales de una ciudadanía digital, que seguramente accederá a tal información, a través de redes sociales, lo cual es sumamente positivo, porque cuantos más canales oficiales de comunicación, mayor transparencia.

Este crecimiento de canales de comunicación para una gestión transparente tuvo una verdadera mutación potenciada por la pandemia pasando de portales web oficiales sin interacción e intercambio con los ciudadanos a una multiplicidad de redes sociales con interacciones permanentes que, a su vez, se transforman en activos digitales al compartir la información oficial en sus distintas redes sociales.

Basta sólo recordar la importancia que esto tuvo en plena pandemia de la covid-19, las redes sociales oficiales de las autoridades sanitarias han tenido un rol protagónico para difundir todo tipo de información sanitaria relevante al instante, en tiempo real y de manera confiable, y asimismo, como pilares del combate de la desinformación en salud.

Al estudiar el panorama de la reforma administrativa en América Latina, DELPIAZZO hace referencia a reformas de primera, segunda y de tercera generación. Si se mira el panorama de la reforma administrativa especialmente en América latina es posible advertir que las llamadas reformas de *primera generación* refirieron a la Administración convencional o clásica y apuntaron básicamente a la reducción de su tamaño (enfoque cuantitativo) En cambio, las denominadas reformas de *segunda generación* se han centrado en los resultados del proceder administrativo (enfoque cualitativo), poniendo el acento en la eficacia y eficiencia de los servicios, en la reducción de la corrupción, y en la participación ciudadana.

Al influjo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, las llamadas reformas de *tercera generación* apuntan en una doble dirección: desde la Administración, por advertir el inmenso potencial de dichas tecnologías para mejorar la prestación de todo tipo de servicios y la propia gestión administrativa, y desde la ciudadanía, por la posibilidad de acceder a más y mejor información, controlar a las autoridades, obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiem-

po y demás recursos”. Es a esta tercera generación contemporánea de reformas a la que corresponde atribuir mayor incidencia sobre el Derecho Administrativo por cuanto ella determina el tránsito de la Administración convencional (tradicional) a la electrónica (actual) en el marco del avance hacia el Gobierno electrónico¹⁷.

Nos permitimos sumar, a la descripción efectuada, una reforma de cuarta generación en sede de Administración Pública Electrónica porque el crecimiento exponencial de las redes sociales públicas y la difusión de la información pública a través de ellas, ha superado largamente las expectativas de una tercera generación de reformas, y hoy, con los riesgos que ello implica, vivimos *en un cambio de paradigma comunicacional con impactos en el Derecho y en las exigencias de transparencia, ya que los ciudadanos sólo van a satisfacer sus necesidades de información, si la misma es proporcionada por la Administración, al instante y en tiempo real, en su ecosistema digital.*

Ni siquiera van a esperar que dicha información se publique en un medio de prensa tradicional o electrónico, ni en una página web pública, ni mucho menos en un Diario Oficial, hoy es el propio Estado el que comunica a sus ciudadanos en tiempo real, al instante, y sin intermediarios – medios de comunicación tradicionales- a través de sus redes sociales.

Las redes sociales, y su uso masivo por parte de las Administraciones Públicas, supone un cambio de paradigma comunicacional de los gobiernos con sus ciudadanos, y hoy, resulta inconcebible, que los aparatos de comunicación públicos carezcan de redes sociales, especialmente “X” ex Twitter, para comunicarse en forma directa, en tiempo real y sin intermediarios con la ciudadanía, con lo cual, esa interacción permanente entre Administración y ciudadanos, sin intermediarios, es claramente una nueva manifestación de la participación ciudadana, también relevante y sinónimo de un Estado de Derecho.

Ahora, todo tiene un límite infranqueable, como sin dudas lo es, la dignidad y honra de la persona humana.

17. DELPIAZZO, C. (2011). El derecho administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso. *Revista de la Facultad de Derecho*, (30), 87-107.

Bienvenida sea la transparencia en dimensión 3.0, pero la publicación de información en páginas web o en redes sociales oficiales no puede ser indiscriminada ni generalista, debiendo resguardarse la identidad de ciudadanos o de funcionarios públicos según los casos y según las situaciones.

3. LA TRANSPARENCIA MAL ENTENDIDA

La transparencia es un pilar irrenunciable de un Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin transparencia.

En este punto, no hay dos lecturas.

Ahora, en un Estado de Derecho, también debe respetarse el honor y la dignidad de las personas, sean ciudadanos o funcionarios públicos, que debido a la publicación indiscriminada e ilegítima de resoluciones adoptadas por la Administración, que ni siquiera han sido sometidas al control jurisdiccional, pueden verse seriamente afectados, violentando garantías básicas, y sometiendo a la persona al escarnio público y a la condena social, sin importar la etapa en que se encuentren los procedimientos administrativos en curso.

Distinguimos entre ciudadanos y funcionarios, a los sólo efectos ilustrativos, ya que actualmente la Administración Pública en Uruguay, en muchas ocasiones, publica resoluciones que hacen referencia a ciudadanos que por ejemplo han sido multados por ésta, en ejercicio de su actividad de control, pero que además de la multa, y sin fundamento alguno, dicha resolución se hace pública provocando una especie de doble sanción, y un grave daño reputacional sin sentido; y de funcionarios públicos, porque se publican en sitios webs oficiales, resoluciones por ejemplo de sumarios o sanciones administrativas sin ningún amparo legal, alegando en forma errónea, razones de transparencia.

En la sociedad hiperdigitalizada e hiperconectada que vivimos, la sólo publicación de una resolución sancionatoria en una página web oficial, sin control jurisdiccional, es a todas luces, ilegítima e implica una doble condena o una doble sanción para el ciudadano o el funcionario, según los casos, teniendo en cuenta las incontables resoluciones que lucen publicadas en las distintas páginas web de la Administración Centralizada y Descentralizada, resoluciones que disponen sanciones que en su mayoría ni siquiera están firmes, provocando un daño reputacional irreparable, y me

animo a decir, incuantificable para las personas expuestas y sometidas el escarnio público¹⁸.

