



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

///nos Aires, 13 de diciembre de 2013.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa n° 2612/13 caratulada “*Gils Carbó, Alejandra s/ incumplimiento de los deberes de funcionario público*” del registro de la Secretaría n° 7 de este Juzgado a mi cargo;

Y CONSIDERANDO:

I. Inicio de las actuaciones.

Las presentes actuaciones se iniciaron, el 3 de abril del corriente, a raíz de la denuncia efectuada por Juan Carlos Mussa en la Comisaría 5ta de la Policía Federal Argentina contra la Dra. Alejandra Gils Carbó por la supuesta comisión de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público y extorsión.

Con relación a los hechos, manifestó que no implementó los mecanismos para el pago de impuesto a las ganancias en violación a la acordada 20/1996 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En particular, destacó que “*...desde el año 1994 no sólo no existe ningún impedimento para que el Ministerio Público actúe como agente de retención del Impuesto a las Ganancias sino que es su obligación hacerlo ...*”.

A su criterio, el pago de impuesto a las ganancias por parte de los miembros de la Procuración General de la Nación mejoraría la situación de los jubilados, ya que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) contaría con mayor cantidad de fondos públicos (fs. 1/6).

El 3 de mayo de 2013, se corrió vista al Fiscal Federal en los términos del artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 12).

II. Postura del Fiscal Federal.

En dicho marco, el Dr. Patricio Evers –titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12- solicitó la desestimación de la denuncia por entender que los hechos mencionados en la denuncia no configuran un accionar delictivo.

En tal sentido, destacó que la falta de implementación del impuesto a las ganancias a los funcionarios del Ministerio Público no constituía un accionar delictivo en los términos del artículo 249 del Código Penal de la Nación por parte de la Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó, sino que obedecía al cumplimiento de lo establecido en la Constitución Nacional.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

En concreto, sostuvo que nuestra Carta Magna estipula la intangibilidad de las remuneraciones de los Magistrados judiciales -artículo 110 de la CN- y de los funcionarios del Ministerio Público -120 CN-.

A su criterio, de acuerdo a dicha cláusula constitucional, se encuentra restringida la modificación y/o disminución de los salarios que gozan los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, quedando exentos del pago del impuesto a las ganancias.

A su vez, destacó que la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal nº 24.946, entre otras cosas, determina las remuneraciones de sus integrantes de manera semejante a la de los cargos correspondientes a los miembros del Poder Judicial de la Nación (artículo 12); por lo que los beneficios tributarios de los que gozan éstos últimos resultan aplicables al Ministerio Público.

Finalmente, señaló que "*tal normativa también reguló el traspaso de funcionarios judiciales al Ministerio Público, donde se reconoció y mantuvo la permanencia en categoría y antigüedad, entre otros beneficios. Asimismo, por medio de la celebración de un convenio, se conservó a los integrantes del Ministerio su afiliación a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, garantizándose misma cobertura y porcentualidad en las cuotas (art. 65)*" (fs. 13/15).

III. Análisis del pedido de desestimación efectuado por el Señor Fiscal en el inicio de la instrucción.

La solicitud efectuada por el Fiscal obliga a realizar algunas precisiones respecto de la posibilidad del juez de excitar la acción penal cuando el Fiscal solicita la desestimación de una denuncia.

En primer lugar, resulta imperioso hacer algunas consideraciones referentes al papel del Ministerio Público en nuestro sistema procesal.

En palabras de Ferrajoli, la primera seña de identidad del proceso penal acusatorio es "*la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero super partes: el acusador, el defensor y el juez*", lo que ubica a los dos primeros en una situación de paridad y, asegura, de tal modo, su igualdad, "*que es uno de los presupuestos esenciales del juicio contradictorio y del derecho de defensa*" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Valladolid, pág. 581 y sgtes.).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

La relación triádica garantiza el llamado “equilibrio de armas” (la posibilidad de tener iguales oportunidades de influencia en la decisión) entre el acusador y el acusado, equilibrio que es observado -preservado- por el juez o tribunal encargado de juzgar, quien mantiene una posición equidistante con aquellos dos, entendidos no sólo como actores sino en tanto funciones o verbos -acusar/defender-. Es decir, la distinción no es únicamente nominal.

El principio *ne procedat iudex ex officio* es un pilar del modelo. Ferrajoli lo explica recurriendo a una cita de Tocqueville: “*Característica del poder judicial es la de no poder actuar más que cuando se recurre a él, o según la expresión legal, cuando se apela a él...Por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva...El poder judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si actuase por sí mismo...*” (op. cit. pág. 644, n° 108).

Este ideal de proceso, más allá de las características particulares de nuestro añojo sistema de enjuiciamiento mixto, es el que se desprende del espíritu constitucional. Su noción de debido proceso -cfr. art. 18 C.N.- alude a un sistema de dicha impronta.

El vértice de la acusación dentro del esquema triangular, desde donde se promoverá la maquinaria jurisdiccional, es ocupado por el Ministerio Público Fiscal, ubicación que resulta del artículo 120 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado la incorporación de esta norma como la asunción definitiva del paradigma de enjuiciamiento penal referido en un comienzo. Así, ha dicho que “*...no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y de juzgar. Desde este punto de vista, el esquema funcional de las actividades decisoria y acusatoria reflejo del sistema republicano de gobierno acogido constitucionalmente impide concebir un dispendio jurisdiccional que no tenga presupuesto el ejercicio de una acción penal por parte del acusador*” (Fallo “Quiroga” CSJN).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

Pero aún antes de la aparición de este artículo en el texto constitucional, la ocupación del vértice acusador por parte del fiscal y la prohibición de la actuación jurisdiccional oficiosa, encontraba respaldo expreso en el artículo 5to. del Código Procesal Penal de la Nación en tanto refiere que “*la acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal*”, cláusula que se vincula con la obligación del juez que recibe una denuncia de transmitirla inmediatamente al fiscal, quien “*formulará requerimiento conforme al art. 188 o pedirá que la denuncia sea desestimada o remitida a otra jurisdicción*” (cfr. art. 180 Código Procesal Penal de la Nación).

