

**Ediciones EL PAcCTO**

# **Guía teórico-práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica**

**AGUSTÍN CARRARA**

**EL PAcCTO**    
**EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA**  
PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO



# Guía teórico-práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica

AGUSTÍN CARRARA



Edita: Programa EL PAcCTO  
Calle Almansa 105  
28040 Madrid (España)  
www.elpaccto.eu

Con la coordinación de:



Edición no venal  
Madrid, julio 2019



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

ISBN: 978-84-09-12665-1

**Esta publicación ha sido elaborada con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es solo responsabilidad del programa «EL PAcCTO» y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.**

# Contenido

<b>Resumen ejecutivo</b> .....	7
<b>Contexto</b> .....	9
<b>Desarrollo</b> .....	11
Introducción.....	11
Parte primera: abordaje general .....	12
¿Para qué recuperar activos? .....	12
¿Cuáles son las etapas del recupero de activos?.....	13
El decomiso no es una sanción penal.....	15
¿Qué bienes pueden recuperarse? .....	18
Parte segunda: ejercicio de la persecución penal.....	21
La investigación financiera y la investigación «principal» .....	21
Construcción de la teoría del caso.....	22
La planificación y la investigación.....	24
Perfil de los/as profesionales que intervienen en la investigación.....	25
La utilización de prueba indiciaria .....	26
Medidas cautelares reales: decálogo de buenas prácticas.....	27
Audiencia de medidas cautelares .....	30
Decisión estratégica en torno a la aplicación de cautelares.....	31
Decomiso y decomiso sin condena .....	32
Administración de bienes cautelados.....	35
Recupero de activos y perspectiva de género.....	36
Parte tercera: capacitación .....	37
¿Para qué capacitamos? Detectar necesidades y definir objetivos .....	37
Vínculo con la carrera judicial y la política de personal .....	39
¿Cómo armamos las capacitaciones? .....	40
¿Cómo evaluar el impacto de las capacitaciones?.....	42
Algunas propuestas.....	44



# GUÍA TEÓRICO-PRÁCTICA SOBRE RECUPERO DE ACTIVOS Y PERSECUCIÓN PENAL ESTRATÉGICA

## Resumen ejecutivo

Tras el taller facilitado por el experto internacional, que tenía como objeto mejorar, actualizar y especializar los conocimientos del personal de investigación en diferentes áreas de la Procuración General de la Nación de Argentina que involucren la criminalidad organizada, concretamente en la recuperación de activos, se contrató a un experto local para elaborar una guía teórico-práctica que pudiera servir para el trabajo del Ministerio Público Federal en recuperación de activos procedentes de delito, y con propuestas para la actuación del programa EL PAcCTO durante 2019. La guía teórico-práctica que aquí se presenta brinda herramientas útiles para el diseño y la implementación de políticas de recupero de activos por parte de cualquier Ministerio Público Fiscal.





## Contexto

La actualización de las herramientas prácticas en la lucha contra el delito es fundamental y no puede quedar limitada a la mera impartición de actividades formativas. Sin embargo, las prácticas formativas especializadas pueden y deben ser el caldo de cultivo del análisis y de la actualización del conocimiento y del establecimiento de guías útiles y debidamente divulgadas. Además, la lucha contra la delincuencia organizada requiere inexorablemente privar a sus responsables de los beneficios del delito.



# Desarrollo

## Introducción

En el marco de la persecución de fenómenos criminales complejos, el recupero de activos se ha transformado en un proceso fundamental. La agenda latinoamericana de los Ministerios Públicos Fiscales le asigna una relevancia cada vez mayor. Esto se refleja en la creación de áreas y unidades específicas, la realización de capacitaciones y la elaboración de manuales y guías de actuación, entre otras cuestiones.

A su vez, el resto de las instituciones estatales también avanza en la materia, lo cual repercute sobre el trabajo de los Ministerios Públicos Fiscales. Sin embargo, en los sistemas de justicia argentinos y de la región, estos avances sumamente positivos siguen conviviendo con algunas prácticas ineficientes. Esta guía pretende ser un aporte para trabajar sobre esas prácticas que necesitamos transformar.

En los últimos años, la Procuración General de la Nación (en adelante, PGN) ha tomado medidas importantes en la materia. En lo que refiere puntualmente a guías de actuación, debe destacarse la construcción de la *Guía de Investigación Financiera*, elaborada por la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones, y de la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*, elaborada por la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes. La primera de ellas, a su vez, tiene como antecedente el *Manual de Investigación Patrimonial* desarrollado por la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de delitos contra la Administración Pública.

La presente guía pretende ser un complemento a las ya existentes, por lo que se remitirá a ellas en varias oportunidades, evitando repetir su contenido. Aquí se propondrá una metodología de trabajo que inserte al recupero de activos en una política de persecución penal estratégica, tomando como referencia tanto el marco normativo vigente como el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, nuevo CPPN), cuya implementación se espera a la brevedad. Este nuevo Código instala un sistema acusatorio y adversarial, que repercute de manera estructural sobre el trabajo del Ministerio Público, incluyendo la forma en la que se aborda el recupero de activos.

Esta guía cuenta con una parte primera, destinada a cualquier integrante de todo Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF), donde se incluye un breve abordaje general en torno a qué es el recupero de activos, cuáles son sus etapas, qué tipo de medida es el decomiso y qué tipo de bienes pueden recuperarse.

Luego, en las partes segunda y tercera, se presentan dos secciones específicamente orientadas a distintos/as destinatarios/as dentro de los MPF: quienes intervienen en casos específicos y quienes organizan el programa interno de capacitación y formación profesional (esta sección incluye también propuestas de actuación para el programa «EL PAcCTO»). Sin perjuicio de esta división, cualquier interesado/a en el tema podrá encontrar utilidad en los contenidos incluidos en cada una de las secciones.

Finalmente, quiero agradecer a «EL PAcCTO» la posibilidad de elaborar esta guía, y al CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica) por brindarme a lo largo de estos años el espacio para aprender y trabajar estos temas.

## Parte primera: abordaje general

### ¿Para qué recuperar activos?

A nivel global, el recupero de activos ha pasado a ocupar un lugar fundamental dentro de las herramientas político-criminales con las que cuentan los Estados. En verdad, **su utilidad no se limita a los delitos «complejos»**, ya que «una porción muy importante de la criminalidad tanto común como compleja o no tradicional» se manifiesta a través de **estructuras de mercado**<sup>1</sup>. Las políticas de recupero de activos pueden cumplir un rol clave tanto en la persecución de la trata y explotación sexual de personas como en la persecución del robo de autopartes. Por esta razón, en la actualidad se encuentran en expansión los ámbitos en los cuales resulta esencial que los Estados puedan recuperar los distintos tipos de bienes ilícitos que circulan en la economía formal y en la oculta.

La importancia del recupero de activos ha sido expuesta tanto en la *Guía de Investigación Financiera* como en la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*. Asimismo, se refleja en distintas resoluciones de la PGN, tales como las n.º 06/1992, 168/2006, 129/2009, 134/2009 y 341/2014, entre otras. El desarrollo de políticas eficientes en esta materia puede generar una serie de **efectos diversos y conectados entre sí**, entre los cuales pueden mencionarse los siguientes:

- reparar el daño social causado por estos fenómenos criminales,
- incidir con mayor eficiencia sobre dichos fenómenos y sobre la configuración actual de distintos mercados criminales,
- evitar que esos activos sean utilizados para retroalimentar circuitos criminales,
- potenciar las investigaciones «tradicionales» y la recolección de evidencia tendientes a demostrar la responsabilidad penal de los/as intervinientes,
- disminuir los incentivos de quienes cometen estos delitos, como enfoque de reducción de mercado (*market reduction approach*),
- concientizar y movilizar a la sociedad civil, un aliado clave del MPF,
- mejorar la imagen de las instituciones judiciales, y
- fortalecer al Estado democrático, ya que en ciertos contextos las organizaciones criminales y las economías ilícitas pueden condicionar gravemente el diseño y la implementación de las políticas públicas.

En cualquier MPF, que los/as fiscales desarrollen procesos de recupero de activos en sus casos no debería ser el único objetivo perseguido. Lo ideal es que la actuación de cada fiscal en sus casos sea consecuencia de **una política estratégica y eficiente de recupero de activos** desarrollada desde el MPF. Esta política debe tener en cuenta todos los ángulos desde los cuales puede abordarse el problema, o al menos los principales. Por esta razón es que esta guía cuenta con diversas secciones dirigidas a distintos/as destinatarios/as.

Por otra parte, esta política se inserta en un contexto determinado. Las dos primeras generaciones de reformas procesales penales lograron avances decisivos en los sistemas de justicia de América Latina: la división de funciones entre jueces/zas y fiscales, el desarrollo de nuevos modelos de defensa pública, la instauración de la oralidad en las etapas previas al juicio, la desformalización

<sup>1</sup> Binder, A. M., «El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual», en Kessler, G. (comp.), *Seguridad y ciudadanía: nuevos paradigmas, reforma policial y políticas innovadoras*, Buenos Aires, Edhasa, 2009, p. 35.

de la investigación, entre otros. Todo esto permitió entender que actualmente, en el marco de las **reformas de tercera generación** en América Latina, deviene necesario lidiar con otra serie de problemas estructurales. Uno de ellos es **la forma en que se ejerce la persecución penal**<sup>2</sup>.

En esta etapa, una de las principales preocupaciones consiste en el desarrollo de una persecución penal a la que se agregan distintos calificativos: inteligente, comunitaria, estratégica. Los tres son conceptos fuertemente relacionados, por lo que algunos/as incluso los toman como sinónimos. Aquí, sin embargo, nos limitaremos a trabajar con la última de estas tres ideas.

Al hablar de **persecución penal estratégica**, el foco se pone en la necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla (social, económico, organizacional, entre otros) y haciéndose cargo de los efectos y las consecuencias que genera en cuanto al logro de objetivos político-criminales<sup>3</sup>. Se busca «integrar el trabajo de los fiscales en el marco de una estrategia global de comprensión de una forma específica de criminalidad<sup>4</sup>».

En definitiva, se trata de **superar la lógica del «caso a caso»**, que se ha mostrado a todas luces ineficiente para enfrentar fenómenos complejos de criminalidad. Superando la visión centrada en casos y personas, el Ministerio Público puede —y debe— poner su atención en las regularidades y estructuras sociales. A esto responde, por ejemplo, la creación en la PGN de la Dirección de Análisis Criminal y Planificación de la Persecución Penal (Resolución PGN N.º 204/2014).

**En conclusión**, la posibilidad de intervenir eficientemente sobre los mercados y fenómenos criminales se encuentra fuertemente ligada a la necesidad de desarrollar una persecución penal estratégica, siendo el recupero de activos uno de sus puntos fundamentales.

## ¿Cuáles son las etapas del recupero de activos?

El recupero de activos en el marco de procesos penales involucra una serie de procesos de trabajo interrelacionados, que a los fines pedagógicos pueden pensarse como etapas o fases. En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se encuentra una explicación sobre estas etapas<sup>5</sup>. Aquí se retomará esa visión (con algunas variaciones).

**Primera etapa.** En primer lugar, existe una fase de identificación y localización de los activos, que suele recibir distintas denominaciones: **investigación** patrimonial, económica o financiera, análisis financiero, seguimiento de la «ruta» o «red» del dinero, entre otras. La guía elaborada por la DAFI utiliza la expresión «investigación financiera». Al margen del término que se utilice, lo relevante es comprender que nos referimos, en definitiva, a una investigación enfocada en determinar **cuáles son los activos** actuales y pasados, tanto lícitos como ilícitos, **qué acciones se han tomado** respecto a ellos, **dónde** se encuentran, **qué derechos** se ejercen sobre ellos, y **quiénes** los ejercen. Deben abarcarse también los **pasivos** de las personas investigadas. En esta guía se utilizarán indistintamente las expresiones «activos» y «bienes» (al margen de que contablemente no sean sinónimos).

<sup>2</sup> Sobre la persecución penal estratégica aplicada a la criminalidad económica, consultar Carrara, A., «Persecución penal estratégica de la delincuencia económica: criterios de oportunidad y selección de casos», revista *En Letra*, n.º 7, año IV, 2017, pp. 70-97.

<sup>3</sup> Binder, A. M., «La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo», en Benavides Vanegas, F. S., Binder, A. M. y Villadiego Burbano, C. *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, p. 96.

<sup>4</sup> Binder, A. M., *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 272.

<sup>5</sup> Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes de la Procuración General de la Nación (DGRADB-PGN), *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*, 2018, p. 8.

Esto implica obtener información y analizarla, tareas para las cuales suele resultar imprescindible el aporte de profesionales de las ciencias económicas y contables. En adición al valor que la investigación financiera representa para lograr el recupero de activos, también resulta sumamente útil para acreditar la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas. Por esta razón es que, como veremos en la parte segunda, no deberían diferenciarse dos tipos de investigación (la financiera por un lado y la criminal/tradicional/principal por otro), sino que se trata de una única investigación que persigue varios objetivos.

La investigación financiera no suele encontrarse regulada con especificidad en los Códigos Procesales Penales. Generalmente, sus límites se deducen de la regulación general sobre la investigación penal. Esto es lo que indica cuándo deviene necesaria la autorización judicial para llevar a cabo determinadas medidas.

**Segunda etapa.** Una vez identificados y localizados ciertos activos, se busca cautelarlos para evitar que durante el transcurso del proceso se realicen actos que impidan su posterior decomiso. Estas **medidas cautelares** se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal de cada jurisdicción, muchas veces con remisiones a los Códigos Procesales Civiles y Comerciales. Como veremos, tanto la regulación legislativa de las cautelares —incluso en los Códigos más modernos— como su aplicación práctica distan de ser ideales.

**Tercera etapa.** En tercer lugar, nos encontramos con el **decomiso**. Se trata de la pérdida definitiva de la propiedad del bien, a favor del Estado o de un tercero. En nuestro país tradicionalmente esta medida se ha aplicado junto con la condena, pero este paradigma está cambiando lentamente. El decomiso se encuentra regulado en la legislación penal de fondo (el art. 23 del Código Penal). Sin embargo, algunas jurisdicciones han regulado ciertas formas de decomiso sin condena en su legislación procesal<sup>6</sup>.

En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se indica que, en verdad, el decomiso es solo una de cuatro opciones posibles en esta etapa. Las otras tres son la **restitución** de los bienes a la víctima, la reparación integral de los daños ocasionados por el delito a través de la **indemnización civil**, y la aplicación de la pena pecuniaria (**multa**). Como veremos luego, la restitución también podría entenderse comprendida dentro del decomiso, según la postura que se adopte.

**Cuarta etapa.** La **administración de los bienes** por parte del Estado implica desafíos lo suficientemente considerables como para que esta sea pensada como otra etapa en sí misma. La necesidad de administrar bienes no solo surgirá con su **decomiso**, sino también cuando se apliquen medidas **cautelares** que impliquen el desapoderamiento del bien (por ejemplo, el secuestro de un automóvil). En la justicia federal, la administración y el destino de los bienes cautelados y decomisados se encuentran regulados en un entramado normativo complejo, compuesto por diversas leyes y acordadas y resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las últimas tres décadas.

Como decíamos, la división del recupero de activos en cuatro grandes procesos o etapas tiene una finalidad pedagógica. En verdad, **los cuatro procesos se encuentran fuertemente interrelacionados**. Pensarlos de manera aislada y fragmentada lleva a incoherencias y malas prácticas, como por ejemplo identificar bienes que luego no se cautelan adecuadamente, o cautelar bienes que luego de manera infundada no se decomisan, o decomisar bienes que no son administrados eficientemente. Cada uno de estos procesos debe realizarse teniendo en cuenta el fin último, viéndolos siempre como parte de un todo.

<sup>6</sup> Santa Fe lo ha hecho a través de la Ley 13.579 y el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (aprobado por la Ley 27.063) lo hace en el art. 275.

Por otro lado, las **cuatro etapas no deben pensarse de modo necesariamente secuencial**, ya que pueden superponerse: por ejemplo, pueden cautelarse ciertos activos mientras se siguen buscando otros; o puede decomisarse sin condena un activo mientras otros permanecen cautelados. Por esa razón, en rigor, no se trata de cuatro «etapas» sino cuatro **procesos de trabajo** distintos.