La publicación indiscriminada de resoluciones sancionatorias en el Estado, no puede fundarse en razones de transparencia, porque no hay un solo artículo de la Ley N° 18.381, de Acceso a la Información Pública, que así lo imponga, violentando en forma grosera la dignidad y el honor de la persona humana, y contradiciendo en forma manifiesta la reserva de las actuaciones que priman en tales procedimientos y que protegen tales derechos fundamentales.

Y además, y no menor, lleva al ridículo a la sanción administrativa o ética, cualquiera sea su gravedad, ya que al ciudadano o al funcionario público, según los casos, lo que menos le importa en general, es la sanción que se le impuso – que quedará en el ámbito interno de su Administración-, lo que no quiere decir que sea no relevante, pero resultará ser insignificante en comparación al daño incuantificable que le va a producir la publicidad ilegítima de la sanción en sitios web públicos.

Y esto aplica también para fallos absolutorios, porque su sola publicación ya deja expuesto al funcionario público o al ciudadano en este ámbito, haciendo público sin necesidad ni sustento legal alguno que fue sumariado, y las razones del sumario, en su caso.

No publicar no significa ocultar información sino preservar la dignidad de la persona humana, llevando a lo ilógico de que mientras todo el expediente físico o electrónico del sumario administrativo es reservado menos para él y su defensa, exigiendo además mantener la confidencialidad a los intervinientes, al mismo tiempo, se publican las resoluciones en portales públicos.

Entendemos que el hecho de que la resolución que se publica adquiera firmeza no tiene nada que ver con las verdaderas razones que sustentan su no publicación.

La publicación indiscriminada de resoluciones en sitios webs públicos atenta contra la dignidad humana, base fundamental y sustancial de un Estado Constitucional de Derecho.

18. SCHIAVI P. (2021). Reputación 'on line' ¿La identidad digital es tan importante como la real? ¿Derecho al honor o libertad de expresión?. En: *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Emérito Dr. Carlos E. Delpiazso*. (pp.311-322). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

No pueden alegarse razones de transparencia en estos casos, cuando se publican los fallos o resoluciones, con nombre y apellido, con su contenido original y con lujo de detalles de todo lo ocurrido, violentando incluso aspectos sensibles, lo cual supone la violación flagrante de sus regulaciones que las tutelan.

Así, por ejemplo, en las resoluciones, y además de la identidad de los funcionarios, y lejos de querer ocultar conductas o prácticas ilegítimas, lucen detalles, que violentan flagrantemente la dignidad de las personas involucradas.

Así por ejemplo la Intendencia de Montevideo llega al absurdo de publicar en su sitio web oficial resoluciones de multas por alcoholemia de ciudadanos con el nombre y apellido de la persona, entre otros detalles; violentando la Ley de Protección de Datos Personales, y demoliendo la reserva y la confidencialidad de un examen de alcoholemia que es reservado por naturaleza, entre otros extremos^{19 20 21}.

En el mismo sentido, el Banco Central del Uruguay publica resoluciones que aplican sanciones administrativas a funcionarios públicos del ente, en el marco de un procedimiento disciplinario, haciendo trizas, sin amparo legal alguno, la reserva de las actuaciones del sumario, y sin esperar, siquiera, que el acto administrativo sea sometido a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo cual es, todos luces, un verdadero disparate^{22 23 24}.

19. Multa por alcoholemia aplicada el 25 de agosto de 2007 por intervenido 07301916 al vehículo matrícula B 521833, propiedad del Sr. Maximiliano Díaz C.I: 3.418.311.9. <https://www.montevideo.gub.uy/asl/sistemas/Gestar/resoluci.nsf/9c58528e7d7b0c24832579430045924a/68722fe0d35dca8b03258862005c6e07?OpenDocument>

20. Multa aplicada al Sr. ROBERTO GELPI, C.I. N° 1.547.735-1 por Resolución N° 209/18/1500 del 20 de febrero de 2018. <https://www.montevideo.gub.uy/asl/sistemas/gestar/Resoluci.nsf/9c58528e7d7b0c24832579430045924a/6b1bcee0b496deaf0325826b0056e34a?OpenDocument>

21. Multa de tránsito al Sr. Hugo Mauttoni, en su calidad de conductor del vehículo Matrícula J22939, por negarse a realizar la prueba de alcoholemia.-que le fuera aplicada el 29 de mayo de 2010, en su calidad de conductor del vehículo Matrícula J22939, por negarse a realizar la prueba de alcoholemia.-<https://montevideo.gub.uy/asl/sistemas/Gestar/resoluci.nsf/9c58528e7d7b0c24832579430045924a/367d8d0ccbc8da6483257799005dc9a8?OpenDocument>

22. R.N°:D-202-2022, Directorio BCU. https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Resoluciones%20de%20Directorio/RD_202_2022.pdf

23. R.N°:D-14-2025 https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Resoluciones%20de%20Directorio/RD_14_2025.pdf

24. R.N°:D-179-2017 https://www.bcu.gub.uy/Acerca-de-BCU/Resoluciones%20de%20Directorio/RD_179_2017.pdf

En la misma línea, lucen resoluciones de sanciones administrativas en los sitios web de OSE²⁵; BPS²⁶; entre otros organismos públicos.

Una vez publicada la sanción administrativa en la web, se provoca un daño reputacional irreparable al funcionario, más allá de que, años después el TCA pueda anularla.

Quién se hará cargo de los daños ocasionados por la publicación de una sanción administrativa que posteriormente puede ser anulada por el TCA, se ha convertido hoy en una interrogante que carece de respuesta, y que expone a la Administración a acciones civiles tendientes a reparar el daño causado a los funcionarios por la publicación, sin fundamento legal alguno, de resoluciones que ni siquiera fueron sometidas aún al control jurisdiccional.

4. LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES COMO ESCUDO DEL HONOR Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS.

El procedimiento administrativo sancionador es el instrumento jurídico del que se vale la Administración para determinar si existió o no una infracción o falta, y eventualmente, aplicar o no, una sanción administrativa.

Infracción, sanción y procedimiento administrativo sancionador, son los tres pilares fundamentales para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Es indispensable la revisión de la publicación indiscriminada de resoluciones administrativas disciplinarias en sitios webs oficiales, que violenta flagrantemente la dignidad de las personas involucradas, exponiéndolos al escarnio público y a una doble condena, más allá de la sanción propiamente dicha.

La publicidad y difusión pública de la información contenida (datos personales) en tales actos administrativos causa un daño grave a la reputación personal, profesional y corporativa de las personas involucradas, que puede aparejar consecuencias irre-

25. Resolución de Directorio N° 874/17 <https://acuerdos.ose.com.uy/igdoc/publicaciones.nsf/c2ec08410b28233a-83257ca6006b7eed/83257cb300450de20325815b005d0a1f?OpenDocument>

26. R.D. N° 20-3/2023. - <https://www.bps.gub.uy/bps/file/20763/1/20-3-2023---sancion-con-suspension-de-dias-de-trabajo.pdf>

versibles, exponiendo sin fundamento alguno, información reservada en una página web pública.

Sus nombres y apellidos serán fácilmente ubicables, al tratarse de páginas webs públicas, con tan sólo una búsqueda “simple” en Google, en forma inmediata, afectando gravemente su reputación.

No tenemos duda alguna el sólo hecho de que una búsqueda en Google arroje la resolución con los nombres y apellidos de las personas vinculándolos a hechos que se está investigando, lesiona no sólo su honor y dignidad, sino que violenta todos los principios generales que consagran garantías a las personas, haciéndolos trizas en segundos, y expóniéndolos en forma automática a las personas como “responsables” o “culpables” de hechos cuya investigación está en curso, viciándola por completo.

Esto, sin más, debe interpretarse como la existencia de algún perjuicio concreto lo cual, en los hechos, surge de múltiples búsquedas de personas conocidas y por qué no desconocidas, en buscadores públicos como “Google” que, en reiteradas ocasiones, se ven lesionadas por el contenido de las resoluciones lesivas, debiendo la Administración preguntarse, en primer lugar cual es el fundamento normativo al amparo del cual publica las mismas en el sitio web, por tiempo indefinido tales resoluciones, generando una “doble” condena a los afectados, y violando en forma flagrante, la legislación nacional sobre protección de datos personales.

No es la Administración la que debe valorar si la publicación en su página web – y sí las personas afectadas- aparece como notoriamente agravante o que pueda afectar la reputación, el honor, el buen nombre de las personas y si, por el contrario, debería precisar, lo cual no ha hecho, el amparo normativo que sustenta tal publicación, cuya permanencia en el tiempo carece de toda justificación, no pudiendo alegar razones de transparencia, ya que aquí, se está violentando la privacidad e intimidad de las personas sin causa alguna.

Además, y por lo general, la Administración desconoce o no aplica el concepto de anonimización de los nombres de ciudadanos, y de datos personales, que los expone y los deja completamente vulnerables, publicación de datos personales que viola en forma flagrante la Ley N° 18.331, de Protección de Datos Personales, que debería ser considerada, por lo menos, - por lo menos, para anonimizar o disasociar los datos personales, y no exponerlos al escarnio público, sin ningún fundamento legal.

La publicación en sitios web públicos de resoluciones que imponen sanciones a ciudadanos o a funcionarios públicos no entra – de ninguna forma- en el marco de las obligaciones de transparencia activa de los organismos, y vulnera no sólo las disposiciones de la Ley N° 18.381, de Información Pública, sino también las disposiciones de la Ley N° 18.331, de Protección de Datos Personales.

En el caso de que a pesar de lo señalado, se publiquen resoluciones de este tipo, **la disociación es de principio**, ya que no existe interés público alguno en conocer la identidad de los involucrados, por lo que este criterio de publicación indiscriminada adoptado la Administración debe tener fuente legal – que no lo tiene- ya que sólo una ley podría disponer tal extremo.

Si la honra y dignidad de la persona humana se violentan, fundado en inexistentes razones de transparencia, se violentan derechos humanos elementales, al exponer al escarnio público a personas, razón por la cual, es inadmisibles la publicación indiscriminada de actos administrativos sancionatorios, y su publicación debe guardar ante todo razonabilidad y proporcionalidad.

5. CONCLUSIONES

En un Estado Constitucional de Derecho basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de constitucionalidad, que reposa en la dignidad de la persona humana, *haya su razón de ser la transparencia y los principios rectores del acceso a la información pública, del acceso a la información de todos.*

No existe Estado Constitucional de Derecho, ni Estado de Derecho a secas, si la Administración Pública no es esencialmente transparente, siendo hoy, una de las principales credenciales de presentación de cualquier Estado ante la comunidad internacional, la transparencia, la credibilidad y la confiabilidad de la información pública de calidad que proporciona a sus ciudadanos.

Sin perjuicio de lo cual, jamás pueden utilizarse o alegarse infundadas razones de transparencia para justificar o motivar la difusión pública de actos administrativos en sitios webs oficiales que violentan en forma flagrante la dignidad y la honra de la persona humana, sometiendo a las personas al escarnio público y a la condena social, sin esperar el control jurisdiccional garantista.

Un descalabro del respeto irrestricto a la dignidad de la persona humana no sólo violenta la esencia de la transparencia, sino especialmente, violenta, en forma quizás irreparable, la condición del Estado Constitucional de Derecho.

La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales.



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

Sección 7 - Derecho Comparado

Del control institucional al control social: desafíos y perspectivas de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas argentinas

Jader Esteves da Silva
Felipe Dalenogare Alves

Del control institucional al control social: desafíos y perspectivas de la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas argentinas

Por Jader Esteves da Silva¹, Felipe Dalenogare Alves²

INTRODUCCIÓN

La corrupción en las contrataciones públicas representa uno de los mayores desafíos a la integridad administrativa en la Argentina contemporánea. En las últimas décadas, la recurrencia de escándalos vinculados con licitaciones y obras públicas puso en evidencia la fragilidad de los mecanismos de control y la urgencia de reforzar prácticas de transparencia y accountability.³ Como señala Molinari⁴, la contratación administrativa constituye una de las áreas más vulnerables a las maniobras de carácter corruptivo, con riesgos detectados en prácticamente todas las etapas contractuales, desde la fase de planificación hasta la ejecución y fiscalización.