A su vez, la superposición no implica desconocer que **en cada etapa existe un objetivo inmediato distinto** y que pueden **intervenir diversos actores** (organismos de control y supervisión, jueces y juezas, organismos de administración de bienes, entre otros).

## El decomiso no es una sanción penal

El análisis sobre qué tipo de medida es el decomiso no debe realizarse por una cuestión simplemente dogmática. Por el contrario, el hecho de que sea considerado o no una sanción penal determina sustancialmente cómo debe ser regulado y litigado. Para pensar este problema, podemos recurrir a **un ejemplo simple**<sup>7</sup>.

Supongamos que Juan, un niño de seis años, estuviera jugando con sus autos de plástico. Imaginemos que Juan viera a Martín, quien está jugando con su propio juguete: un muñeco. Juan deja sus autos, se lleva uno solo de ellos y con ese auto le pega a Martín hasta que logra sacarle el muñeco.

Nosotros presenciamos esa situación, frente a la cual decidimos intervenir con tres acciones:

- a) le quitamos el muñeco a Juan y se lo devolvemos a Martín;
- b) le quitamos a Juan el auto con el que le pegó a Martín; y
- c) le prohibimos a Juan ver la televisión por una semana.

¿Con cuáles de estas acciones se busca castigar al niño? ¿Qué medidas reflejan la intención de infligirle un mal, por más leve que sea?

Cuando le sacamos el muñeco a Juan y se lo devolvemos a Martín, no estamos buscando aplicar un castigo. Lo que pretendemos es que el juguete regrese a su legítimo propietario. Desde luego, a Juan seguramente no le agrada que le quiten el muñeco, pero eso no significa que uno lo esté castigando. Lo que se intenta es volver a un estado de situación donde cada uno/a posea objetos cuya propiedad haya adquirido lícitamente. Esto sería el equivalente al **decomiso del producto/provecho** de un delito<sup>8</sup>.

Tampoco al quitarle el auto buscamos castigar a Juan. Lo que se pretende es que los objetos que los niños tienen no solo hayan sido adquiridos lícitamente, sino que también sean usados conforme a derecho. Por eso es que le quitamos únicamente el auto que usó para pegarle a Martín, pero no los demás, que estaban siendo utilizados correctamente. Esto sería el equivalente al **decomiso del instrumento** del delito<sup>9</sup>.

Finalmente, cuando a Juan le prohibimos ver televisión, aquí sí estamos buscando castigarlo. Con esta medida se pretende infligir un mal al niño. Un mal sumamente leve, por supuesto, pero un mal al fin. Pensándolo en términos del proceso penal, aquí vemos la **aplicación de la pena**. Podremos discutir por qué razón hacemos esto: ¿es para lograr que el chico recapacite y no

<sup>7</sup> Este ejemplo ha sido extraído de Carrara, A., «Crimen organizado y recupero de bienes: ¿cómo regular la extinción de dominio?», publicado en *Rubinzal Culzoni doctrina online*, cita RC D 1271/2016, octubre de 2016.

<sup>8</sup> Algunos/as dirían que en verdad se trata del «objeto» del delito. Sin embargo, como veremos luego, el «objeto» puede entenderse como un «producto directo», sin que esto genere mayores problemas en la práctica.

<sup>9</sup> Algunos/as entienden que detrás del decomiso de los instrumentos existe también una finalidad preventiva: evitar que vuelvan a ser utilizados de forma ilícita.

repita su actitud? ¿Es para que sus hermanos/as vean ese castigo y entonces desistan de conductas similares en el futuro? Cada uno/a adoptará la teoría de la pena que desee, pero en definitiva la medida que hemos tomado implica infligir un mal.

¿Por qué utilizamos un ejemplo tan básico e infantil? Porque justamente se trata de interacciones humanas tan elementales que suelen ser frecuentes en nuestras vidas. En estas situaciones entendemos a la perfección qué buscamos con cada una de nuestras medidas. Sabemos cuándo hacemos algo para castigar al niño y cuándo tomamos una medida por otra razón.

Sin embargo, cuando pretendemos una lógica de razonamiento similar en el ámbito del decomiso, la dogmática penal tradicional opone una férrea resistencia. El tema, que prácticamente no se incluye en las currículas de las Facultades de Derecho, se ve atrapado en una inercia cultural que lleva a doctrinarios/as y a legisladores/as a incoherencias bastante evidentes.

**La doctrina ha entendido mayoritariamente que se trata de una medida de naturaleza penal** (inevitablemente ligada a una condena). Las discusiones —también en la jurisprudencia— se han centrado principalmente en determinar si se trata de una pena accesoria o una consecuencia accesoria de la condena<sup>10</sup>.

De este modo, **no logran explicar los cambios introducidos en nuestra legislación** en los últimos veinte años, que son **incompatibles con la noción del decomiso como sanción penal**: el decomiso contra terceros y contra personas jurídicas que no son perseguidos/as penalmente, y el decomiso sin condena. La visión antigua del recupero de activos arrastra errores conceptuales graves, que aún hoy siguen afectando notoriamente al litigio y a los debates legislativos.

En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se encuentra una explicación detallada de la **evolución del art. 23 de nuestro Código Penal**<sup>11</sup>. Allí se señala que antiguamente el decomiso del art. 23 CP era considerado como una medida *in personam*, vinculada a la atribución de responsabilidad penal a una persona a través de una condena y que solamente podía alcanzar los bienes de su propiedad que hubiera utilizado como instrumento del delito o que fueran su producto directo<sup>12</sup>. Con las modificaciones legislativas de las últimas dos décadas, este decomiso **«comienza a alcanzar algunos caracteres *in rem***, atendiendo al origen de los bienes<sup>13</sup>», y por ende desprendiéndose de un vínculo imprescindible con el juzgamiento de la responsabilidad penal del titular del bien.

La Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes lo resume de esta forma: «A partir de la reforma de 1999 (y mucho más desde la reforma de 2011) el sistema penal argentino incorpora en forma categórica decomisos de características *in rem*, en los que '[los] bienes sujetos a decomiso [...] tienen una relación específica con el delito: son instrumentos, efectos o el provecho obtenido, con independencia de que se encuentren en poder del imputado o de terceros, salvo cuando estos son de buena fe y los adquirieron a título oneroso'<sup>14</sup>».

Por otra parte, el hecho de que el decomiso se encuentre regulado en el título II del libro primero del Código Penal («De las penas») no es suficiente para asignarle a la medida naturaleza de sanción penal. La naturaleza de la medida **no debe determinarse a partir de su ubicación**

<sup>10</sup> Para una síntesis de las posiciones doctrinarias, véanse Federik, J. A., en Baigún, D. y Zaffaroni, E. R. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 1*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1997, p. 309, y De La Rúa, J., *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 343.

<sup>11</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., pp. 11 y ss.

<sup>12</sup> CCCFed., Sala I, «Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo», 31/08/10.

<sup>13</sup> CCCFed., Sala I, «Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo», 31/08/10.

<sup>14</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., p. 13, con cita de Jorge, G., *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*, Universidad de San Andrés y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2009, p. 42.



**normativa** (que puede responder a una mala técnica legislativa), sino teniendo en consideración cómo está regulada. Esto es coincidente con la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>.

La consideración del decomiso como una medida distinta de una sanción penal trae aparejada una serie de **consecuencias sustanciales, tanto para su regulación como para su litigio**. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes, que retomaremos en la parte segunda de esta guía:

- a) **Momento de aplicación:** no es imprescindible que el decomiso sea aplicado junto con la condena. Puede ser aplicado previamente, e incluso puede aplicarse un decomiso sobre bienes cuyo/a titular sea absuelto/a en el proceso penal.
- b) **Estándar de prueba:** si el decomiso no es una sanción penal, no necesita regirse por el estándar de «certeza más allá de toda duda razonable», por más que se discuta en el marco de un proceso penal. Puede aplicarse el estándar de «preponderancia de las evidencias» o «balance de probabilidades», tal como lo hacen la *Proceeds of Crime Act* (2002) del Reino Unido<sup>16</sup> y la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (2000) de los Estados Unidos<sup>17</sup>, entre otras normas.
- c) **Carga de la prueba:** que el decomiso no sea una sanción penal no significa que no existan garantías aplicables. Pero sí implica que puede rediscutirse la carga de la prueba, en tanto derivación del principio de inocencia.
- d) **Bienes a los que puede aplicarse:** el tipo de bienes pasibles de ser decomisados se expande. Por ejemplo, si quien cometió un delito fallece y sus hijos/as heredan un bien que fue producto del hecho ilícito, ese bien debe poder decomisarse por más que quien cometió el delito no pueda ya ser sancionado.
- e) **Personas a las que puede aplicarse:** el decomiso que procede contra bienes en poder de personas físicas o jurídicas que no han participado en el delito solo puede justificarse a partir de una concepción que entienda a esta medida como algo distinto de una sanción penal.

Como decíamos, el estudio de los problemas conceptuales que rodean al decomiso no debe tener por fin una discusión meramente dogmática. Por el contrario, debe servir para que los/as fiscales formulen argumentos que les permitan desarrollar un **litigio estratégico**, persuadiendo a los/as jueces/zas de adoptar las interpretaciones más favorables para la acusación (aquellas que tienden a la eficacia político-criminal):

En el paradigma tradicional, los fiscales aparecen posicionados en su rol desde una cierta postura de neutralidad. Así, el conocimiento de la ley y de los hechos del caso los debiera llevar por un camino progresivo que se define solo a partir de esos elementos hasta el resultado final, el cual en principio les debiera resultar indiferente. En esta lógica, el resultado del caso no es producto de un posicionamiento estratégico de la persecución penal, sino una consecuencia casi automática del camino preestablecido por la ley y que el fiscal está simplemente llamado a ejecutar.

Este escenario cambia en la lógica de un sistema acusatorio o adversarial. Puestos los fiscales a decidir sobre el curso de los casos y enfrentados a una litigación competitiva, su posición frente a ellos pasa en cambio a ser estratégica. Esto es, el fiscal se comporta a partir de decisiones que ha tomado y objetivos que se ha trazado con el fin de que en el proceso judicial se obtengan resultados consistentes con esas decisiones y objetivos<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> En este sentido, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 09/02/1995, «Welch v. United Kingdom»; 27/06/2002, «Butler v. United Kingdom»; 05/07/2001, «Arcuri v. Italy»; 04/09/2001, «Riela v. Italy».

<sup>16</sup> Sección 241 (3).

<sup>17</sup> A través de las modificaciones introducidas a la sección § 983 (c) (1) de la ley.

<sup>18</sup> Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, 2005, p. 64.

## ¿Qué bienes pueden recuperarse?

En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se detallan cuáles son los bienes sobre los que puede recaer el proceso de recupero de activos, **con base en los distintos fines** que se persigan<sup>19</sup>.

Por un lado, se encuentran los bienes que servirán para cubrir el pago de la **multa**, es decir, la pena pecuniaria. Estos bienes deberían ser lícitos, ya que los ilícitos deberían ser decomisados por otras razones distintas del pago de la multa, como veremos luego.

Por otra parte, están los bienes que servirán para garantizar la **indemnización** del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a terceros/as. Nuevamente, debería tratarse de bienes lícitos, como principio. Sin embargo, cabe señalar que el art. 30 CP establece que «la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito», incluyendo el decomiso. Es decir, que la indemnización podría cubrirse con bienes ilícitos.

Otra de las responsabilidades pecuniarias en el proceso penal es el pago de las **costas** del proceso (art. 29, inc. 3 CP). Sin embargo, esta cuestión —acertadamente— no es desarrollada en la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*, dado que no se vincula con la política de recupero de activos de la institución.

Las mayores discusiones en doctrina y jurisprudencia se encuentran al tratar el **decomiso** que recae sobre los instrumentos, el objeto y el producto o provecho del delito. A diferencia de la multa y la indemnización, el decomiso —en principio— recae exclusivamente sobre bienes ilícitos (sea que esta ilicitud derive de su origen o de su utilización). La salvedad a esto se encuentra en el decomiso de bienes de valor equivalente, como veremos.

No nos adentraremos en las definiciones de conceptos tales como «instrumentos», «objeto» y «producto o provecho del delito», ni en la evolución del art. 23 CP, ya que todos estos puntos se encuentran desarrollados en la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*. Aquí retomaremos algunos de los puntos centrales analizados en dicha guía y agregaremos otros. De este modo, con respecto al decomiso, podemos hacer algunas consideraciones generales:

- Con la redacción actual del art. 23 CP, el decomiso no es opcional sino **obligatorio**.
- El concepto de «**instrumentos del delito**» **no debe limitarse a objetos** tales como un automóvil. Por ejemplo, en un caso de lavado de activos donde una persona utilice un casino de su propiedad para dar apariencia de licitud a las ganancias provenientes de un delito precedente, el casino en sí mismo estaría siendo utilizado como instrumento, y por ende debería ser decomisado (tesis de la contaminación total).
- Cuando se trate de **instrumentos** que pertenecen a un **tercero**, únicamente quedarán excluidos del decomiso si existe «buena fe». No habrá buena fe cuando se acredite que el/la propietario/a no podía ignorar el destino o finalidad ilícita dados a los bienes. Tampoco cuando figure como adquirente del bien pero a partir de una operación simulada realizada para evitar que aquel sea alcanzado por el decomiso<sup>20</sup>.
- También puede decomisarse el **producto o provecho** del delito en poder de un **tercero** no perseguido penalmente. En este sentido, el decomiso alcanza siempre a personas de existencia ideal (al margen de que esté prevista o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el delito en cuestión), cuando se hubiesen beneficiado en razón de esas ganancias y el autor o los partícipes del delito hubiesen actuado como sus órganos, miembros o administradores (párrafos 1 y 3 del art. 23 CP). También deben decomisarse los bienes en poder de

<sup>19</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., pp. 16 y ss.

<sup>20</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., pp 17 a 19.

terceros que se hubieran beneficiado del producto o provecho del delito a título gratuito (art. 23 CP, párrafo cuarto).

- «Tanto respecto de los **instrumentos** como del **producto** del delito, el decomiso puede recaer sobre elementos por los cuales estos hayan sido **reemplazados, sustituidos o transformados** total o parcialmente, así como respecto de los ingresos u otros **beneficios derivados** de dicho producto o de su transformación<sup>21</sup>».
- En ciertos casos, pueden presentarse algunas discusiones en torno a si un determinado bien constituye el objeto del delito o su producto o provecho. De cualquier modo, con la redacción actual del art. 23 CP, esto no debe presentar ningún problema, ya que el **objeto** del delito puede ser tratado como un **«producto directo»** (así se abordará en el resto de esta guía).

Así, en un caso de lavado de activos a través de la compra de un inmueble, el inmueble debería ser decomisado por constituir el producto directo del delito. Es indiscutible que para el autor del delito implicarán una ganancia (producto/provecho) tanto el hecho de hacerse de los bienes (por ejemplo, el dinero estafado a una víctima) como la transformación del poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen delictivo en poder de adquisición efectivo (a través del lavado de las ganancias provenientes de la estafa).

- El **decomiso de bienes (lícitos) de valor equivalente** a aquellos que han sido el instrumento o producto/provecho del delito no se encuentra regulado expresamente en nuestra legislación. En el marco de un litigio estratégico desarrollado desde un MPF, esa ausencia de regulación específica no debería entenderse como prohibición. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que se pretende con el decomiso es que el delito no rinda beneficios<sup>22</sup>. En este sentido, considerando cuáles son los fines perseguidos, debería interpretarse la **fungibilidad de las ganancias ilícitas** (sin importar de qué tipo de bien se trate). Desde esta concepción, no existe obstáculo para decomisar bienes lícitos de valor equivalente a los ilícitos. Si el patrimonio de una persona se ha incrementado en X medida por el ingreso de activos cuya adquisición ha sido ilícita, en definitiva es esa X medida la que se está decomisando, al margen de que eso se refleje en el recupero del bien A o del bien B.