Este fenómeno, sin embargo, no constituye una exclusividad de la realidad argentina. La corrupción en contrataciones públicas se presenta como un problema estructural

1. Doctorando en Derecho por la Universidad Federal Fluminense (Brasil). Magíster en Derecho por la Universidad Cândido Mendes. Especialista en Derecho Público, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional aplicado. Abogado (equivalente a Licenciado en Derecho) por la Universidad Federal Fluminense y en Ciencias Navales por la Escuela Naval. Oficial (Reserva Naval) del Cuerpo de la Armada Brasileña. Profesor de Derecho aplicado a las contrataciones públicas y a los contratos administrativos. Abogado.

2. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (Brasil), con posdoctorado en la Università di Bologna (Italia). Especialista en Derecho Público por la Universidad Cândido Mendes, en Gestión Pública Municipal por la Universidad Federal de Santa Maria y en Derecho Administrativo por la Faculdade Dom Alberto. Coordinador y profesor en la Maestría de Posgrado lato sensu en Contrataciones y Contratos de la Escuela Mineira de Derecho – EMD. Jefe de División en la Coordinación General Jurídica de Licitaciones, Contratos y Alianzas de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Brasileño. Miembro del Instituto Nacional de Contratación Pública – INCP.

3. Días, Leandro A. y Béguelin, José R., “Argentina”, en Olasolo, H., Buitrago Díaz, E., Mané Grandados, C.S., Sánchez Sarmiento, A. (coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción*, Capítulo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 133-135

4. MOLINARI, Miguel. *Corrupción y contratación administrativa en la República Argentina: un breve análisis normativo*. Comunicación presentada en el proyecto “Prevención y lucha contra la corrupción en España y Brasil”, 2016. Disponible en: <https://derechopublicoglobal.es/wp-content/uploads/2015/12/Comunicación-Miguel-Molinari.pdf>. Acceso en: 15 sept. 2025.

en diversos países, incluidos los socios del Mercosur. En Brasil, por ejemplo, sucesivos casos de desvío de recursos en obras y licitaciones demostraron cómo la captura de la decisión pública por intereses privados compromete la integridad estatal y la confianza ciudadana. En este contexto comparado, se observa que tanto Argentina como Brasil han buscado perfeccionar sus marcos institucionales y normativos de lucha contra la corrupción, acercándose a estándares internacionales, aunque con resultados y desafíos distintos.⁵

Este escenario repercute negativamente en la legitimidad del Estado y mina la confianza de la sociedad en sus instituciones, comprometiendo tanto la eficiencia del gasto público como la justicia distributiva. En este sentido, la literatura reciente destaca que la corrupción en la gestión de contratos públicos no debe comprenderse como un fenómeno aislado, sino como la expresión de prácticas arraigadas que exigen respuestas normativas, institucionales y sociales articuladas.⁶

Entre los actores responsables de enfrentar este problema, se destaca el Ministerio Público Fiscal (MPF), órgano extrapoder encargado de la investigación y promoción de la acción penal, pero también de la actuación preventiva y de acompañamiento de la administración pública. En particular, la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) se ha consolidado en los últimos años como referencia en el control de irregularidades en licitaciones y contratos, apoyando a fiscalías en todo el territorio nacional y articulándose con organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales⁷.

No obstante, el fortalecimiento institucional, por sí solo, no basta. La participación ciudadana y el control social constituyen elementos indispensables para garantizar la efectividad en la lucha contra la corrupción. El Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) ya había enfatizado la necesidad de proteger e incentivar la denuncia de irregularidades, así como de am-

5. BUTELER, Alfonso. *El control de la corrupción en el Derecho Comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 13, n. 53, p. 23-43, jul./sept. 2013. Disponible en: <https://revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/122/285>. Acceso en: 01 sept. 2025.

6. TATE, Mariano. *Transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas en Argentina*. Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXXIII, n. 287, p. 170-201, sept./dic. 2023. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2023.287.85883. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/85883/76278>. Acceso en: 25 ago. 2025.

7. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. *Qué es el MPF*. Argentina: Ministerio Público Fiscal, [s. d.]. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/que-es-el-mpf/>. Acceso en: 10 sept. 2025.

pliar el acceso de la población a la información sobre contrataciones públicas⁸.

En este contexto, el presente artículo tiene como objetivo examinar la importancia de la fiscalización de las contrataciones públicas tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la población argentina, evidenciando la complementariedad entre control institucional y social. Para ello, se parte de un análisis del marco normativo e institucional de las contrataciones públicas, se aborda la actuación del MPF y, posteriormente, se discute la relevancia de la participación ciudadana en el acompañamiento y denuncia de irregularidades.

La investigación se justifica en la medida en que la efectividad de la fiscalización de las contrataciones públicas constituye condición esencial para el fortalecimiento de la democracia, la integridad administrativa y la confianza social en el Estado. El método empleado es deductivo, con base en revisión documental y análisis normativo, a partir de informes oficiales, literatura especializada y experiencias institucionales recientes.

1. CORRUPCIÓN Y CONTRATACIONES PÚBLICAS EN LA ARGENTINA

El análisis de la corrupción en las contrataciones públicas argentinas exige comprender tanto su dimensión estructural como los esfuerzos normativos e institucionales para combatirla. Se trata de un ámbito especialmente sensible de la actividad administrativa, ya que involucra la asignación de voluminosos recursos públicos y la interacción directa entre Estado y sector privado. En este sentido, los contratos administrativos configuran no solo instrumentos de ejecución de políticas públicas, sino también potenciales espacios de riesgo para prácticas ilícitas, lo que demanda mecanismos rigurosos de control y fiscalización⁹.