Estas formas de decomiso resultan fundamentales en casos en los cuales ciertos bienes ilícitos no pueden ser hallados o se encuentran en poder de terceros de buena fe. Por esta razón es que las regulaciones sobre extinción de dominio suelen receptar causales similares.

Existe jurisprudencia en la cual ya se ha aplicado esta modalidad de decomiso. Por ejemplo, así ha ocurrido en un importante caso de criminalidad económica<sup>23</sup>. En todo caso, podría discutirse si esto debe aplicarse solo al producto/provecho o también al instrumento, ya que en este último caso el fundamento no parecería ser que el ilícito no rinda beneficios, sino evitar que la propiedad de un bien sea ejercida de manera contraria al orden jurídico.

Hemos visto que pueden recuperarse bienes a los fines de garantizar la indemnización civil, el pago de la multa, las costas del proceso y el decomiso de los instrumentos y producto o provecho del delito. A esto cabe sumar los bienes que serán objeto de **restitución** a la víctima o a

<sup>21</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>22</sup> CSJN, fallos 254:320; 275:389; 279:54; 279:138; 283:66; 313:1305; 320:277; 321:2947 y 323:929, entre otros.

<sup>23</sup> TOCF n.º 3, 12/05/2010, «Dadone, Aldo y otros s/ defraudación contra la administración pública». Es el caso conocido comúnmente como «IBM — Banco Nación». El Tribunal homologó un acuerdo de juicio abreviado que incluyó el decomiso del producto del delito. Dentro de los bienes decomisados se encuentra el dinero que dos de los condenados se comprometieron a entregar en efectivo, para lo cual los jueces les ordenaron efectuar un depósito en una cuenta bancaria a la orden del Tribunal. Así, se decomisaron bienes de valor equivalente a aquellos que fueran el producto —directo o indirecto— del delito. Esto no fue objetado en la instancia de revisión (CFCP, Sala I: 22/09/2014, «Soriani, Gustavo Adolfo; Cattáneo, Juan Carlos; De Lellis, Alejandro; Gaggero, Hugo s/ recurso de casación»; y 05/06/2015; «Soriani, Gustavo A. y otros s/ recurso de casación»).

terceros. Esto dispara la pregunta de **si la restitución y el decomiso son dos medidas distintas, o si la restitución es una de las modalidades que pueden darse dentro del decomiso.**

La Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes sostiene la primera de estas dos posturas, con apoyo en jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>24</sup>. El principal sustento normativo se encuentra en el art. 29 CP, que establece que la condena podrá ordenar «la reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias». El art. 29 se halla en el título IV del libro primero del CP, destinado a la «Reparación de los Perjuicios» (mientras que el art. 23 está en el título II, «De las penas»). De este modo, cuando los bienes tengan un/a legítimo/a propietario/a a quien deban ser devueltos, se tratará de una restitución, no de un decomiso. La principal ventaja que esto presenta es que **la restitución es considerada unánimemente una medida civil**<sup>25</sup>, mientras que en la actualidad no ocurre lo mismo con el decomiso.

La otra opción es entender la restitución como uno de los destinos posibles que puede tener un bien decomisado. Esta postura se sustenta en que, como ya se ha explicado, la naturaleza de una medida no debe determinarse a partir de su ubicación normativa, sino teniendo en consideración cómo está regulada. En consonancia con esto, en no pocas ocasiones la técnica legislativa presenta defectos y errores evidentes. Por ejemplo, el decomiso es mencionado en el art. 30 CP como una «pena», mientras que en el art. 23 CP se estipula que en ocasiones puede ser aplicado sin que exista una condena. Como se observa, la regulación es incoherente, y por ende debe ser interpretada de manera sistémica y teleológica (teniendo en cuenta sus finalidades).

Por otra parte, siempre y cuando tanto la restitución como el decomiso sean tratados como algo distinto de una sanción penal, la medida tendrá los mismos efectos para quien se encuentra en poder del bien. En síntesis, se le quitará el uso del bien y su propiedad (en caso de que la tenga, aunque siempre se tratará de una propiedad viciada en su origen). Que luego ese bien sea devuelto a una víctima o quede en propiedad del Estado es una cuestión sumamente importante, pero distinta.

De hecho, esta es la postura que se desprende de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en diversos artículos. Por ejemplo, el art. 57 indica que «cada Estado Parte dispondrá de los bienes que haya decomisado conforme a lo dispuesto en los artículos 31 ó 55 de la presente Convención, incluida la restitución a sus legítimos propietarios anteriores [...]». La misma norma establece que el Estado dará «consideración prioritaria a la restitución de esos bienes [decomisados] a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito».

**Esta interpretación de la restitución no generaría ningún problema práctico en tanto los/as operadores/as judiciales no trataran el decomiso como una medida de carácter penal** (al margen de las reformas legislativas que también resultan necesarias). Sin embargo, esa no es la situación actual. Esto último es determinante a la hora de decidir cómo litigar cada caso en concreto.

Por esta razón, **la interpretación de la restitución como una medida diversa del decomiso puede resultar estratégica para la fiscalía en cada caso, al margen de que a nivel institucional sería ideal avanzar sobre la consideración del decomiso como una medida no penal.** Por esta última cuestión es que en esta guía aludiremos genéricamente a «decomiso», incluyendo allí los casos de restitución, para identificar este acto específico dentro del proceso de recupero de activos.

<sup>24</sup> CFCP, Sala IV, «Oficina Anticorrupción s/recurso de casación», c. CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, rta.: 27/2/2015; CFCP, Sala IV, «Cossio, Ricardo A. s/recurso de casación», rta.: 18/08/2010, Abeledo Perrot n.º: 70068551; CFCP, Sala IV, «Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/recurso de casación», causa CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, registro n.º 300/16.4, rta.: 18/03/2016.

<sup>25</sup> *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*, página 26. Allí se describen las características de la restitución y sus diferencias no solo con el decomiso sino también con la indemnización.

## Parte segunda: ejercicio de la persecución penal

### La investigación financiera y la investigación «principal»

Tradicionalmente, la investigación criminal se ha enfocado de manera casi exclusiva en determinar la responsabilidad penal de los/as acusados/as, sin preocuparse seriamente por el recupero de activos. Esto se ha traducido en un desarrollo escaso (o incluso inexistente) de una investigación financiera, generando dinámicas de trabajo sumamente ineficientes para incidir sobre fenómenos y mercados criminales.

En las últimas décadas, esta **visión ha comenzado a cambiar** a nivel mundial. Se ha empezado a expandir la idea de que la investigación financiera debe ser desarrollada desde el inicio del proceso penal, de manera paralela a la investigación «principal». Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional apuntan en este sentido. Se ha remarcado incluso que cada una de estas dos formas de investigación puede generar resultados positivos para la otra, retroalimentándose. Asimismo, se han incorporado profesionales de las ciencias económicas y contables a la realización de estas investigaciones financieras, incluso dirigiéndolas.

Estas transformaciones van en la línea adecuada y son fundamentales. Han permitido lograr resultados sumamente positivos en una gran cantidad de casos, que de otro modo hubieran sido imposibles. Aun así, es importante realizar algunos **ajustes metodológicos**. Aunque parezca extraño, es necesario **repensar la idea de que la investigación del delito y la investigación financiera son dos cosas distintas**. Hasta ahora, esta separación ha perseguido un objetivo valioso: resaltar la importancia del recupero de activos. Sin embargo, también trae aparejada una suerte de desmembramiento de la investigación, que será mayor o menor según el caso. Con dos investigaciones distintas, inevitablemente no puede aprovecharse al máximo la visión de conjunto y global del caso, tanto para la planificación como para la investigación.

Una **teoría del caso** construida con base en **todos los objetivos** que deben perseguirse en el proceso penal (siendo uno de ellos el recupero de activos) debe mostrarnos que en verdad existirá **una sola investigación, la cual abarcará tanto lo que tradicionalmente hemos conocido como «investigación criminal» como también la «investigación financiera»**. Es decir, en las fiscalías o MPF en los cuales no se desarrollan investigaciones financieras, es incorrecto sostener que se realiza una sola de las dos investigaciones que corresponden: en verdad, la única investigación se desarrolla de manera incompleta e insuficiente para los objetivos políptico-criminales que deben perseguirse.

Bajo esta concepción que aquí se propone, los resultados que arroje cualquier medida de investigación son **insumos que sirven para retroalimentar la planificación del caso**, la cual debe ser desarrollada desde el primer momento. Visto de este modo, resulta evidente que los Ministerios Públicos deben contar con profesionales de las ciencias económicas y contables para que participen en la investigación de este tipo de delitos, pero siendo siempre los y las fiscales quienes lideren el proceso. Esto último es un requisito esencial (pero no suficiente) para que los aportes fundamentales que hagan aquellos/as profesionales puedan ser aprovechados al máximo. De lo contrario, su trabajo corre el riesgo de limitarse a «encontrar todos los bienes de una persona», lo cual sigue siendo un avance clave respecto del paradigma anterior, pero resulta insuficiente para lo que pretendemos. Al mismo tiempo, podría ocurrir que el/la fiscal se ocupe de la investigación «principal» y encargue a otras personas (por ejemplo, un área especializada) la investigación financiera; así, cada área hará una parte del trabajo, con una coordinación insuficiente.

La **indivisibilidad de la investigación** no es una cuestión meramente conceptual o teórica. Su importancia **se traduce en cuestiones prácticas fundamentales**: ¿cómo debe planificarse la investigación?, ¿qué tipos de profesionales van a intervenir en la planificación y de qué manera?,



¿quién/es toma/n las decisiones?, ¿cuál será el rol de los/as distintos/as profesionales en la ejecución de las medidas de investigación?

Además, esto se observa cotidianamente en una gran cantidad de casos. Supongamos que en una investigación por lavado de activos se realiza un allanamiento. En ese acto se secuestra un contrato que se utilizará como prueba documental para demostrar la autoría del delito (junto con otros elementos probatorios), y al mismo tiempo sirve para continuar rastreando los activos y eventualmente poder decomisarlos. En este caso, no deberían pensarse el allanamiento y el secuestro como medidas de investigación criminal que a su vez «ayudan» a la investigación financiera. Bajo esa lógica, se llegaría al punto de que los/as contadores/as que participen en la investigación ni siquiera deberían pensar en la posibilidad de realizar un allanamiento, ya que no se trata una medida propia de «su» investigación.

La forma de ver el problema que aquí se propone permite incorporar todas las pautas que han sido señaladas a nivel internacional como «buenas prácticas» en materia de recupero de activos (un buen resumen de estos criterios se encuentra en la *Guía de Investigación Financiera*<sup>26</sup>). Así, estas **buenas prácticas para el recupero de activos se fusionan con la destreza de construcción de la teoría del caso**, uno de los puntos centrales en las capacitaciones que se han dictado en el marco de la reforma de los sistemas de justicia penal en toda América Latina en los últimos treinta años<sup>27</sup>. Debe tenerse en cuenta que este tipo de capacitaciones son recientes en el seno de la PGN. Esto último explica que los avances metodológicos en materia de recupero de activos hayan tenido un desarrollo mayor que los avances en materia de construcción de la teoría del caso.

## Construcción de la teoría del caso

Lejos de reducirse a «nuestra versión de los hechos», aquí tomaremos la teoría del caso como una **metodología de trabajo que debe guiar a los/as fiscales durante toda su labor en el proceso penal**<sup>28</sup>. Moreno Holman la define como el «conjunto de actividades que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarlo ante un tribunal para ser conocido en un real o hipotético juicio oral<sup>29</sup>». La teoría del caso deviene así una condición indispensable para la acción estratégica, brindando «un esquema de trabajo que nos permita **manejar hechos, derecho y prueba en un formato amigable** con la litigación oral<sup>30</sup>».

Por más que la construcción de la teoría del caso normalmente se enseñe de la mano de las destrezas de litigación oral, esta metodología de trabajo **debe ser aplicada desde el inicio de la investigación**, para conducirla con miras a un eventual juicio oral —con los estándares probatorios que este exige—. Por esta razón es que la adecuada construcción de una teoría del caso no solamente es fundamental en un sistema acusatorio, sino que también aplica al trabajo realizado con base en el CPPN actual.

Las mayores probabilidades de éxito de la investigación y del litigio se consiguen con la elaboración meticulosa de una teoría del caso. Sin capacitación suficiente sobre esta materia, el

<sup>26</sup> Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones de la Procuración General de la Nación, *Guía de Investigación Financiera*, 2017, pp. 12 y ss.

<sup>27</sup> Si bien la elaboración de la teoría del caso constituye uno de los puntos centrales en las capacitaciones sobre destrezas de litigación oral, también resulta fundamental en los sistemas inquisitivos y mixtos.

<sup>28</sup> Esta sección ha sido extraída (con algunas adaptaciones) de Carrara, A., «Litigación oral de delitos económicos: algunos desafíos para la persecución penal», en *Rubinzal Culzoni doctrina online*, cita RC D 696/2017, abril de 2017.

<sup>29</sup> Moreno Holman, L., *Teoría del caso*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2013, p. 28.

<sup>30</sup> Lorenzo, L., *Manual de litigación*, Buenos Aires, Ed. Didot, 2014, p. 132.

trabajo de muchos/as operadores/as tendrá una fuerte impronta intuitiva: la investigación y litigación del caso se conducirán por ciertos rumbos que se asumen apropiados con base en la experiencia y los conocimientos previos. Sin desmerecer la importancia de la intuición, la planificación minuciosa de una teoría del caso implica adoptar una **dinámica de trabajo estructurada y sistematizada**.

Esto a su vez requiere un manejo preciso de la **relación entre hechos, derecho y prueba**, lo cual sigue siendo una deuda pendiente para la gran mayoría de los/as profesionales del derecho, fundamentalmente por la formación principalmente dogmática que brindan las universidades. Las facultades de Derecho tienden a trabajar en torno a casos donde no se discuten cuestiones de hecho y prueba sino simplemente aplicación de normas jurídicas, cuando el trabajo cotidiano de una fiscalía implica desafíos prácticamente opuestos.

Hasta ahora, en varios países, los principales avances que se han dado vinculados a la etapa de investigación del recupero de activos consisten en la formación de equipos interdisciplinarios. Sin embargo, no puede «arrojarse» la investigación al contador o contadora bajo la consigna de «encontrar el delito». Es el/la fiscal quien debe conducir la investigación, y debe hacerlo con base en su teoría del caso. Esto será lo que le permita definir qué es relevante y qué no lo es.

Los/as contadores/as tienen conocimientos fundamentales y en muchos casos una experiencia envidiable. Por esas razones es que necesariamente deben participar en la elaboración de la teoría del caso y en la planificación de la investigación (entre otras cuestiones). Una metodología de trabajo adecuada es lo único que permite determinar **qué evidencias se necesita recolectar para sustentar qué proposiciones fácticas —afirmaciones de hecho—, vinculadas a qué elementos de la teoría jurídica**. Esto último nos brinda los tres principales componentes que suelen identificarse en la teoría del caso: **la teoría jurídica, la teoría fáctica y la teoría probatoria**.

Aquí no profundizaremos en torno a cómo se vinculan entre sí estos tres ejes y cómo debe construirse una teoría del caso<sup>31</sup>. Lo relevante en este punto es resaltar que una vez que se comprende cómo elaborar una teoría del caso, **allí debe insertarse lo vinculado al recupero de activos**.

Así, dentro de la teoría jurídica se encontrará un elemento que sea, por ejemplo, el «origen ilícito de los bienes». Por otra parte, en la teoría fáctica se encontrarán las afirmaciones de hecho (proposiciones fácticas) que conecten ese elemento abstracto y genérico con los hechos concretos del caso. Por ejemplo: «en tal fecha, el empresario A ofreció al funcionario B \$800.000 a cambio de que la empresa C resultara ganadora de la licitación D» y «en tal fecha, la empresa C transfirió \$800.000 a tal cuenta bancaria», entre otros hechos<sup>32</sup>.

En la teoría probatoria se encontrarán los distintos tipos de pruebas (testimoniales, documentales, entre otras). La prueba recae sobre las proposiciones fácticas, no sobre los elementos jurídicos. Por ejemplo, un extracto o resumen bancario que acredite la transferencia mencionada.

Sobre este último punto, teniendo en cuenta la próxima implementación del nuevo CPPN, «cabe recordar que la información que obtenga el Ministerio Público durante la investigación no constituye prueba, pues **prueba es sólo aquella que es producida en juicio** de acuerdo a las

<sup>31</sup> Una aproximación básica al tema puede encontrarse en Baytelman, A. y Duce, M., *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2005, y en Moreno Holman, L., *Teoría del...*, *op. cit.*

<sup>32</sup> Aquí se presentan afirmaciones que contienen varios hechos. En la práctica, la construcción de la teoría del caso debería ir desagregando y simplificando las proposiciones fácticas, para facilitar su utilización en el marco de la investigación y el litigio.

normas legales relativas al debate oral. Así ocurre por ejemplo con la prueba testimonial. Prueba no es el acta que levanta la fiscalía sobre la declaración de un testigo durante la investigación de un caso, sino que prueba es el testigo declarando en juicio bajo la contradicción de las partes y con intermediación respecto de los jueces<sup>33</sup>».

Todo MPF debe apuntar a que sus fiscales desarrollen tres destrezas fundamentales (a las cuales podrían agregarse otras): **planificación, investigación y litigación**. Las tres actividades resultan esenciales para potenciar el proceso de recupero de activos. La implementación del sistema acusatorio en la justicia federal pondrá en evidencia esto, ya que la dinámica de funcionamiento del sistema actual oculta —en algún punto— la importancia de las destrezas de planificación y litigación. Por esa razón es que los principales avances se han observado en materia de métodos y técnicas de investigación.

## La planificación y la investigación

El objetivo de esta sección no es abordar las posibles técnicas de investigación y fuentes de información, que ya están tratadas en *Guía de Investigación Financiera* y son analizadas en diversas capacitaciones dictadas en el seno de la PGN. Aquí, la idea es abordar los distintos tipos de razonamiento involucrados en la planificación de un caso y el desarrollo de la investigación.

Como señala Moreno Holman, la teoría del caso implica una **metodología de trabajo iterativa e incremental**: «Decimos iterativa pues la generación definitiva de la teoría del caso supone el repetir la metodología utilizada para elaborarla hasta alcanzar el resultado buscado, e incremental, en cuanto a que cada vez que se va ajustando al nuevo estado del caso la teoría va adquiriendo mayor valor agregado, sea por su mayor certeza, menores debilidades, por contar con nuevas proposiciones fácticas, o evidencias, etcétera<sup>34</sup>».

La elaboración de la teoría del caso debe comenzar —al menos de manera preliminar— **desde el primer contacto con el caso**. Durante la investigación, usualmente se establecerán **más de una hipótesis fáctica** con base en las cuales se trabajará el caso. No puede establecerse un número rígido de hipótesis para cualquier caso, ya que eso dependerá de distintos factores (por ejemplo, los hechos que ya se conozcan). Debe buscarse que no sea un número tan elevado como para dilatar injustificadamente la investigación, ni uno tan bajo como para elevar considerablemente el riesgo de no descubrir qué es lo que ha sucedido. En principio, el momento en que la fiscalía decide formular su acusación para llevar el caso a juicio es la instancia en la cual la teoría del caso se «solidifica» y la plataforma fáctica no puede seguir siendo modificada<sup>35</sup>.

El desarrollo de la investigación siempre involucra una mezcla de **tres formas de razonamiento**: abductivo, inductivo y deductivo. Los dos últimos suelen ser los más conocidos. Sin embargo, el **razonamiento abductivo** cumple un rol fundamental en la investigación, ya que se trata del proceso creativo de razonamiento. No se razona desde una hipótesis hacia una conclusión basada en hechos y pruebas, sino que el razonamiento va desde los hechos y las pruebas hacia una hipótesis que pueda explicarlos.

Como señalan Anderson, Schum y Twining, «el valor de una nueva hipótesis para un investigador radica no solo en su utilidad para **explicar las pruebas ya disponibles**; también contribuye

<sup>33</sup> Ríos Leiva, E., *Gestión de fiscalías. Consideraciones sobre los modelos y herramientas de gestión de las fiscalías*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012, p. 15.

<sup>34</sup> Moreno Holman, L., *Teoría del...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>35</sup> Decimos «en principio» ya que los distintos Códigos Procesales Penales suelen permitir supuestos de ampliación de los hechos de la acusación durante el juicio oral.



a **generar nuevas líneas de investigación**, aún no sugeridas por las otras hipótesis con las que se ha estado trabajando. El proceso abductivo no es estático<sup>36</sup>».

Por ejemplo, supongamos que se ha detectado que un funcionario del Poder Ejecutivo que se desempeña en el área de obra pública posee una cantidad de dinero en efectivo que no se corresponde con sus ahorros y sus ingresos lícitos. Frente a este hecho, se genera una hipótesis según la cual ese dinero constituye un soborno pagado por el direccionamiento ilícito de una determinada licitación pública, que a su vez fue adjudicada con un sobreprecio que incluía el monto del soborno. Las líneas de investigación que esta hipótesis dispara conducirían a revisar las contrataciones en las cuales el funcionario pudo haber tenido alguna injerencia, para verificar si efectivamente existieron el direccionamiento y el sobreprecio.

Como se observa a través de este ejemplo básico, este tipo de razonamiento es implementado cotidianamente por cualquiera que realice una investigación (no solamente en el ámbito penal). Lo mismo aplica al recupero de activos. Al margen de la utilidad del razonamiento deductivo y el inductivo, **la posibilidad de decomisar activos requiere un buen ejercicio del razonamiento abductivo o imaginativo.**

## Perfil de los/as profesionales que intervienen en la investigación

Si bien el litigio sobre la responsabilidad penal de una persona física o jurídica y el juicio sobre la ilicitud de un bien (por su origen o utilización) son dos cosas distintas, no se encuentran desconectadas. Como dijimos anteriormente, los y las fiscales deben construir una teoría del caso que abarque todos los objetivos que se persiguen en el proceso penal (incluyendo el recupero de activos). Por ende, los perfiles profesionales necesarios para recuperar activos no pueden pensarse aislados de la persecución de los fenómenos criminales a los cuales estos activos van a estar vinculados.

En líneas generales, podemos identificar **por lo menos cuatro grandes grupos de profesionales** que deberían intervenir. Esto no obsta a la existencia de otras disciplinas (no mencionadas aquí) cuyos aportes pueden ser sumamente relevantes en la materia.

Por un lado, debe mencionarse a **los/as investigadores/as**, sea que se encuentren dentro de la estructura del MPF o de la policía. Nos referimos a los/as profesionales que se nuclean en la policía de investigaciones, es decir, la organización dedicada a la investigación de los delitos y a hallar las evidencias necesarias. La ubicación institucional de esta organización es una cuestión que no se abordará aquí.

En segundo lugar, son indispensables **los y las fiscales**. Con su formación de abogados/as, son ellos/as quienes tienen los conocimientos jurídicos que se requieren para elaborar la teoría del caso y, en consecuencia, conducir la investigación; a su vez, son quienes litigarán el caso.

Tercero, es clave el rol de los/as **profesionales de las ciencias económicas**, fundamentalmente contadores y contadoras. Estos/as profesionales pueden agruparse dentro de cada fiscalía y/o en un área especializada (como la DAFI, en el caso de la PGN). Esa decisión depende de cada MPF, sus particularidades y el contexto en el que se inserten.

Cuarto, considerando el avance de las tecnologías de la información y la comunicación, los/as **expertos/as en informática** cumplen un rol cada vez más preponderante. Cuestiones como la recolección y custodia de la evidencia digital, así como el análisis de la información almacenada electrónicamente, hacen que estos/as profesionales puedan ser considerados/as esenciales en muchos procesos de recupero de activos en criminalidad económica y compleja.

---

<sup>36</sup> Anderson, A., Schum., D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, p. 91.

**Tanto la planificación del caso como la investigación y la litigación pueden implicar la participación de estos distintos tipos de profesionales.** Por ejemplo, un/a contador/a puede participar en tres instancias distintas: en la elaboración de la teoría del caso (planificando las medidas de investigación necesarias para obtener determinada información), en la investigación (ejecutando dichas medidas y analizando la información obtenida) y en la litigación (declarando en juicio como perito o participando como consultor técnico en el contraexamen de un perito de la defensa). Una visión profunda del trabajo interdisciplinario debe tener en cuenta esto.

Desde luego, una misma persona puede reunir los conocimientos propios de dos perfiles distintos. Además, no desconocemos que muchas veces la práctica impulsa a los/as operadores/as a este tipo de situaciones. Por ejemplo, los/as fiscales que investigan delitos económicos suelen adquirir conocimientos contables, ya sea por la ausencia de estructuras de apoyo necesarias o por el simple contacto y trabajo conjunto con profesionales de este campo. Sin embargo, esto no debe llevarnos a pensar que cada perfil puede ser reemplazado fácilmente.

### La utilización de prueba indiciaria<sup>37</sup>

En el marco de la persecución de ciertas formas de criminalidad económica y compleja, un punto usualmente destacado por doctrina y jurisprudencia es la **frecuente utilización de prueba indiciaria**. En este sentido, el Tribunal Supremo español sostiene desde hace casi dos décadas que, en los casos de lavado de activos, para demostrar el aspecto subjetivo de la acción típica «lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias», y que la prueba directa «prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de ‘lavado’ del dinero procedente de aquella<sup>38</sup>».

En adición a la dificultad de manejar adecuadamente un gran volumen de prueba indiciaria, existe un problema generado por una **confusión conceptual ampliamente extendida**. Es común escuchar que los indicios no permiten alcanzar la certeza que exige una condena (más allá de toda duda razonable), sino tan solo un determinado grado de probabilidad. En la misma línea, se sostiene —por ejemplo— la importancia de que en casos de delincuencia económica los indicios se complementen con el descubrimiento del *paper trail* (rastros documentales); con esto, la idea implícita es que la prueba documental constituye prueba directa.

Por estas cuestiones, es importante remarcar la diferencia entre tres series de distinciones: **prueba directa vs. indicios; certeza vs. probabilidad, y los diferentes medios de prueba existentes**. Es erróneo sostener que determinados medios de prueba siempre van a implicar una prueba directa o indirecta de los hechos, y que a su vez la prueba indirecta es sinónimo de probabilidad (es decir, que no permite demostrar un hecho con la certeza requerida para arribar a una condena).

Con respecto al primero de los tres ejes de discusión señalados, será directa aquella prueba que baste por sí sola para acreditar una proposición fáctica (una afirmación de hecho), en tanto el juzgador crea en su autenticidad<sup>39</sup>. A su vez, la **prueba indiciaria o indirecta** será aquella que acredite una proposición fáctica circunstancial. En este caso, se exige un razonamiento lógico

<sup>37</sup> Esta sección ha sido extraída (con algunas adaptaciones) de Carrara, A., «Litigación oral de delitos económicos: algunos desafíos para la persecución penal», en *Rubinzal Culzoni doctrina online*, cita RC D 696/2017, abril de 2017.

<sup>38</sup> Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, de fecha 10/01/2000. Roj: STS 16/2000. N.º de Resolución: 1637/1999. Aquí referimos al Tribunal Supremo español ya que sus precedentes en materia de lavado de activos son citados permanentemente en nuestro país.

<sup>39</sup> Baytelman, A. A. y Duce, M. J., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, 2.ª ed., Santiago, Universidad Diego Portales, p. 366.

por parte del juzgador para dar por acreditada otra proposición fáctica, que se vincula directamente con un elemento de la teoría jurídica. «La fuerza de la prueba indiciaria no sólo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia<sup>40</sup>». No ahondaremos aquí en la discusión que existe en torno a si lo indiciario es la prueba o, en verdad, los hechos (circunstanciales) sobre los cuales recae. La cuestión es fundamental es que en el caso de la prueba indiciaria, a la importancia de la credibilidad de la fuente de información se suma la calidad de la construcción del proceso inferencial.

En cuanto a la distinción entre **certeza y probabilidad**, partimos de una base según la cual una sentencia condenatoria solo puede fundarse en una certeza más allá de toda duda razonable. Sin embargo, esta certeza puede ser alcanzada a través de pruebas directas, de indicios o de una combinación de ambas. Si se trata de casos que han llegado a juicio oral (es decir, que no han sido resueltos previamente a través de otro tipo de mecanismo), lo usual será encontrar una gran cantidad de prueba indiciaria. La importancia de este punto en casos de delincuencia organizada ha llevado incluso a que instrumentos internacionales estipulen expresamente la posibilidad de probar un elemento de la teoría jurídica a partir de prueba indiciaria<sup>41</sup>. En la misma línea, en casos por lavado de activos en España, se ha aplicado la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual «el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria [...] siempre que existan varios indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, el que tiene que aparecer como razonable [...] por lo que es exigible un plus de motivación en tales casos<sup>42</sup>».

En lo relativo a los **distintos medios de prueba** existentes, cada uno de ellos puede encuadrar tanto en la categoría de prueba directa como indiciaria. La declaración de un testigo puede constituir prueba directa respecto de algunos hechos y prueba indirecta respecto de otros.

En definitiva, al abordar la teoría probatoria en la planificación del caso, debe tenerse especial cuidado de no caer en estas confusiones comunes. Posiblemente, el mayor desafío consistirá en comprender con cuánta prueba directa e indiciaria contamos y cómo fortalecer a esta última, si es la que abunda.

## Medidas cautelares reales: decálogo de buenas prácticas

Los caracteres de las cautelares reales se encuentran desarrollados en la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*<sup>43</sup>. Lo que aquí se abordará es un conjunto de buenas prácticas para la planificación y el litigio de medidas cautelares. Desde luego, este decálogo de buenas prácticas judiciales tiene su contracara en otro de buenas prácticas legislativas.

Como ya hemos dicho, los Códigos Procesales Penales (CPP) de Argentina no suelen presentar regulaciones ideales de las medidas cautelares reales. La modalidad más común es incluirlas en líneas generales dentro de la regulación de las cautelares personales, restándoles importancia y desconociendo sus particularidades. Esto se verifica incluso en los Códigos más modernos, que en materia cautelar se han enfocado en mejorar la regulación sobre las restricciones a la

<sup>40</sup> Baytelman, A. A. y Duce, M. J., *Litigación penal...*, op. cit., p. 367.

<sup>41</sup> Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, art. 3, apartado 3.º: «El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo [que incluyen el lavado de activos] podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso».

<sup>42</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional español «números 174/85 y 175/85 del 17 de diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de Diciembre de 1988», citadas en la Sentencia del Tribunal Supremo 16/2000, Resolución n.º 1637/1999.

<sup>43</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., pp. 30 y ss.

libertad ambulatoria, no haciendo lo mismo con las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Las siguientes son diez buenas prácticas que deberían guiar la actuación de los/as fiscales en materia de cautelares reales, complementarias a los criterios que determinan cuándo y cómo cautelar (los cuales serán analizados en una sección posterior de esta parte segunda de la guía).

1. **Litigar un catálogo amplio de medidas.** En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se detallan algunos errores comunes, tales como el recurso a la inhibición general de bienes como primera opción, o el embargo «genérico» que no se traba sobre ningún bien en particular. A esto puede agregarse la tendencia a manejarse con algunas medidas básicas, sin explorar todas las posibilidades que podrían aplicarse al caso. Saliendo del embargo, el secuestro y la inhibición general de bienes, existe una gran variedad de medidas a las que puede recurrirse: clausura de un inmueble, intervención judicial (en sus distintas modalidades), prohibición de innovar, prohibición de contratar, anotación de litis, cancelación de CUIT, entre otras<sup>44</sup>.
2. **Litigar cautelares tradicionalmente utilizadas en los procesos civiles y comerciales.** Esta práctica se desprende de la anterior, que la incluye. Dentro de ese catálogo amplio de medidas que pueden solicitarse en el proceso penal, deben incluirse las cautelares que tradicionalmente han sido utilizadas en los procesos civiles y comerciales (y que consecuentemente suelen encontrarse reguladas expresamente en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales).