En las últimas décadas, el país experimentó un proceso de creciente concienciación social y política respecto de la gravedad de los actos de corrupción, impulsado por la repercusión de escándalos vinculados con licitaciones de gran envergadura. Esa

8. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MESICIC). *Informe de la Quinta Ronda – República Argentina*. Washington, D.C.: OEA, 2017. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_informearg_es.pdf. Acceso en: 15 sept. 2025.

9. MOLINARI, Miguel. *Corrupción y contratación administrativa en la República Argentina: un breve análisis normativo*. Comunicación presentada en el proyecto “Prevención y lucha contra la corrupción en España y Brasil”, 2016. Disponible en: <https://derechopublicoglobal.es/wp-content/uploads/2015/12/Comunicación-Miguel-Molinari.pdf>. Acceso en: 15 sept. 2025.

percepción colectiva dio origen a reformas normativas e institucionales destinadas a fortalecer la transparencia y la competencia en las contrataciones públicas.¹⁰

No obstante, los avances registrados, el escenario aún presenta desafíos persistentes relacionados con la efectividad del control y la necesidad de ampliar la participación de la sociedad civil. La Oficina Anticorrupción ha destacado que la corrupción es un flagelo de carácter multidimensional, que afecta la confianza en las instituciones, incrementa la desigualdad social y limita la capacidad estatal para proveer bienes y servicios.¹¹

En este contexto se estructuran los tres apartados que siguen, destinados a examinar: (i) la vulnerabilidad estructural de las contrataciones públicas frente a prácticas corruptivas; (ii) los marcos normativos e institucionales de prevención consolidados en las últimas décadas; y (iii) las experiencias más recientes de transparencia y digitalización, como respuesta innovadora a los riesgos del sector.

1.1 La vulnerabilidad de la contratación administrativa frente a prácticas corruptivas

La contratación pública, por su relevancia financiera y estratégica, constituye una de las áreas más expuestas a prácticas corruptivas. Un informe exploratorio de la Oficina Anticorrupción identificó irregularidades prácticamente en todas las etapas del procedimiento contractual: planificación, presupuesto, elección del procedimiento administrativo, redacción de pliegos, publicidad, evaluación de propuestas, adjudicación, ejecución y control.¹²

Además, la corrupción en este sector asume formas variadas, que incluyen el favorecimiento en licitaciones, el sobreprecio, el pago por servicios no prestados y

10. TATE, Mariano. *Transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas en Argentina*. Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXXIII, n. 287, p. 170-201, sept./dic. 2023. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2023.287.85883. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/85883/76278>. Acceso en: 25 ago. 2025.

11. OFICINA ANTICORRUPCIÓN. Oficina Anticorrupción. Argentina: Presidencia de la Nación, [s. d.]. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion>. Acceso en: 10 sept. 2025.

12. MOLINARI, Miguel. *Corrupción y contratación administrativa en la República Argentina: un breve análisis normativo*. Comunicación presentada en el proyecto “Prevención y lucha contra la corrupción en España y Brasil”, 2016. Disponible en: <https://derechopublicoglobal.es/wp-content/uploads/2015/12/Comunicación-Miguel-Molinari.pdf>. Acceso en: 15 sept. 2025.

las ampliaciones contractuales abusivas. Tales mecanismos erosionan la finalidad pública del contrato administrativo, que debería orientarse al interés colectivo. En la doctrina argentina se ha señalado que estos vicios afectan la esencia misma de la contratación pública y pueden ser analizados en conexión con la desviación de poder, en cuanto impiden que el contrato cumpla con su finalidad legítima.¹³

1.2 Marcos normativos e institucionales de prevención

La gravedad de los escándalos de corrupción recientes llevó a la Argentina a adoptar medidas normativas e institucionales destinadas a reforzar la transparencia y la competencia en las contrataciones. Según Tate, en el último lustro diversas técnicas e institutos jurídicos fueron implementados con el objetivo de superar prácticas corruptivas arraigadas y garantizar una mayor eficiencia en la gestión de contratos públicos.¹⁴

En este contexto, se destacan instrumentos como la Oficina Anticorrupción, creada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con competencia para elaborar programas de prevención y coordinar políticas de integridad, actuando de forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Otro avance institucional fue la incorporación de sistemas electrónicos de compras, como el COMPR.AR, que redujeron la duración de los procesos, aumentaron el número de oferentes y mejoraron la transparencia informacional¹⁵.

Estas iniciativas se insertan en una tendencia más amplia de convergencia con estándares internacionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo mecanismo de monitoreo (MESICIC) ha recomendado a la Argentina el fortalecimiento de los controles internos, la protección a denunciantes y la ampliación del acceso público a la información contractual.¹⁶

13. LÓPEZ OLIVERA, Silvana. *Análisis de la corrupción y su vinculación con el vicio de desviación de poder en las contrataciones públicas*. 2024. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo) – Universidad Nacional del Comahue. Disponible en: <https://rdi.uncoma.edu.ar/handle/uncomaid/17820>. Acceso en: 21 ago. 2025.

14. TATE, Mariano. *Transparencia, publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas en Argentina*. Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXXIII, n. 287, p. 170-171, sept./dic. 2023. DOI: 10.22201/fder.24488933e.2023.287.85883. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/85883/76278>. Acceso en: 25 ago. 2025.

15. DE MICHELE, Roberto; PIERRI, Gastón. *Transparencia y gobierno digital: El impacto de COMPR.AR en Argentina*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, mayo 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-gobierno-digital-el-impacto-de-comprar-en-argentina>. Acceso en: 19 sept. 2025.

16. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MESICIC). *Informe de la Quinta Ronda – República Argentina*.