En muchos Códigos Procesales Penales, esto se instrumenta a través de una remisión al Código Procesal Civil y Comercial de la jurisdicción. Por ejemplo, el CPPN lo hace en su art. 520. En tanto y en cuanto se prevea la posibilidad de aplicar medidas genéricas u otras no expresamente previstas, una remisión de este tipo se vuelve redundante.

3. **Litigar cautelares «genéricas» u otras no mencionadas expresamente en el CPP.** Prácticamente todos los Códigos Procesales Penales suelen prever la posibilidad del desapoderamiento de los bienes (usualmente llamado «secuestro») y de su indisponibilidad (normalmente, «embargo»). Eso significa que se encuentran contempladas expresamente las diversas modalidades de afectación que pueden existir en relación con el derecho de propiedad, previendo la facultad de aplicar las medidas más gravosas posibles. Si esto es así, carece de sentido un planteo de una defensa que se oponga a la aplicación de una medida menos gravosa simplemente por no estar contemplada expresamente en la legislación, ya que —como establece la reconocida máxima jurídica— *qui potest plus, potest minus* («quien puede lo más puede lo menos»).

En adición a esto, el avance de las tecnologías genera a su vez nuevas modalidades de medidas cautelares reales que podrían adoptarse según el caso. La legislación, obviamente, no puede prever estos avances, ni tampoco debe caer en la casuística. Todos estos son los argumentos principales con base en los cuales cualquier fiscal podría solicitar una cautelar real que no esté expresamente prevista en la legislación procesal penal de su jurisdicción.

En verdad, los tres primeros puntos de este decálogo se encuentran íntimamente relacionados y de hecho podrían sintetizarse en este, ya que el litigio de medidas no mencionadas expresamente en el CPP implica expandir el abanico de medidas aplicables y al mismo tiempo utilizar las previstas por la legislación procesal civil y comercial. Buenas prácticas de litigio deberían llevar a que se aplique una gran variedad de medidas, según las características de cada caso.

<sup>44</sup> En DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 32 a 43, se encuentran analizadas estas medidas, con referencias a legislación y jurisprudencia. También pueden encontrarse jurisprudencia y doctrina útiles en Ledesma, Á. E. (dir), *Tratado jurisprudencial y doctrinario derecho procesal civil*, Tomo I, Volumen B, Buenos Aires, La Ley, 2013.

El nuevo CPPN establece que los/as fiscales pueden solicitar el embargo, la inhibición general y «las demás medidas cautelares necesarias» (art. 186). Con el CPPN actual, a través de la remisión del art. 520, se invoca el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que habla de las medidas «genéricas». De cualquier manera, incluso si no existieran estas normas, un buen litigio debería conducir a la aplicación de cautelares no previstas expresamente en los CPP, por las razones expuestas.

4. **Sostener que los únicos requisitos para la procedencia de las cautelares son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.**
5. **Solicitar la aplicación de cautelares considerando todas las finalidades posibles del recupero de activos.** En consonancia con lo explicado en la parte primera de esta guía, eso implica que las cautelares permitan asegurar las distintas categorías de responsabilidades patrimoniales, incluyendo el decomiso, la restitución (en tanto se la trate como una medida diferenciada del decomiso), la multa y la indemnización.

Por otra parte, las cautelares también pueden utilizarse como medida de investigación (fundamentalmente, para preservar evidencias) y para «hacer cesar la comisión del delito o sus efectos», como establece el art. 23 del Código Penal (por ejemplo, la clausura de un inmueble presuntamente utilizado para explotación sexual).

6. **Sostener que las cautelares solo pueden ser solicitadas por los/as acusadores/as y solo pueden ser autorizadas por los jueces o juezas.** Esto no es más que un reflejo del principio acusatorio.
7. **Solicitar las cautelares reales sin que la defensa tome conocimiento previo a su aplicación.** Esto refiere a la posibilidad de las cautelares reales de ser dictadas *inaudita parte*, teniendo en cuenta su naturaleza estratégica. Esto implica que los/as acusadores/as puedan solicitar (y los/as jueces/zas ordenar) las medidas sin la intervención previa de la defensa, para evitar la realización de actos sobre los bienes que dificulten o imposibiliten su cautela. En el nuevo CPPN, esto se regula como «audiencia unilateral» (art. 190). Una vez trabada la medida, deberá notificarse inmediatamente a la defensa y permitirle discutir ampliamente la cautelar.

Esto es análogo a lo que ocurre con las medidas de coerción personal, como se observa en el art. 182 del nuevo CPPN: «[E]l representante del Ministerio Público Fiscal podrá pedir al juez la detención del imputado si existieran suficientes indicios para sostener, razonablemente, que procedería la prisión preventiva, y aquella fuera necesaria para preparar y fundar en la audiencia el pedido de imposición de esta medida [...]».

8. **Solicitar la aplicación de cautelares desde el comienzo del proceso.** Los arts. 23 CP y 518 CPPN regulan esta posibilidad. La Resolución PGN n.º 129/09 apunta a que los/as fiscales cautelen tempranamente los bienes. Desde luego, en determinados momentos del caso existen motivos que justifican la postergación de la medida cautelar, como luego veremos.

Esto implica que las cautelares reales pueden ser trabadas antes del procesamiento y también de la declaración indagatoria. En la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* se cita la jurisprudencia relevante sobre este punto<sup>45</sup>. Además, debe tenerse en cuenta que en los sistemas acusatorios no existen los actos de la «indagatoria» y el «procesamiento», sino que existe una audiencia de formulación de cargos, que recibe distintos tipos de nombres según la legislación (los arts. 221 y ss. del nuevo CPPN regulan la audiencia de «formalización de la investigación preparatoria»).

En el nuevo CPPN puede verse con claridad que la prisión preventiva es la única cautelar que se encuentra necesariamente atada a la audiencia de formalización de la investigación (art. 222). Sin embargo, debe recordarse que la prisión preventiva es aplicada teniendo en miras el juicio sobre responsabilidad penal, siendo distinto el caso de las cautelares reales.

<sup>45</sup> DGRADB-PGN, *Guía de medidas cautelares...*, op. cit., p. 15.

9. **Solicitar la aplicación de las cautelares por el tiempo necesario para garantizar su finalidad.** Esto se basa en la idea de que las cautelares, en principio, pueden aplicarse hasta la finalización del proceso. En cada caso concreto, el litigio deberá llevar a la fijación del plazo de duración de cada cautelar, con base en el tiempo que pasará hasta que pueda adoptarse una decisión definitiva sobre ese bien.
10. **Solicitar que los recursos contra las decisiones judiciales que autoricen la aplicación de medidas cautelares tengan efecto devolutivo.** Desde luego, esta práctica tiene sentido en caso de que el CPP establezca lo contrario (el efecto suspensivo), ya que esto privaría a las medidas de su naturaleza estratégica: la simple apelación del fallo bastaría para que la persona titular de los bienes pudiera realizar actos sobre ellos que dificultaran su nueva cautela.

## Audiencia de medidas cautelares

En los sistemas acusatorios, el litigio sobre medidas cautelares se desarrolla en audiencia oral. En este sentido, el art. 190 del nuevo CPPN establece que «el requerimiento de una medida de coerción se formulará y decidirá en audiencia». Esto aplica también a las cautelares reales, por más que —como se expuso previamente— su naturaleza normalmente exija que inicialmente sean debatidas en una audiencia en la que no esté presente la defensa.

Sobre este último punto, debe tenerse en cuenta que la audiencia de medidas cautelares es una de las más controvertidas dentro de aquellas previas a la etapa intermedia. Esto se debe a que aquí se discute, entre otras cosas, la materialidad del hecho. Por esta razón, si la fiscalía solicita una audiencia sin la presencia de la defensa (por la posibilidad de que se frustré el objetivo de la cautelar real que pretende aplicar), **es esperable que el juez o jueza de garantías cumpla un rol más activo**, exigiendo que la fiscalía demuestre que su pretensión tiene fundamentos sólidos en todos los aspectos necesarios. En este sentido, recordemos que la imparcialidad del juez no obsta a su desempeño más activo en las audiencias previas al juicio (de hecho, esto es lo recomendable).

Una segunda cuestión a considerar es que en las cautelares reales, a diferencia de lo que ocurre con las medidas de coerción personal, **no es imprescindible suponer que el caso en cuestión llegará con probabilidad a juicio**. Esto se debe a que la finalidad de las cautelares personales es garantizar la realización del juicio<sup>46</sup>, mientras que la finalidad de las cautelares reales es garantizar el recupero de los activos que puede darse con o sin juicio oral (por ejemplo, a través de una *pro-bation* o de un decomiso sin condena).

Por otra parte, la audiencia en cuestión debe permitir **tres momentos concretos de discusión**: existencia del supuesto material; existencia del peligro procesal y proporcionalidad de la medida solicitada, y tiempo de duración de la medida<sup>47</sup>. El art. 187 del nuevo CPPN es coincidente con esto, en tanto establece lo siguiente:

Artículo 187. Condiciones y requisitos. Al solicitar la imposición de una o varias de las medidas de coerción enumeradas en el artículo 177, el representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante deberán:

- a) Acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste;
- b) Justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación o la realización de un acto concreto del proceso;

<sup>46</sup> Lorenzo, L., *Manual...*, op. cit., p. 58.

<sup>47</sup> Lorenzo, L., *Manual...*, op. cit., p. 66.



c) Indicar el plazo de duración de la medida que estime necesario, según las circunstancias del caso.

El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

Tanto la producción académica vinculada a la reforma judicial como las capacitaciones existentes sobre litigación oral se han enfocado en las cautelares personales. En este sentido, en el marco de la implementación de los sistemas acusatorios, las cautelares reales no han sido objeto de un análisis profundo. Una de las consecuencias de esto se vincula con la forma en que se regula **la acreditación del peligro procesal**.

Los peligros procesales constitucionalmente admisibles son el peligro de fuga y el de entorpecimiento de la investigación. Este último es el que aplica en el caso de las cautelares reales, pero entendido en un sentido amplio, ya que se trata de un **entorpecimiento del proceso en general, considerando sus distintas finalidades** (que incluyen el recupero de activos). Esta es la argumentación con base en la cual deberán litigar los/as fiscales, ya que el art. 189 del nuevo CPPN no ofrece una regulación adecuada para esta cuestión:

Artículo 189. Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado:

- a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- b) Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o,
- c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Por otro lado, debe recordarse que al analizar el riesgo procesal no solo se litiga sobre la **posibilidad** de que la persona realice determinados actos, sino también sobre su **voluntad**. Así, los/as fiscales no deben pensar que la mera invocación de «la existencia de una investigación penal» garantizará que un/a juez/a otorgue cualquier medida cautelar sobre cualquier bien. Por ejemplo, si se realiza la audiencia de formalización de cargos sin trabar ninguna medida cautelar y en los días posteriores la persona vende uno de sus automóviles, esto traerá aparejadas dos cuestiones: por un lado, dificultará el recupero de esos activos en particular; por otra parte, incrementará el peligro procesal y permitirá a la fiscalía solicitar medidas más gravosas respecto del resto de los bienes.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la medida solicitada en relación con el caso y el peligro procesal en cuestión, este punto será retomado al analizar la administración de bienes cautelados.

## Decisión estratégica en torno a la aplicación de cautelares

La intención de un MPF de desarrollar una persecución penal estratégica impacta de diversos modos sobre el recupero de activos. En materia de medidas cautelares, pensando a nivel de cada caso concreto (aunque también podría pensarse a nivel macro), la decisión de solicitar la aplicación de una cautelar real necesariamente debe estar atravesada por **una evaluación estratégica**.

En este sentido, **no puede establecerse una regla fija en torno a cuándo y cómo cautelar bienes**. Del mismo modo que no puede afirmarse que apenas identificado y localizado un bien necesariamente deba procederse a su aseguramiento, tampoco puede sostenerse que primero deban localizarse todos los bienes relevantes del caso para recién ahí trabar las cautelares.

La cuestión es, entonces, en cada caso (y en diversos momentos del caso), sopesar los cursos de acción posibles para determinar cuál de ellos permitiría lograr el objetivo de **asegurar la mayor cantidad de activos posibles**, para garantizar su posterior recuperación. Aquí, **algunas cuestiones clave a analizar** son las siguientes:

- a) si los/as propietarios/as de los bienes<sup>48</sup> están enterados de la existencia de la investigación;
- b) en caso negativo, cuáles son las probabilidades de que tomen conocimiento de la investigación previo a que se traben una cautelar sobre los bienes ya localizados (ya sea por una filtración de información, porque venza el plazo procesal para que la fiscalía formalice la investigación o por cualquier otra razón);
- c) cuál es el riesgo procesal de que se realicen actos que impidan la posterior ejecución de los bienes (teniendo en cuenta tanto la «posibilidad» como la «voluntad» de realizar tales actos);
- d) cuáles son los activos que ya se encuentran en condiciones de ser cautelados efectivamente;
- e) cuáles se estima que son los activos que aún no están en condiciones de ser cautelados efectivamente (fundamentalmente, porque no hayan sido identificados y/o localizados);
- f) en qué plazo se estima que se estará en condiciones de cautelar estos últimos activos;
- g) cuál es la regulación del Código Procesal Penal aplicable;
- h) cuál es el criterio que se estima que tendrá el juez o la jueza interviniente (por ejemplo, si se estima que autorizará la aplicación de una cautelar no regulada expresamente en el CPP, en caso de que sea la medida que la fiscalía quiera solicitar);
- i) qué cautelar resulta más apropiada para cada bien, teniendo en cuenta tanto su efectividad para asegurarlo como su proporcionalidad (analizando las circunstancias del caso, el riesgo procesal y la afectación al derecho de propiedad);
- j) en caso de que la cautelar implique desapoderamiento, cómo será la administración de ese bien por parte del Estado.

Nuevamente, estos son algunos de los principales factores a considerar, pero no puede establecerse un criterio uniforme y rígido para cualquier caso en torno a la decisión sobre cuándo y cómo cautelar bienes. Sin embargo, esto **de ningún modo implica que los/as fiscales puedan infundadamente no asegurar los bienes que eventualmente deberían recuperarse**, como ya se sostuvo.

## Decomiso y decomiso sin condena

En la parte general de esta guía hemos abordado lo relativo a la naturaleza y el objeto del decomiso y a la importancia de desarrollar adecuadamente las otras etapas del recupero de activos para que los bienes puedan ser efectivamente decomisados. Aquí nos centraremos en una forma específica de decomiso, que ha consistido en uno de los puntos más controvertidos en este tema: el **decomiso sin condena en el marco del proceso penal**.

Desde muchos sectores se señala el decomiso de bienes sin condena (sea en el proceso penal o en otros fueros) como una decisión de política criminal relativamente reciente, surgida a raíz de la expansión del crimen organizado en regiones como América Latina. En este sentido, países como Colombia han regulado la acción de «extinción de dominio» para hacer frente a este problema<sup>49</sup>. Sin embargo, en Argentina la idea de estipular en el proceso penal ciertas formas de decomiso separado de la sentencia condenatoria puede rastrearse incluso al siglo XIX<sup>50</sup>.

Nuestro Código Penal prevé formas de decomiso sin condena desde 2011 (**arts. 23 y 305 CP**, con base en la reforma introducida por la ley 26.683). Hasta el momento, son muy pocos los

<sup>48</sup> Aquí nos referimos a «propietarios/as» en un sentido amplio, abarcando a los/as beneficiarios/as finales.

<sup>49</sup> Ley n.º 1.708/14.

<sup>50</sup> Art. 46 del Proyecto de Código Penal de 1891.



casos que se conocen en los cuales se haya aplicado esta figura. Según la información disponible públicamente, el primer decomiso sin condena se dio en 2016 en el caso «Antonini Wilson<sup>51</sup>».

Las expresiones «decomiso sin condena» o «decomiso anticipado» no logran expresar exactamente la naturaleza de esta medida. En rigor, se trata de un decomiso cuya aplicación **requiere una sentencia de un/a juez/a pero no exige el dictado (previo, concomitante o posterior) de una condena**.

Esta modalidad de recupero de activos ha sido objeto de duras críticas. La principal objeción consiste en que este instituto implicaría la imposición de una pena sin que existiera una condena, violando así la garantía constitucional del juicio previo y el principio de inocencia. Como puede observarse, este debate se encuentra íntimamente vinculado a otra cuestión que ya hemos abordado: la naturaleza que se le asigne al decomiso. En tanto el decomiso no sea entendido como una sanción penal, estas críticas resultan infundadas.

**Esta herramienta de política criminal resulta sumamente útil** para incidir sobre el aspecto económico de fenómenos criminales complejos. Al mismo tiempo, permite evitar que el recupero de activos se vea obstaculizado por problemas que se presentan con regularidad en la persecución de estos delitos —entre otros, la prescripción de la acción—.

Es interesante señalar que el decomiso sin condena **puede potenciar el desarrollo de una teoría del caso adecuada**. En efecto, cuando se discute el decomiso «tradicional», normalmente la sentencia definitiva se centra en la responsabilidad penal y trata al decomiso de los bienes como una cuestión secundaria e incluida dentro de aquella discusión. Sin embargo, en un sistema acusatorio, una audiencia convocada para debatir exclusivamente el decomiso sin condena obligaría a los/as acusadores/as a desarrollar y presentar una teoría del caso cuyo componente jurídico abarcaría elementos distintos de los comprendidos por los delitos que se estén investigando. Por ejemplo, podría no discutirse la autoría del delito. En estos casos, **la teoría jurídica deberá enfocarse principalmente en el tipo de relación que vincule a los bienes con el delito** (por ejemplo, si los bienes son el producto).

Este impacto del decomiso sin condena sobre la construcción de la teoría del caso se ve parcialmente obstaculizado por la **mala regulación del Código Penal**. Tanto el art. 23 como el 305 siguen atando parcialmente esta forma de recupero de activos al juicio sobre la responsabilidad penal, ya que se establece que el decomiso sin condena solo procederá cuando «se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y *el imputado no pudiese ser enjuiciado* por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o *cuando el imputado hubiere reconocido* la procedencia o uso ilícito de los bienes» (el resaltado es propio).

En este sentido, es más acertada la regulación del **art. 275 del nuevo CPPN**. El decomiso sin condena que recepta este artículo tiene un alcance mayor que el de los arts. 23 y 305 del Código Penal, en dos sentidos. Por un lado, no se aplica solamente a delitos contra el orden económico y financiero, sino también a narcocriminalidad y trata de personas. Por otra parte, no se exige la imposibilidad de juzgamiento del titular de los bienes ni su reconocimiento de la «procedencia o uso ilícito de los bienes». Según esta norma, lo que debe demostrarse es «que las cosas o ganancias a las que se alude en el presente artículo son fuente o provienen de objeto ilícito o han servido para cometer el hecho». Es decir, en síntesis, demostrar que los bienes son **producto o instrumentos del delito**<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Nota publicada en el sitio web del Centro de Información Judicial del Poder Judicial de la Nación, el 23/09/2016, titulada «Caso Antonini Wilson: ordenan el decomiso a favor del Estado y con fines sociales de los casi 800.000 dólares secuestrados».

<sup>52</sup> Aquí usamos la expresión «delito» a los fines de simplificar, pero en verdad debería hablarse de «hecho ilícito», como lo hace el art. 275 del nuevo CPPN.

¿Qué implica esta redacción del art. 275 del nuevo CPPN? Entre otras cosas, que en una teoría del caso que trabaje exclusivamente sobre el recupero de activos (pensando en una audiencia específica para resolver esta cuestión), la columna de la **teoría jurídica debería contener** los siguientes elementos:

- La **relación entre el bien y el hecho ilícito**, que puede consistir en «el bien es producto del ilícito» o «el bien ha sido utilizado para cometer el hecho ilícito». También pueden presentarse ambos supuestos, en caso de que se abarquen algunos bienes que son producto y otros que son instrumentos; y
- los elementos vinculados a la **materialidad del hecho** ilícito en cuestión, pero **sin que sea imprescindible probar la autoría**, en tanto pueden decomisarse bienes en poder de terceros no responsables.

El art. 275 del nuevo CPPN establece que este decomiso sin condena procederá «cuando existieren indicios vehementes y suficientes» de que los bienes son producto o instrumento del delito. ¿Qué quisieron decir los/as legisladores/as con la expresión «indicios vehementes y suficientes»? Una interpretación teleológica de la norma nos lleva a concluir lo siguiente: este decomiso sin condena **no requerirá** que los/as acusadores/as alcancen un estándar de **certeza más allá de toda duda razonable**.

La alusión a «indicios vehementes y suficientes» refleja la confusión conceptual —que ya hemos abordado— entre tres series de distinciones: prueba directa vs. indicios; certeza vs. probabilidad, y los diferentes medios de prueba existentes. Es razonable pensar que en el debate legislativo se ha optado por la mención a «indicios» con la intención de remarcar que no es necesaria una certeza más allá de toda duda razonable. Esto tiene sentido ya que la discusión **se aleja del campo del derecho penal** y se aproxima a los derechos reales. Así, **el recupero de activos ilícitos debería definirse con base en estándares de probabilidad** (no de certeza), por más que se discuta en sede penal.

Si bien no se necesita certeza, sí se necesitará un caso sólido, capaz de demostrar que lo más probable es que ese bien haya tenido un origen ilícito o que haya sido utilizado para cometer un delito. En este sentido, puede recurrirse al **estándar de «preponderancia de las evidencias»**, utilizado en sede civil en sistemas adversariales comparados como el de Estados Unidos. Este sistema «establece una regla porcentual donde obtiene el convencimiento el que es más convincente. En otras palabras, el estándar de preponderancia de las evidencias establece una regla cuya máxima es **‘más probable que improbable’<sup>53</sup>**». En materia de recupero de activos, el estándar de preponderancia de las evidencias o balance de probabilidades es seguido por la *Proceeds of Crime Act* (2002) del Reino Unido<sup>54</sup> y la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (2000) de los Estados Unidos<sup>55</sup>, entre otras normas.

Desde luego, este estándar de prueba repercute también sobre la forma en que los/as acusadores/as deben construir la teoría fáctica y la probatoria. Para analizar esto, tomemos como ejemplo el **caso «Colombo Fleitas»**, una condena por lavado de activos (inc. 3º del art. 303 CP) que luego fue revocada por la Cámara Federal de Casación Penal<sup>56</sup>.

En 2013, un hombre fue detenido por Prefectura en la terminal de Busquebus, dirigiéndose desde Buenos Aires hacia Montevideo. El hombre contaba con USD 122.000 que no había declarado, divididos de la siguiente forma: USD 40.000 en ambos tobillos, dentro de sus medias y debajo del pantalón; USD 50.000 acondicionados en la zona inguinal; y USD 32.000 ubicados dentro de un par de

<sup>53</sup> Duce, M. y Riego, C., *Proceso penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 497.

<sup>54</sup> Sección 241 (3).

<sup>55</sup> A través de las modificaciones introducidas a la sección § 983 (c) (1) de la ley.

<sup>56</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, causa n.º CPE 748/2013/TO1/CFC1, «Colombo Fleitas, Oscar Ciriaco s/ recurso de casación», rta. 5/11/2015.

zapatos en el interior del bolso de mano que portaba. El hombre era peluquero, afirmó haber intervenido como intermediario en transferencias de futbolistas y dijo percibir ingresos mensuales por USD 7.000. Asimismo, no registraba bienes inmuebles o muebles en el territorio argentino ni tampoco en la ciudad de Montevideo.

La condena por lavado fue revocada por considerar que no se había «acreditado mínimamente la existencia de un delito previo que permita aseverar que el dinero que fuera habido en poder del acusado provenga de una actividad delictiva como primer elemento ineludible y necesario para la configuración del delito de lavado de activos. En este orden, no se investigó y por ende se desconoce, cuál es el origen de las divisas que tenía el imputado; por lo que el reproche trasladado en la sentencia no trasunta más que una pretensión de penalizar una mera tenencia de bienes sin justificación legal, extremo que resulta inadmisibles a los fines que se pretende».

Al margen de que se comparta o no el criterio de la sentencia, el punto a remarcar aquí es el siguiente: **que una persona no pueda ser condenada** por lavado de activos por no haberse acreditado con certeza el origen ilícito penal de los bienes **no significa necesariamente que esos bienes no puedan ser decomisados**. Un estándar de balance de probabilidades permite esto, porque la decisión en torno al recupero de activos es distinta de la decisión sobre la responsabilidad penal, en varios aspectos. Uno de esos aspectos es justamente el estándar de prueba aplicable.

Esto no solo aplica al art. 275 del nuevo CPPN. Con la concepción del decomiso que se ha planteado en esta guía, esta interpretación puede ser litigada en torno a las modalidades actuales de decomiso del Código Penal.

¿Cómo se alcanza ese estándar de prueba? Considerando que no nos enmarcamos en un sistema de prueba legal o tasada, serán las partes quienes deberán litigar en cada caso para demostrarle al juez o a la jueza que las pruebas son o no «vehementes y suficientes», como lo establece el art. 275 del nuevo CPPN. El gran problema en este punto es que **no existe un método consensuado para determinar la fuerza probatoria** de cada elemento de prueba.

## Administración de bienes cautelados

En general, no suelen ser los Ministerios Públicos Fiscales quienes se encargan de la administración de estos bienes. Ahora bien, de eso no se desprende que entonces los y las fiscales deban desentenderse de cómo se realiza esta tarea, ya que todas las etapas del recupero de activos se encuentran interrelacionadas.

Supongamos que los automotores secuestrados en una jurisdicción son almacenados en un terreno al aire libre, sin un adecuado mantenimiento. Esto puede producir un notorio deterioro del vehículo en poco tiempo. Así, **una administración ineficiente del bien tornaría más gravosa la medida cautelar aplicada** (en este caso, el secuestro). Por ende, un/a fiscal que litigue la aplicación de la cautelar deberá tener en cuenta que **la mayor afectación al derecho de propiedad puede disminuir la proporcionalidad de la medida respecto al caso**, y por ende dificultar su autorización por parte del juez o la jueza.

Esto actualmente no es visto como un problema en la justicia federal porque el sistema escrito oculta en gran parte estas discusiones. Sin embargo, en un sistema oral, un/a fiscal que desconociera o negara los defectos de los mecanismos existentes de administración de bienes quedaría fácilmente expuesto/a y perdería credibilidad, además de posiblemente no lograr la autorización judicial para las medidas que solicite. Además, el funcionamiento del sistema de administración es algo que **debe tenerse en cuenta desde la planificación del caso** y la decisión de la medida cautelar a adoptar.

El **nuevo CPPN** presenta una regulación sobre este punto que no es del todo clara. Por un lado, se establece que la oficina judicial se encargará de «custodiar los objetos secuestrados en los casos que corresponda», sin especificar cuáles serán esos casos (art. 57). Por otra parte, se determina que «los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del Ministerio Público Fiscal» (art. 149).

Esto dispara algunas preguntas. Primero, ¿cuáles serán los casos en los que sea la oficina judicial y no el MPF el que custodie los objetos secuestrados? Y en relación con eso, ¿abarcan estas dos normas a la administración de bienes cautelados? La respuesta a esta última pregunta pareciera ser negativa. La utilización del verbo «custodiar» (y el sustantivo «custodia») y la alusión a «objetos» y «efectos» permitirían interpretar que aquí se pretende regular fundamentalmente qué hacer con la prueba material. Bajo esta interpretación, **no se estaría regulando una administración de bienes pensando en su posterior recupero, sino una custodia de objetos pensando en su utilización durante el proceso penal.**

## Recupero de activos y perspectiva de género

La perspectiva de género implica la adopción de un punto de vista que nos permite observar los diferentes fenómenos de la realidad según las implicaciones y efectos que tienen las relaciones sociales entre los géneros. De un modo más sencillo, la perspectiva de género nos invita a incluir la variable del género en el análisis de los fenómenos de la realidad. Por la negativa, se diferencia de lo que podríamos llamar perspectivas neutras o ciegas frente al género, las cuales analizan los diversos fenómenos de la realidad sin tener en cuenta las relaciones sociales entre los géneros e invisibilizan, así, las implicaciones y efectos que estas relaciones generizadas conllevan<sup>57</sup>.

Así como aquí se propone que todo MPF desarrolle una persecución penal estratégica, la misma debe adoptar una perspectiva de género. En este sentido, el vínculo que las políticas de recupero de activos tienen con la persecución penal estratégica genera a su vez un vínculo con la perspectiva de género.

En el análisis de diversos **mercados criminales**, debe tenerse en cuenta que estos pueden **replicar ciertas relaciones de poder estructuradas a partir del género** que también existen en los mercados lícitos. Así, quienes diseñen e implementen las políticas de recupero de activos deberían tener en cuenta que estas pueden aplicarse sobre **mercados que se basen en las desigualdades de género, y/o las profundicen o exploten.**

Tal vez uno de los casos más evidentes sea el del mercado de trata y explotación sexual de personas, incluyendo el fenómeno de lavado de activos provenientes de estos delitos (sea que se lo considere un mercado aparte o no). Sin embargo, no es el único caso relevante.

La narcocriminalidad también se nutre de las desigualdades de género y las explota. Según la Procuración Penitenciaria de la Nación, más del 60% de la población carcelaria femenina está detenida por infracción a la ley de drogas (23.737<sup>58</sup>). La mayoría de estas mujeres están presas por transportar la droga —en sus cuerpos o en sus pertenencias— o por distribuirla a los consumidores a pequeña escala. A su vez, más de la mitad de los/as detenidos/as por infracción a esta ley están acusados/as por «tenencia<sup>59</sup>». Esta actividad es realizada en gran medida por mujeres,

<sup>57</sup> Suárez Tomé, Danila y Guitart, Violeta Carolina, clase titulada «¿De qué hablamos cuando hablamos de ‘perspectiva de género’?». Curso virtual «Introducción a la Economía Feminista», dictado por Academia de Innovación Política en colaboración con Economía Feminista.

<sup>58</sup> Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe Estadístico Mujer y Delitos de Drogas. Población penal femenina detenida por infracción a la Ley 23.737 en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal*, 2016, p. 4.

<sup>59</sup> Acquaviva, M. A. e Innamoratto, M. G., *Una mirada retrospectiva sobre la problemática de las drogas y el encarcelamiento. Análisis de estadísticas carcelarias en Argentina*, 2017, p. 20.

quienes suelen ocupar roles menores —y más vulnerables— dentro de las organizaciones criminales.

Los ejemplos no se agotan aquí. Lo relevante es que la perspectiva de género en la persecución penal estratégica (y vinculada al recupero de activos) permite, entre otras cuestiones:

- **Repensar qué información el Estado necesita sobre la configuración y el funcionamiento de cada mercado criminal** (por ejemplo, cómo las desigualdades de género influyen en la forma en que se acumula, circula y se concentra el capital). Esto es una condición de posibilidad para lograr una incidencia efectiva sobre estos fenómenos, con base en los objetivos político-criminales que se hayan trazado.
- **Adaptar las políticas de recupero de activos a las particularidades de cada mercado criminal.** Esto puede incluir, por ejemplo, un replanteo sobre el destino de los bienes decomisados según el delito de que se trate, para darles una finalidad social.
- En consonancia con esto último, **repensar cómo indemnizar a las víctimas** para lograr que la reparación del perjuicio sea realmente integral.

En síntesis, las políticas en materia de recupero de activos y persecución penal estratégica no deberían dejar de tener en cuenta los estudios sobre feminismo. Sobre todo porque actualmente, en Argentina y otros países, **el feminismo es el actor que está discutiendo con mayor profundidad y potencia los vínculos entre capital y violencias.**

## Parte tercera: capacitación

Cabe hacer algunas consideraciones específicas para quienes organizan el programa interno de capacitación y formación profesional de un MPF. La gran mayoría de estas cuestiones también aplican a quienes no pertenecen al MPF pero organizan capacitaciones para sus integrantes (en este sentido, de aquí pueden extraerse propuestas de actuación para el programa «EL PACCTO»).

### ¿Para qué capacitamos? Detectar necesidades y definir objetivos

**La capacitación no es un fin en sí mismo.** Su función no es que el trabajo se haga, sino poner a las personas en condiciones de hacerlo. Esto, que parece una obviedad, trae aparejada una serie de consecuencias que tradicionalmente no han sido asumidas por los espacios de capacitación de los/as operadores/as judiciales en América Latina.