No obstante, estudios recientes muestran que persisten deficiencias en la transparencia a nivel subnacional. En los municipios más poblados, el acceso a información presupuestaria y de contrataciones sigue siendo limitado, lo que debilita los mecanismos de control social y reduce la confianza ciudadana.¹⁷

1.3 Experiencias recientes de transparencia y digitalización

La digitalización se ha consolidado como herramienta clave en la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas. La plataforma COMPR.AR permitió reducir la duración de los procesos de adquisición, disminuir los precios pagados por la Administración y aumentar el número de oferentes, generando así un impacto positivo en términos de eficiencia y transparencia.¹⁸

En paralelo, el Ministerio Público Fiscal, a través de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, ha fortalecido su capacidad de supervisión. Solo en 2024, la PIA inició más de 1.500 casos, emitió 1.128 dictámenes y articuló acciones con fiscalías de todo el país, además de participar activamente en redes internacionales contra la corrupción.¹⁹

Sin embargo, la comparación internacional muestra que la corrupción en las contrataciones públicas no es un fenómeno exclusivo de la Argentina. Como subraya la literatura comparada, países vecinos como Brasil enfrentan problemáticas similares, lo que evidencia la necesidad de enfoques regionales y coordinados en el ámbito del²⁰. La Argentina dispone hoy de un marco normativo y tecnológico significativo para enfrentar la corrupción en contrataciones públicas. No obstante, su efectividad

Washington, D.C.: OEA, 2017. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_informearg_es.pdf. Acceso en: 15 sept. 2025.

17. CAPELLO, Marcelo; TOSELLI, Vanessa; GONZÁLEZ, Paula. *Transparencia presupuestaria y de compras/ contrataciones a nivel subnacional en Argentina*. Revista Española de la Transparencia, n. 20, segundo semestre, p. 183-213, dic. 2024. DOI: 10.51915/ret.348. Disponible en: <https://www.revistatransparencia.com/ret/article/view/348>. Acceso en: 19 sept. 2025.

18. DE MICHELE, Roberto; PIERRI, Gastón. *Transparencia y gobierno digital: El impacto de COMPR.AR en Argentina*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, mayo 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-gobierno-digital-el-impacto-de-comprar-en-argentina>. Acceso en: 19 sept. 2025.

19. PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS (PIA). *Corrupción: Informe de gestión 2024*. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, mar. 2025, p. 7. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/pia/files/2025/04/PIA-informe-de-Gestion-2024.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2025.

20. BUTELER, Alfonso. *El control de la corrupción en el Derecho Comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 13, n. 53, p. 23-43, jul./sept. 2013. Disponible en: <https://revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/122/285>. Acceso en: 01 sept. 2025.

depende de la implementación adecuada, de la articulación interinstitucional y de la participación ciudadana, aspectos que se analizarán en los capítulos siguientes.

2. EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL COMO ÓRGANO DE CONTROL

El Ministerio Público Fiscal (MPF) argentino ocupa una posición singular en el sistema institucional, configurándose como un órgano extrapoder encargado de la promoción de la acción penal y de la defensa de la legalidad. Su autonomía orgánica y funcional le otorga la capacidad de actuar de manera independiente respecto de los demás poderes estatales, desempeñando un papel central en la protección del patrimonio público y en la lucha contra la corrupción²¹.

En el campo específico de las contrataciones públicas, el MPF cumple su misión a través de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), unidad especializada destinada al control de la actividad administrativa y a la investigación de irregularidades en procedimientos licitatorios y contractuales. Desde su creación, la PIA se ha consolidado como referencia nacional en el enfrentamiento de prácticas corruptivas, tanto en la esfera administrativa como en la penal, apoyando a fiscalías de todo el país y articulando acciones con organismos nacionales e internacionales.²²

La importancia del MPF en este sector no se limita al ejercicio de la persecución penal, sino que también abarca la función preventiva y colaborativa, en la medida en que interactúa con órganos de control interno, la Oficina Anticorrupción y organizaciones de la sociedad civil. Esta articulación es coherente con las recomendaciones internacionales de la Convención Interamericana contra la Corrupción y del Mecanismo de Seguimiento (MESICIC), que han insistido en la necesidad de reforzar la cooperación institucional y ampliar la protección de denunciantes en el ámbito de las contrataciones públicas.²³

21. GUTHMANN, Yanina. *El Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina: actores y prácticas*. Apuntes de investigación. Revista Argentina de Ciencia Política, v. 1, n. 23, p. 59-80, 2019. Disponible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistaargentinacienciapolitica/article/download/5011/4150>. Acceso en: 17 sept. 2025.

22. PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS (PIA). *Corrupción: Informe de gestión 2024*. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, mar. 2025. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/pia/files/2025/04/PIA-informe-de-Gestion-2024.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2025

23. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MESICIC). *Informe de la Quinta Ronda – República Argentina*. Washington, D.C.: OEA, 2017. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_informearg_es.pdf. Acceso en: 15 sept. 2025.

En este escenario, este capítulo examinará, en tres secciones, la actuación del MPF en el control de las contrataciones públicas: (i) su estructura y funciones institucionales; (ii) la centralidad de la PIA en la lucha contra la corrupción administrativa; y (iii) los desafíos actuales y buenas prácticas orientadas al fortalecimiento de la fiscalización.

2.1 Estructura y funciones del Ministerio Público Fiscal

El MPF está organizado como un órgano extrapoder, independiente de los tres poderes clásicos, lo que refuerza su legitimidad en la defensa de la legalidad. Está encabezado por la **Procuración General de la Nación**, a la que se subordinan fiscales generales y especializados. Su estructura refleja una doble misión: por un lado, la promoción de la acción penal en delitos comunes; por otro, el control de la legalidad administrativa, especialmente en casos de corrupción y malversación de fondos públicos.²⁴

El diseño institucional del MPF le otorga facultades para investigar y promover acciones en los distintos niveles de la administración pública, colaborando tanto en el ámbito judicial como en el preventivo. Esta capacidad de intervención lo convierte en un actor clave en la fiscalización de contrataciones públicas, particularmente a través de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas.

2.2 La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) y su rol en el control

La PIA constituye la principal herramienta del MPF para el control de las contrataciones públicas. Su mandato abarca la detección temprana de irregularidades, la investigación administrativa y la eventual promoción de acciones penales. El Informe Anual ya señalaba que la PIA se había consolidado como un actor de referencia, colaborando con fiscalías de todo el país e interactuando activamente con organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación.