En primer lugar, se requiere **detectar las necesidades de capacitación.** Usualmente esto se confunde con relevar demandas de los/as usuarios/as; sin embargo, lo que alguien postule como un problema de «falta de capacitación» puede deberse a otros factores. Por ejemplo, la complejidad para acceder a información de organismos públicos localizados en paraísos fiscales requiere formación profesional, pero también depende fundamentalmente de los mecanismos y canales institucionales de intercambio de información con los que cuente cada MPF.

El mismo espacio de capacitación puede servir para detectar los problemas existentes y pensar posibles soluciones. Para lograr esto, es fundamental generar un entorno que facilite el trabajo colaborativo y el intercambio entre todas las personas participantes. Este tipo de diálogo no es fomentado por el tradicional formato de clase magistral en el cual una figura de autoridad deposita conocimientos rígidos en un conjunto de espectadores/as (la concepción bancaria de la educación de la que habla Paulo Freire). Cualquiera que haya estado en este tipo de capacitaciones sabe que la gran mayoría de las personas se sienten intimidadas al levantar la mano para hacer una pregunta. Si queremos que **los/as integrantes de los MPF** puedan sentir la

suficiente confianza como para **aportar sus ideas en la detección de problemas y la construcción de soluciones**, hay que generar formatos de capacitación que permitan «bajarle el costo a preguntar<sup>60</sup>».

En la detección de necesidades de capacitación vinculadas al recupero de activos, las áreas que analizan el desempeño de los/as fiscales cumplen un rol fundamental, como veremos en la parte específica cuarta. Existen **distintos tipos de necesidades** de capacitación<sup>61</sup>:

- por discrepancia, cuando el desempeño/rendimiento esperado no coincide con el obtenido;
- por cambio, cuando se modifica —en todo o en parte— la forma en que tradicionalmente se realiza el trabajo;
- por incorporación, cuando se incluyen nuevas tareas a las que se vienen realizando.

**De las necesidades detectadas dependerá el tipo de capacitación** que deba realizarse. Por ejemplo, en el caso de las necesidades por cambio, primero se requiere desaprender ciertas prácticas, con toda la resistencia —consciente o no— que esto implica. Los procesos de reforma judicial en la región han mostrado sistemáticamente este tipo de problemas. Por lo tanto, es de esperar que la implementación del nuevo CPPN genere incertidumbre y una tendencia a repetir las prácticas del sistema actual. En este caso, la capacitación debe trabajar sobre esto, dando a los/as operadores/as las herramientas necesarias para desarrollar nuevas prácticas, tales como conducir una investigación desformalizada y litigar en una audiencia frente a un juez que no conoce el expediente.

En línea con la detección de necesidades se encuentra la **definición de los objetivos de la capacitación**. Esto debe determinar a quiénes estará dirigida cada actividad de capacitación y qué enfoque se adoptará.

Si la única capacitación que brinda un MPF sobre recupero de activos es abordada de manera dogmática, ¿cómo logra esto que los/as operadores/as hagan mejor su trabajo? Este es el gran problema de la mayoría de la formación universitaria en materia de criminalidad compleja (y de la producción académica existente): se enseñan los elementos del tipo de lavado de activos, pero nunca se explica cómo estructurar un sistema de prevención más eficiente o cómo desarrollar una persecución penal estratégica del fenómeno. La formación dogmática es importante, pero es una parte menor de la capacitación que necesita un/a integrante de un MPF.

El enfoque de capacitación que requiere un MPF para la persecución penal **no debe desarrollarse desde la dogmática penal, sino desde el análisis político criminal**. El análisis político criminal toma algunos elementos del saber jurídico pero en términos generales no es una disciplina jurídica, ya que no gira alrededor de la interpretación de textos jurídicos. Se trata de un conjunto de conceptos y métodos de análisis que se ocupan exclusivamente del desarrollo de la política criminal.

A su vez, la política criminal es el segmento de la Política de Gestión de la Conflictividad que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir en la conflictividad. Esto lo hace sobre la base de los objetivos y metas generales que fija la Política de Gestión de la Conflictividad, es decir, para evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder como forma de solucionar los conflictos.

<sup>60</sup> Campanario, S., *Ideas en la ducha*, Buenos Aires, Sudamericana, 2014, p. 82.

<sup>61</sup> Marensi, I., «Un nuevo enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina», en revista *Sistemas Judiciales*, editada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2002, n.º 1: «¿Crisis en la capacitación judicial?», p. 36.



Esta visión es imprescindible para que un MPF pueda desarrollar una **política estratégica de capacitación**: un abordaje teórico y práctico frente a ciertas necesidades detectadas, en línea con el resto de las políticas de la institución, que permita incrementar la eficiencia político-criminal.

Un abordaje estratégico de la capacitación en general debe determinar **a quiénes está dirigida cada actividad**. En este sentido, si un curso (con cupo limitado) sobre recupero de activos en criminalidad económica está abierto a cualquier integrante de un MPF, posiblemente detrás de esto se encuentre un problema. Si el objetivo general de esa capacitación es «fortalecer la persecución de la criminalidad económica», esto no se está cumpliendo adecuadamente: entre los/as inscriptos/as puede haber gente que no trabaje estos temas, y quienes sí los trabajan pueden haber llegado tarde a la inscripción. En cambio, si el objetivo general era «brindar ciertos conocimientos sobre persecución de la criminalidad económica a cualquier integrante del MPF (sin importar los temas que trabajen)», puede que ese objetivo no haya sido determinado adecuadamente con base en las necesidades de la institución.

La democratización del conocimiento no debe implicar un detrimento en la **función política y estratégica de la política de capacitación de un MPF**. Cada actividad de capacitación debe estar dirigida a quienes la necesiten. Esto implica abandonar visiones tales como «la capacitación como premio», «la capacitación como castigo» y «la capacitación porque sí<sup>62</sup>». En resumen: la capacitación tiene una función política y estratégica, y esto debe reflejarse en su relación con el resto de las políticas del MPF.

### Vínculo con la carrera judicial y la política de personal

«La selección, ascensos, remuneraciones, escalafón, la movilidad horizontal, la evaluación del personal, la definición de roles y funciones, la capacitación, son diferentes aspectos de la carrera judicial. En otras palabras, conforman la política de recursos humanos de la institución y, por lo tanto, deben resultar acordes y funcionales a la misión de dicha institución [...] los resultados de la capacitación se ven favorecidos u obstaculizados por un conjunto de condiciones institucionales<sup>63</sup>». Por lo tanto, la capacitación no puede trabajarse de manera aislada y desvinculada de estas otras cuestiones.

Uno de los puntos en los que esto se refleja es la preocupación por **los incentivos para capacitarse**. Baytelman indica que existen tres razones básicas por las cuales los/as operadores/as judiciales se capacitan: aumentar sus ingresos, avanzar en su carrera obteniendo ascensos o promociones, y/o por prestigio<sup>64</sup>. A esto deberíamos agregar otro incentivo vinculado al valor «justicia»: querer realizar su trabajo de la mejor manera posible para contribuir a la reducción de la impunidad.

Podemos asumir que la mayoría de los/as operadores/as judiciales se capacitan por una combinación de todas estas razones. Si esto es así, **la carrera judicial y la política de personal deberían ser consistentes con esto**. Tomemos el ejemplo de los concursos: si ciertas destrezas han sido identificadas como prioritarias para determinado rol, no solo la capacitación debería recaer sobre esas destrezas, sino también la evaluación en el marco de los concursos para acceder a ese cargo. Por ejemplo, en un MPF donde existe una división entre fiscales de investigación y fiscales de juicio, para estos/as últimos/as será fundamental contar con destrezas de planificación y litigación de un juicio oral. Por ende, este debería ser un punto central de su

<sup>62</sup> Marensi, I., «Un nuevo...», *op. cit.*, p. 33.

<sup>63</sup> Marensi, I., «Un nuevo...», *op. cit.*, p. 32.

<sup>64</sup> Baytelman, A., «Capacitación como fútbol», en revista *Sistemas Judiciales*, editada por el CEJA y INECIP, 2002, n.º 1: «¿Crisis en la capacitación judicial?», p. 43.

capacitación. Del mismo modo, en los concursos para fiscal de juicio, la evaluación de destrezas debería centrarse en esto.

Continuando con el ejemplo de los concursos para selección de fiscales, debería repensarse qué rol se quiere asignar a ciertas cuestiones evaluadas en los antecedentes de los/as candidatos/as. ¿Qué importancia le asigna un MPF a la capacitación sobre persecución de la criminalidad compleja si luego en los concursos para fiscales especializados en estos delitos se asignan puntos por la mera antigüedad, sin evaluar cómo ha desarrollado su trabajo esos años? O se asignan puntos por contar con un doctorado, sin analizar qué contenidos ha estudiado la persona en esa carrera y con qué enfoque. Lo mismo aplica a evaluar positivamente los antecedentes sobre publicaciones realizadas, sin analizar el tema y el enfoque de dichas publicaciones.

Finalmente, considerando que aún no se ha implementado el nuevo CPPN, debe tenerse en cuenta que **los sistemas acusatorios ofrecen más incentivos para capacitarse** que los inquisitivos (o mixtos). Baytelman atribuye esto a la publicidad de los procedimientos, la lógica competitiva (adversarial) y la revalorización del trabajo de los/as abogados/as:

El sistema inquisitivo, me parece a mí, provee un buen ejemplo de un entorno profesional en donde una mayor perfección profesional no es realmente 'rentable', o lo es muy marginalmente. Nuestro actual sistema procesal penal no premia una mayor preparación de los operadores —jueces y abogados—, ni castiga su ausencia. [...] Al contrario, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces. Principalmente favorecido esto por la escrituración y el secreto, un abogado puede perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entiende pero que puede responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega [...]. Por supuesto que —no se ofendan mis colegas— no estoy diciendo que los abogados y los jueces sean ineptos, poco profesionales o ignorantes, sino solo que, en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aun así ser perfectamente exitoso y competitivo. A su turno, un abogado o un juez inteligente, instruido o hábil —amén de honesto— no tiene para nada asegurada una mayor competitividad o éxito dentro del sistema<sup>65</sup>.

## ¿Cómo armamos las capacitaciones?

Del mismo modo que es fundamental identificar las necesidades de capacitación y definir los objetivos, también es esencial adoptar una buena metodología en lo relativo al diseño y la elaboración de las actividades específicas.

En primer lugar, debemos **diferenciar roles: la persona experta en contenidos no necesariamente es experta en pedagogía** (de hecho, usualmente no lo es). Sin embargo, una práctica muy extendida consiste en que se define un tema genérico y se encarga a la persona experta en contenidos que diseñe toda la actividad. Así, por ejemplo, se encarga a fiscales que armen cursos sobre «medidas cautelares», «lavado de activos», «trata de personas», sin mayores precisiones, por el solo hecho de que ellos/as se especialicen en esos temas. Esto traslada a el/la fiscal una carga que no debería afrontar, y que en definitiva actúa en detrimento de la experiencia de todas las personas que participen en la capacitación.

La función de las personas expertas en contenidos es esencial, y una institución como un MPF tiene una ventaja clave: ya cuenta entre sus integrantes con profesionales con excelentes conocimientos y experiencia. Esto debería complementarse con el trabajo de profesionales cuya experticia resida en cómo capacitar. Estos dos perfiles deben trabajar conjuntamente en el diseño de las capacitaciones y en su ejecución.

<sup>65</sup> Baytelman, A., «Capacitación...», *op. cit.*, p. 44.



En cuanto al formato de la capacitación, en el campo de la abogacía lo usual suelen ser las clases magistrales. Sin embargo, esa estrategia de enseñanza es la que genera los menores niveles de retención del conocimiento<sup>66</sup>. Las metodologías tradicionales, tales como la clase magistral y la lectura, producen el menor impacto pedagógico en los/as participantes de las capacitaciones. Por el contrario, las **modalidades más exitosas** son aquellas que asignan un **rol activo y central a los/as alumnos/as**, tal como el «aprender haciendo» o «aprender enseñando». En el medio se encuentran los formatos de enseñanza audiovisual, demostración de los/as docentes y grupos de discusión de los/as participantes (esta última es la tercera modalidad más exitosa, ya que, como se observa, nuevamente pone en el centro a los/as alumnos/as).

Esto debe redefinir también el rol docente. No resulta eficiente la figura del profesor o profesora que desea hablar sin permitir la participación de los/as alumnos/as, de manera autoritaria, admitiendo a lo sumo algunos minutos al final de la clase «para preguntas». **El/la docente debe transformarse en un/a facilitador/a**, que promueve y acompaña el aprendizaje de las personas participantes.

Por otra parte, está ampliamente demostrado que el **aprendizaje multisensorial** es notablemente más eficiente que otras metodologías que involucren uno solo de nuestros sentidos. Por ejemplo, recordamos apenas el 10% de una presentación oral luego de tres días, pero el promedio sube al 65% si le agregamos una imagen<sup>67</sup>. A su vez, cuanto mejor sea nuestra atención, mejor será el aprendizaje.

En el ámbito de los MPF latinoamericanos, tal vez los formatos de capacitación más novedosos en los últimos años se hayan visto en el campo de la litigación oral, al margen de que también existen otras experiencias interesantes (incluso vinculadas al recupero de activos). La capacitación en litigación suele tener una metodología teórico-práctica, que incluye demostraciones y permanentes ejercicios por parte de los/as alumnos/as, con devoluciones de los/as docentes que les permitan mejorar sus destrezas. Todo esto, a su vez, complementado por un componente lúdico que potencia la motivación, generando una experiencia entretenida y que captura eficientemente la atención de los/as participantes. A la hora de elaborar un programa de capacitación sobre recupero de activos, es fundamental **identificar estas buenas prácticas existentes en otros campos**, no para copiarlas automáticamente, sino para estudiarlas y así diseñar metodologías que se adapten a las particularidades del proceso de recupero de activos.

En el diseño de la capacitación debe tenerse en cuenta la **capacidad de atención** de los/as participantes. El rango de atención de los seres humanos depende de cada persona, pero suele implicar períodos de entre 60 y 90 minutos aproximadamente, luego de los cuales se necesita un breve descanso para reponer la energía (10 a 15 minutos<sup>68</sup>). Por ende, cualquier actividad debería estructurarse en torno a esta capacidad del cuerpo de gestionar la energía.

En cuanto a **dónde** realizar la capacitación, los MPF no deben verse atrapados en el formato clásico del «curso». Como señala Inés Marensi:

El curso en aula es un ámbito pasible de ser ‘controlado’, refuerza la idea que para aprender es necesario ir a ‘otro lugar’ diferente y en lo posible distante del trabajo. Brinda tranquilidad en tanto que —con alguna diferencia en el nivel de incertidumbre según el caso— todos saben lo que en ese ámbito ocurrirá y existe sobrada experiencia en los participantes acerca de la expectativa de su rol: se reactualiza el contrato didáctico que en forma implícita opera en los ámbitos

<sup>66</sup> Estudio del NTL Institute for Applied Behavioral Science, citado en González, L., y Cooper, J., *Capacitación Judicial en América Latina: Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 21.

<sup>67</sup> Bachrach, E., *Ágilmente. Aprende como funciona tu cerebro para potenciar tu creatividad y vivir mejor*, Buenos Aires, Sudamericana, 2013, p. 195.

<sup>68</sup> Kerner, D., *Lunes felices*, Buenos Aires, Grijalbo, 2015, p. 104.

educativos formales, regulando la conducta de los actores involucrados en el proceso de enseñanza-aprendizaje<sup>69</sup>.

En este sentido, las actividades de capacitación de modalidad presencial no deberían verse limitadas al formato de «un curso en un aula». El espacio de trabajo cotidiano de los/as participantes debería también poder funcionar como un espacio de capacitación.

Finalmente, la totalidad de la capacitación no puede reducirse a actividades que inician y se agotan en cuestión de días. Algunos de los recursos con los que cuentan los MPF para complementar los cursos, seminarios y otras actividades puntuales son la construcción de **guías y protocolos de actuación** y el desarrollo de ciertas **plataformas y aplicaciones** que pueden ser consultadas en cualquier momento. La PGN cuenta con varios ejemplos en este sentido, tales como la *Guía de Investigación Financiera*, la Plataforma Virtual de Investigación Financiera, la *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos* y la aplicación para celulares y *tablets* elaborada por la Dirección General de Investigaciones y Apoyo Tecnológico a la Investigación Penal.

Estos avances pueden complementarse con otros. Debe tenerse en cuenta que a través de la capacitación se busca que las personas modifiquen de alguna manera sus prácticas actuales. Los cambios de comportamiento exigen que nuestro cerebro asimile como habitual una conducta temporaria. Según distintos estudios, se ha demostrado que esto requiere un período de entre 22 y 90 días, en el cual existan monitoreo diario interno y control y apoyo externos<sup>70</sup>. Si esto es así, entonces los formatos de capacitación deberían **prever alguna forma de acompañamiento posterior** a los/as participantes, para garantizar el afianzamiento de las nuevas prácticas que se proponen. Hoy, en la PGN esto se canaliza a través de consultas formales y diálogo informal entre los/as distintos/as fiscales y las procuradurías y direcciones generales (sea que haya existido una capacitación previa o no). Sin embargo, sumado a la elaboración de guías de actuación, protocolos, plataformas y aplicaciones, sería útil **diseñar mecanismos que brinden apoyo permanente** sobre estos temas a los/as integrantes del MPF que lo requieran, **sin que esto implique una carga excesiva de trabajo** para otros/as. Esto se encuentra íntimamente ligado al impacto que generen las capacitaciones.

## ¿Cómo evaluar el impacto de las capacitaciones?

La cantidad de horas de cursos de capacitación dictados a lo largo del año no dice nada sobre el éxito de esas actividades. Incluso variables como la cantidad de inscriptos/as no son suficientes para determinar si la capacitación ha cumplido los objetivos propuestos o no.

En la actualidad, es difícil encontrar instituciones que implementen mecanismos adecuados de evaluación de impacto de las capacitaciones judiciales. Y sin embargo, esto es fundamental para **poder dar cuenta de si la capacitación ha influido —y cómo— en la resolución de las necesidades institucionales** que le dieron origen. Como señala Inés Marensi:

Si no se visualizan (y luego se promueven) las condiciones para que las personas que se capacitan puedan aplicar lo aprendido, entonces el resultado de la capacitación a lo sumo queda como un logro individual, difícilmente se superarán los problemas detectados, se alimenta el descrédito hacia la capacitación como herramienta eficaz para el cambio, se favorecen las imágenes negativas [...], mantenemos el *statu quo* y desaprovechamos una oportunidad de aprendizaje organizacional<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Marensi, I., «Un nuevo...», *op. cit.*, p. 30.

<sup>70</sup> Rua, M. y Fernández, P. M., *La fábrica del tiempo*, Buenos Aires, Conecta, 2018, pp. 91, 101 y 102.

<sup>71</sup> Marensi, I., «Un nuevo...», *op. cit.*, p. 37

Existen diversos modelos que permiten medir la efectividad de las actividades de capacitación. El más popular es el **modelo elaborado por Donald Kirkpatrick**, que diferencia cuatro niveles vinculados a los siguientes aspectos<sup>72</sup>:

- a) **Reacción:** la evaluación de reacción considera cómo los/as alumnos/as se sintieron respecto a la experiencia de capacitación o aprendizaje.
- b) **Aprendizaje:** se mide el aumento resultante en conocimiento o capacidad.
- c) **Comportamiento:** el grado de mejora en comportamiento y capacidad e implementación/aplicación en su ámbito laboral cotidiano. Es decir, hasta qué punto el aprendizaje se aplica cuando el alumno o alumna regresa al trabajo.
- d) **Resultados:** los efectos en el ámbito laboral como resultado del desempeño de quien ha recibido la capacitación.

Muchas capacitaciones judiciales no implementan ningún sistema de medición de impacto. Las que sí lo hacen, suelen implementar mecanismos que se encuadran en el primer nivel de los cuatro mencionados (por ejemplo, encuestas a los/as participantes para saber qué les han parecido los/as docentes, si les gustaron los contenidos vistos en clase, si les parecieron útiles los materiales utilizados, entre otros puntos). Algunas implementan mecanismos del segundo nivel, normalmente a través de evaluaciones posteriores a la capacitación. Es más **difícil encontrar ejemplos de mediciones del tercer y cuarto nivel**, no solo en América Latina sino también en las escuelas de capacitación judicial europeas.

Siguiendo el modelo Kirkpatrick, desde el CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica) se han implementado mecanismos de medición del impacto de capacitación propias dirigidas —entre otros/as destinatarios/as— a integrantes de los MPF:

- a) **Reacción:** finalizada la actividad, se envía a los/as alumnos/as breves «encuestas de satisfacción» anónimas, para que puedan responder con sinceridad y de manera rápida. Esta retroalimentación brinda insumos para el diseño de las futuras capacitaciones.
- b) **Aprendizaje:** se prevén evaluaciones (usualmente, virtuales) a través de las cuales se pregunta a los/as alumnos/as sobre los puntos más importantes de los temas analizados. Los problemas de los sistemas de evaluación de múltiple opción y verdadero-falso se mitigan con la posibilidad de que los/as alumnos/as que lo deseen pidan una revisión de sus calificaciones, justificando sus respuestas.
- c) **Comportamiento:** como sistema de evaluación, en algunas capacitaciones los/as alumnos/as deben presentar un trabajo final en el cual elijan un tema de los analizados, identifiquen alguna práctica de su trabajo cotidiano que consideren que deba modificarse y expliquen cómo implementarían la modificación.
- d) **Resultados:** a través de encuestas realizadas meses después de una capacitación, se consulta a los/as alumnos/as qué nuevas prácticas han implementado en sus trabajos y cuáles han sido los resultados (al menos, desde su percepción).

La simpleza de estos mecanismos responde al hecho de que se trata de una capacitación externa para los/as operadores/as judiciales (es decir, no realizada por un MPF sino por otra institución). Para capacitaciones desarrolladas en el seno de la PGN, estos sistemas de medición del impacto pueden potenciarse y mejorarse notoriamente.

Dos cuestiones finales pueden tenerse en cuenta para analizar el impacto de las capacitaciones. Por un lado, **la capacidad de replicar una determinada capacitación** y de hacerlo a través de un esfuerzo menor que el inicial. Esto suele verse con frecuencia en ciertas capacitaciones judiciales

<sup>72</sup> Citado en González, L. y Cooper, J., *Capacitación...*, *op. cit.*, p. 46.

desarrolladas enteramente de manera virtual. Por otra parte, la capacidad de que una capacitación sirva para desarrollar (o potenciar) otras en el futuro. Esto se ve con claridad en la «**formación de formadores**», una metodología utilizada —por ejemplo— en el campo de la litigación oral.

## Algunas propuestas

Una capacitación sobre recuperado de activos organizada para integrantes de un MPF puede realizarse de manera **presencial y/o virtual**. La elección dependerá de factores tales como quiénes serán los/as participantes, quiénes los/as capacitadores/as, qué temas se desean abordar y de qué forma.

Al margen de todas las consideraciones que se han desarrollado hasta aquí, pueden pensarse algunas cuestiones específicas para este tema. Si se desea construir un programa de capacitación integral sobre recuperado de activos, dirigido a quienes trabajan sobre casos, la actividad puede **estructurarse en torno a los distintos procesos involucrados**: elaboración de la teoría del caso, identificación y localización de activos, aplicación de medidas cautelares, entre otros. Si bien, como hemos dicho, en la práctica los procesos pueden superponerse temporalmente, se puede dividirlos a los fines pedagógicos.

A su vez, **dentro de cada proceso pueden identificarse diversas destrezas** que deben desarrollar los/as operadores. Esto implicará, básicamente, tres tipos de prácticas:

- Ejercicios de *planificación*: por ejemplo, construcción de la teoría del caso, o planificación de las próximas medidas de investigación.
- Ejercicios de *investigación*: ejecución de las medidas de investigación previamente planificadas.
- Ejercicios de *litigación*: prácticas de distinto tipo de audiencias (de formalización de cargos, de medidas cautelares, de etapa intermedia, de juicio oral, de decomiso sin condena, entre otras).

Incluso una capacitación que se centre en un solo aspecto dentro del recuperado de activos puede contener distintos tipos de ejercicios. Supongamos una capacitación exclusivamente sobre técnicas de investigación. Trabajando sobre un caso concreto, los/as participantes podrían: 1) *planificar* las medidas de investigación necesarias para avanzar con su teoría del caso, incluyendo —por ejemplo— una interceptación de comunicaciones telefónicas; 2) *litigar* una audiencia de solicitud de esta medida de investigación (sin la presencia de la defensa, desde luego, pero con un rol activo del juez o jueza de garantías), y 3) *ejecutar* la medida de investigación una vez autorizada, practicando cómo se realizaría la escucha, cómo acceder a la información, cómo trabajarla, entre otros puntos.

Una actividad de capacitación puede involucrar no solo a todos/as los/as integrantes del MPF implicados en el proceso de recuperado de activos, sino también a otros actores que participan en cada fase. En este sentido, dotar a la capacitación de un **carácter interinstitucional** puede fortalecerla notablemente. Por ejemplo, si en la investigación financiera el MPF debe trabajar conjuntamente con organismos de control y supervisión, esos mismos organismos podrían participar de la capacitación. Como bien saben los/as operadores/as, la existencia de convenios de colaboración no garantiza por sí sola su correcta aplicación. Una capacitación de este tipo fortalecería la detección de problemas y la construcción conjunta de soluciones. Así, por ejemplo, los/as integrantes de la Procuración General de la Nación podrían capacitarse conjuntamente con personal de la UIF, el BCRA, la IGJ, la CNV, la AFIP, las fuerzas de seguridad, entre otros.

Por otra parte, no se debe tener miedo a darle un **formato lúdico** a la actividad. En tanto esté bien organizado, el juego no quita seriedad ni profesionalismo, sino que suma atención de los/as participantes. En la etapa de planificación de la investigación, estimula el razonamiento

abductivo y creativo, fomentando la generación de hipótesis fácticas. De este modo, puede complementarse la utilidad de la simulación con el entretenimiento del juego.

Si esto se combina con las estrategias y metodologías de capacitación resumidas en las páginas anteriores, puede generarse una actividad en la cual el alumno o alumna no solo reciba la explicación de los/as docentes y vea una demostración de cómo ejercitar la destreza en cuestión, sino que también cuente con la posibilidad de hacerlo él/ella mismo/a, recibiendo una retroalimentación. Trabajando sobre casos reales y/o hipotéticos, pueden **ir desarrollando el proceso de recupero de activos «paso a paso», viendo los resultados concretos que tendrían en un caso real cada una de sus acciones** y entendiendo conceptualmente cada problema.

Por ejemplo, un/a participante elabora un modelo de oficio solicitando información al organismo X sobre los puntos A, B, C y D, a ser enviado a determinada área del organismo. La devolución de los/as capacitadores/as podría incluir los siguientes puntos:

- El área del organismo X a la que se ha enviado el pedido de información ha sido elegida correctamente.
- En el pedido de información se han incluido todos los datos necesarios sobre el proceso penal en cuestión.
- Con base en el tipo de información que se solicita, el organismo X tardaría en promedio determinada cantidad de tiempo en responder.
- Sobre los puntos A y B, respondería brindando determinada información (insumos para continuar trabajando el caso en los ejercicios sucesivos; se da al alumno o a la alumna un documento similar al que enviaría el organismo X en la práctica).
- Sobre el punto C, el organismo X suele pedir mayores especificaciones. Esto implica un nuevo oficio, y por ende una pérdida de tiempo promedio de tantos días.
- Sobre el punto D, el organismo X responde que no posee esa información en sus bases de datos. Esa información debe ser pedida al organismo Z.

Como resulta obvio, cada caso real presenta sus particularidades. En este sentido, en las capacitaciones se sugiere elaborar **casos o situaciones que resulten típicos**. Así se elaboran, por ejemplo, las tipologías de lavado de activos que construyen organismos como GAFI y GAFILAT. Esto implica en algún punto un sacrificio de los detalles, pero permite reforzar el **aprendizaje de los aspectos básicos**. Los problemas más complejos y «singulares» pueden verse en capacitaciones de un nivel más avanzado.

El **primer caso** que se trabaje puede ser **desarrollado por los/as docentes en plenario**, en forma dialogada con el grupo. Esto permite mostrar las buenas prácticas y los errores más comunes, qué información resulta relevante y cuál no, cómo organizar los procesos de trabajo, entre otras cuestiones. Los casos pueden estructurarse de modo tal que la actividad sea **de revisión** (es decir, «hacia atrás», reconstruyendo las acciones implementadas y los pasos dados) o **de prospectiva** («hacia adelante», diseñando e implementando los pasos a tomar y viendo qué resultados generarían).

El ejemplo dado anteriormente sobre cómo solicitar información al organismo X implica una actividad de prospectiva. Por el contrario, una actividad de revisión podría implicar tomar un caso real en el que el proceso de recupero de activos haya sido desarrollado eficientemente, para mostrar una buena investigación, la aplicación de medidas cautelares efectivas y de manera oportuna, un litigio sólido para justificar el decomiso de los bienes, entre otras cuestiones.

El **nivel de complejidad** de cada capacitación debe tener en cuenta el perfil de los/as participantes. Se debe procurar que el grado de dificultad no sea tan bajo como para generar aburrimiento ni tan alto como para generar ansiedad y frustración. Debe construirse un desafío

interesante y factible, capaz de involucrar cognitivamente a los/as alumnos/as, con instancias que les permitan intervenir creativamente y participando con sus colegas.

A su vez, se debe brindar al alumno/a **retroalimentación para que pueda realizar una autoevaluación de su desempeño**. Para esto último, en los juegos se prevén sistemas de puntuación, tablas de posiciones y/o medalleros. En la capacitación, esto podría reemplazarse por los resultados concretos de su trabajo. Así, por ejemplo, una investigación financiera bien realizada permitiría identificar y localizar determinados bienes. Por el contrario, una investigación mal planificada y/o ejecutada hará perder tiempo valioso al investigador/a, con la consecuencia posible de que los bienes se «pierdan» definitivamente. La literatura existente sobre ludificación (*gamification*) brinda varios ejemplos que pueden servir de inspiración.

Lo ideal sería combinar todo esto en un ambiente inmersivo y con un gran cuidado por los detalles. Esto implica, entre otras cosas, que, si el/la participante está aprendiendo cómo analizar información proveniente del Banco Central o de la Unidad de Información Financiera, **la práctica debe ejercitarse sobre documentación real o que tome como modelo un documento real**. Esto mismo aplica a cualquier ejercicio sobre cualquier tipo de destreza. Si la capacitación no prepara a la persona para lo que verá en su trabajo cotidiano, no está generando adecuadamente las condiciones de posibilidad para que se implementen las nuevas prácticas.

Como se observa, las pautas propuestas aquí distan notablemente de las capacitaciones en las que se discute exclusivamente la naturaleza jurídica del decomiso o se lee la legislación vigente sin mayores reflexiones. Tomarse en serio la capacitación judicial implica entender su función política y estratégica y diseñar actividades realmente capaces de generar el impacto que se persigue.



[www.elpaccto.eu](http://www.elpaccto.eu)

EL PACCTO es un programa de cooperación internacional financiado por la Unión Europea que persigue promover la seguridad ciudadana y el Estado de derecho en América Latina a través de una lucha más efectiva contra el crimen transnacional organizado y de una cooperación fortalecida en la materia. Cubre los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es la primera vez que un programa regional europeo trabaja en toda la cadena penal para fortalecer la cooperación a través de tres componentes (cooperación policial, cooperación entre sistemas de justicia y sistemas penitenciarios) con cinco ejes transversales (ciberdelincuencia, corrupción, derechos humanos, género y lavado de activos).

Programa liderado por



**EXPERTISE  
FRANCE**

Socios coordinadores



PROGRAMA FINANCIADO  
POR LA UNIÓN EUROPEA