En 2024, su desempeño alcanzó cifras significativas: se iniciaron 1.507 casos, de los cuales 1.334 fueron de competencia administrativa y 173 de competencia penal. Ade-

24. GUTHMANN, Yanina. *El Ministerio Público Fiscal (MPF) en Argentina: actores y prácticas*. Apuntes de investigación. Revista Argentina de Ciencia Política, v. 1, n. 23, 2019, p. 58-71. Disponible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistaargentinacienciapolitica/article/download/5011/4150>. Acceso en: 17 sept. 2025.

más, se emitieron 1.128 dictámenes, con una intensa articulación interinstitucional que incluyó la participación en la Red de Fiscales contra la Corrupción de la AIAMP y en la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Estas estadísticas reflejan la centralidad de la PIA no solo en el plano nacional, sino también en la construcción de una agenda regional de integridad²⁵.

Asimismo, la PIA ha trabajado de manera coordinada con organismos internacionales como la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Departamento de Estado de los Estados Unidos (INL), reforzando su capacidad de incidencia y el intercambio de buenas prácticas.²⁶

2.3 Desafíos y buenas prácticas en la fiscalización de contrataciones públicas

A pesar de sus avances, la labor del MPF y de la PIA enfrenta limitaciones significativas. El MESICIC recomendó fortalecer la capacitación de funcionarios, mejorar la aplicación de herramientas digitales de compras públicas y garantizar canales seguros de denuncia para proteger a los informantes de actos de corrupción. Estas recomendaciones siguen vigentes, revelando que el marco institucional aún necesita consolidarse frente a riesgos persistentes.²⁷

Entre las buenas prácticas identificadas en la región, destaca la cooperación promovida por la AIAMP, que fomenta el intercambio de experiencias entre fiscalías de distintos países iberoamericanos. Este tipo de iniciativas facilita la construcción de estándares comunes de investigación y control, potenciando la efectividad del MPF argentino en un contexto de interdependencia regional.

Por otro lado, la interacción con organismos preventivos, como la Oficina Anticorrupción, constituye un aspecto clave para garantizar la integralidad del sistema de control. Según la recopilación de la UNCAC en Argentina, la OA fue concebida como órgano preventivo destinado a promover políticas de integridad, complementando

25. PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS (PIA). *Corrupción: Informe de gestión 2024*. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, mar. 2025. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/pia/files/2025/04/PIA-informe-de-Gestion-2024.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2025

26. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MESICIC). *Informe de la Quinta Ronda – República Argentina*. Washington, D.C.: OEA, 2017. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_informearg_es.pdf. Acceso en: 15 sept. 2025.

27. *Ibidem*.

la función correctiva del MPF y de la PIA²⁸.

El Ministerio Público Fiscal, y en particular la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, se han consolidado como actores esenciales en la fiscalización de las contrataciones públicas en Argentina. Su capacidad de investigación, articulación interinstitucional y cooperación internacional los posiciona como herramientas clave en la lucha contra la corrupción. No obstante, la efectividad de su actuación requiere superar desafíos relacionados con la capacitación, la protección de denunciantes y la integración plena con otros organismos del sistema de integridad pública.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

La lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas no puede limitarse a los mecanismos institucionales. La experiencia comparada demuestra que el control social constituye un complemento indispensable al control ejercido por los órganos del Estado. En América Latina, este componente resulta crucial dada la persistencia de prácticas clientelares y la debilidad de ciertos sistemas de fiscalización²⁹. La participación de la ciudadanía, de las organizaciones sociales y de los medios de comunicación permite ampliar el alcance de la vigilancia, legitimar las decisiones públicas y generar condiciones para una mayor rendición de cuentas.

3.1 Participación ciudadana y mecanismos de denuncia

El Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción recomendó a la Argentina reforzar los canales de denuncia y garantizar la protección de los denunciantes como estrategia central para la prevención y detección de irregularidades en la gestión pública³⁰. La existencia de un marco legal adecuado, sin embargo, no es suficiente: es indispensable generar confianza social en que las

28. OFICINA ANTICORRUPCIÓN. Oficina Anticorrupción. Argentina: Presidencia de la Nación, [s. d.]. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion>. Acceso en: 10 sept. 2025.

29. BUTELER, Alfonso. *El control de la corrupción en el Derecho Comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 13, n. 53, p. 25, jul./sept. 2013. Disponible en: <https://revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/122/285>. Acceso en: 01 sept. 2025.

30. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (MESICIC). *Informe de la Quinta Ronda – República Argentina*. Washington, D.C.: OEA, 2017. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_informearg_es.pdf. Acceso en: 15 sept. 2025.

denuncias serán tramitadas de manera efectiva y con resguardo de la integridad de quienes las presentan.

En este sentido, la Oficina Anticorrupción ha destacado que la corrupción es un fenómeno multidimensional que exige un enfoque integral, donde los ciudadanos tengan un rol activo en la detección de irregularidades. La articulación de mecanismos de denuncia con la labor de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas y con las fiscalías permite cerrar el círculo entre el control social y el control institucional³¹.

3.2 Organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación

Las organizaciones sociales cumplen una función central como “watchdogs” de la gestión pública, al monitorear las licitaciones, difundir información y promover litigios estratégicos. Sin embargo, la transparencia efectiva enfrenta obstáculos importantes en el nivel subnacional. Una investigación reciente sobre los municipios más poblados de la Argentina reveló bajos niveles de publicidad en materia presupuestaria y de contrataciones, lo que limita severamente la capacidad de la sociedad civil para ejercer control³².

La interacción con los medios de comunicación refuerza la dimensión social del control. La Procuraduría ha desarrollado una política activa de cooperación con la prensa y con organizaciones de la sociedad civil, generando un puente entre la labor técnico-jurídica y la sensibilización ciudadana sobre los riesgos de corrupción³³. Esta sinergia es esencial para dar visibilidad a los casos y fortalecer la cultura de la legalidad.

31. OFICINA ANTICORRUPCIÓN. Asistencia y cooperación. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, Oficina Anticorrupción, [s. d.]. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/asistencia>. Acceso en: 10 sept. 2025.

32. CAPELLO, Marcelo; TOSELLI, Vanessa; GONZÁLEZ, Paula. *Transparencia presupuestaria y de compras/ contrataciones a nivel subnacional en Argentina*. Revista Española de la Transparencia, n. 20, segundo semestre, p. 183-213, dic. 2024. DOI: 10.51915/ret.348. Disponible en: <https://www.revistatransparencia.com/ret/article/view/348>. Acceso en: 19 sept. 2025.

33. PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS (PIA). Corrupción: Informe de gestión 2024. Buenos Aires: Ministerio Público Fiscal de la Nación, mar. 2025. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/pia/files/2025/04/PIA-informe-de-Gestion-2024.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2025.

3.3 Auditoría social y transparencia digital

La tecnología ha ampliado de manera significativa las posibilidades de control social. La experiencia de la plataforma **COMPR.AR** demostró que la digitalización de los procesos de adquisición no solo redujo precios y tiempos, sino que también permitió un acceso ciudadano más amplio a la información sobre licitaciones y adjudicaciones.³⁴

La articulación con la Oficina Anticorrupción, órgano preventivo creado en el marco de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, refuerza este proceso, al promover la implementación de políticas de integridad y mecanismos de acceso a datos públicos. No obstante, el aprovechamiento efectivo de estas herramientas requiere que la ciudadanía disponga de capacidades técnicas y espacios institucionalizados de auditoría social, lo que aún representa un desafío pendiente.

Desde una perspectiva ética y normativa, la literatura ha señalado que la corrupción en contrataciones públicas está asociada al vicio de desviación de poder. Ello implica que la sociedad, en su rol de control, debe velar porque los contratos administrativos respondan a su finalidad legítima y no a intereses particulares.³⁵

El control social en la Argentina ha avanzado en los últimos años, especialmente con la digitalización de procesos y la mayor interacción entre organismos públicos y sociedad civil. Sin embargo, persisten brechas significativas en el nivel subnacional, en la protección de denunciantes y en la capacidad técnica de la ciudadanía para utilizar los datos abiertos. La participación ciudadana, entendida como complemento indispensable al control institucional, constituye así un pilar estratégico en la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas.

34. DE MICHELE, Roberto; PIERRI, Gastón. *Transparencia y gobierno digital: El impacto de COMPR.AR en Argentina*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, mayo 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/transparencia-y-gobierno-digital-el-impacto-de-comprar-en-argentina>. Acceso en: 19 sept. 2025.

35. LÓPEZ OLIVERA, Silvana. *Análisis de la corrupción y su vinculación con el vicio de desviación de poder en las contrataciones públicas*. 2024, p. 42-43. Tesina (Especialización en Derecho Administrativo) – Universidad Nacional del Comahue. Disponible en: <https://rdi.uncoma.edu.ar/handle/uncomaid/17820>. Acceso en: 21 ago. 2025.

4. CONCLUSIÓN

El examen de la corrupción en las contrataciones públicas argentinas permitió constatar que se trata de un fenómeno estructural, con raíces históricas y manifestaciones diversas, que afecta de manera directa la eficiencia administrativa, la equidad social y la legitimidad democrática. Los contratos administrativos, por la magnitud de recursos que movilizan y la estrecha interacción entre Estado y sector privado, constituyen un espacio particularmente vulnerable a las prácticas corruptivas, lo que exige un diseño institucional robusto de prevención y control.

En este marco, el Ministerio Público Fiscal y, de manera específica, la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, se consolidaron como actores claves en la fiscalización de la actividad contractual del Estado. Su actuación combina funciones represivas y preventivas, apoyadas en una creciente cooperación interinstitucional y en redes internacionales contra la corrupción. Las estadísticas recientes de la PIA revelan no solo un volumen considerable de casos y dictámenes, sino también una articulación activa con fiscalías, organismos multilaterales y organizaciones de la sociedad civil.

La experiencia argentina dialoga con la realidad brasileña, donde también se ha destacado la importancia del control de la legalidad en los contratos administrativos y la investigación de delitos vinculados a licitaciones. En Brasil, estudios recientes enfatizan que la fiscalización rigurosa de los contratos y la actuación coordinada entre órganos de control y el Ministerio Público constituyen pilares en la defensa del patrimonio público y en la prevención de prácticas ilícitas.³⁶ Esta convergencia entre ambos países del Mercosur muestra que, pese a sus diferencias institucionales, comparten el desafío de garantizar que los procesos licitatorios se desarrollen con integridad y transparencia.

No obstante, la experiencia comparada y los informes internacionales, como los del MESICIC, muestran que el control institucional resulta insuficiente si no se complementa con un control social efectivo. La participación ciudadana a través de mecanismos de denuncia, el rol de las organizaciones sociales y de los medios, y el

36. SILVA, Jader Esteves; ALVES, Felipe Dalenogare. *La investigación de delitos de licitación en el ámbito de la justicia militar a partir de la inspección de contratos administrativos*. In: CAMPANINI, João Carlos (Coord). *Estudios Avanzados en Derecho Militar*. 3. v. São Paulo: Rideel, 2025.

aprovechamiento de herramientas de gobierno digital como COMPR.AR, son elementos indispensables para ampliar la transparencia y fortalecer la rendición de cuentas.

La evidencia, sin embargo, revela brechas significativas en el plano subnacional. Investigaciones recientes muestran que los municipios argentinos más poblados exhiben bajos niveles de transparencia presupuestaria y de contrataciones, lo que limita las posibilidades de control social efectivo. Este déficit indica la necesidad de políticas públicas que fortalezcan la capacidad técnica de la ciudadanía y garanticen la implementación uniforme de estándares de transparencia en todo el territorio nacional.

En suma, la fiscalización de las contrataciones públicas en la Argentina requiere una doble estrategia: reforzar las instituciones de control, como el MPF y la PIA, y promover activamente la participación ciudadana mediante canales accesibles de denuncia, datos abiertos y espacios de auditoría social. Solo la convergencia entre estos dos ejes permitirá avanzar hacia un sistema de contrataciones más íntegro, eficiente y alineado con el interés público.



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.