A su tiempo, la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946, publ. 23/03/98), en su artículo 25to., vino a establecer que es función del Ministerio Público promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, como así también, promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Su artículo primero, asimismo, determina que el organismo ejerce sus funciones con independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura. Tales lineamientos se compadecen con su contorno constitucional (“*es un órgano independiente con autonomía funcional y autárquica financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad*” -artículo 120 de la Constitución Nacional-).

En este sentido, el desarrollo histórico del proceso penal pone de manifiesto tres sistemas de singulares características: acusatorio, inquisitivo y mixto. Mientras los dos primeros son diametralmente opuestos, el último es una reunión de ambos.

Al respecto, Vélez Mariconde expresa que “Esta diversidad de regímenes procesales refleja la diversa ideología política imperante en las distintas etapas históricas, una distinta concepción del Estado y del individuo, en el fenómeno de administrar justicia; es decir reflejan un aspecto de la lucha entre el Estado y el individuo, entre el interés colectivo y el interés individual, entre el principio de autoridad y la libertad individual”.

“En el proceso acusatorio, el individuo ocupa un primer plano. El legislador piensa, ante todo, en la libertad y dignidad del hombre, en los que después se llamaron sus derechos subjetivos. El papel del Estado es secundario: puesto al servicio de los individuos, aquél tiene la misión de



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

resolver los conflictos que se producen entre éstos; el Juez actúa como un árbitro que se mueve a impulso de las partes, no hay actividad procesal anterior a una acusación particular (del damnificado o de cualquiera del pueblo) y la prisión preventiva es muy excepcional. Es un proceso de tipo individualista, posteriormente vulnerado por ideas socialistas. La primera de éstas debió ser el concepto de que el delito afecta en muchos casos a la colectividad”.

“En el proceso inquisitivo ocurre lo contrario: la personalidad del hombre, su libertad y dignidad no son ya ingredientes del nuevo ideario, que parece elevarse y consolidarse sobre el temor al pecado y al delito. El estado se agiganta y prescinde casi absolutamente del interés del ofendido; surge la figura del inquisidor, desplazando a la del juez, que actúa de oficio, por iniciativa propia, para castigar al pecador o delincuente; el acusado deja de ser una persona con derechos y se convierte en objeto de severa persecución; la tortura se justifica plenamente, como medio de arrancar la confesión del inquirido; la prisión preventiva de éste, lógicamente, es la regla general. El proceso penal es un instrumento de castigo. La idea de justicia parece obnubilada por una concepción autoritaria y despótica del Estado de policía. Todo medio es legítimo para defender a la sociedad”.

“Este tipo inquisitivo muere, naturalmente cuando triunfan las ideas individualistas que se consolidaron en el siglo XVIII y que consagró la Revolución Francesa”.

“Pero después de un período de reacción, el Código francés de 1808 establece un sistema mixto, donde se produce una yuxtaposición de las concepciones extremas que antes triunfaron. Desde entonces, el legislador busca afanosamente un equilibrio entre los intereses individuales y sociales. Se reconoce la necesidad de que el Estado administre la justicia penal con el menor sacrificio de la libertad personal.

Se abandonan los resortes que afectaban al acusado, se instituyen dos etapas distintas del proceso (una preparatoria que se realiza por escrito, y otra definitiva, donde prevalece la forma oral); se afirma la defensa como elemento esencial del proceso” (Vélez Mariconde, Alfredo; “Derecho Procesal Penal”, Tº I, pág. 19-21, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L., Córdoba 1986).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

El proceso de tipo mixto -que rige nuestro sistema procesal penal-, es una reunión o yuxtaposición de elementos acusatorios e inquisitivos, aunque prevalecen los primeros. Esta yuxtaposición responde a la idea básica de disciplinar el proceso en dos etapas distintas, la primera de las cuales sirve para preparar la segunda, o mejor aún, para dar base a la acusación originaria del verdadero juicio.

Las principales características que rigen el sistema mixto son: 1) la jurisdicción es ejercida durante la instrucción (sumario) por un juez técnico, y durante el juicio (plenario) por un tribunal popular o técnico, 2) la acción penal es ejercida por un órgano estatal, el Ministerio Público, aunque en algunos países se acuerda también al damnificado del derecho de acusar, 3) la situación de los sujetos procesales es distinta en las dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, el juzgador es el director de la investigación, mientras el Fiscal y las partes sólo pueden proponer pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos, 4) en cuanto a la valoración de la prueba, rigen los sistemas de íntima o de libre convicción, según actúe, respectivamente, un tribunal popular o técnico, 5) el procedimiento varía fundamentalmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción preparatoria, aquél es escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio; durante la instrucción definitiva o el juicio propiamente dicho, el procedimiento es oral, público, contradictorio y continuo (conf. Vélez Mariconde, Alfredo; "Derecho Procesal Penal", Tº I, pág. 23-24, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L., Córdoba 1986).

En este contexto, la ley penal describe in abstracto una conducta como punible (tipicidad) y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Su actuación práctica requiere un procedimiento, camino o vía mediante la cual, frente a la hipótesis de que se ha incurrido en esa conducta se procure establecer si en verdad ésta ha ocurrido, para de este modo hacer efectivo el *ius puniendi* estatal mediante la imposición de una pena prevista de modo expreso para el responsable.

Sobre este punto en concreto, teóricamente, se presentan dos alternativas posibles. Por un lado, se espera la reacción del Estado, quien a través de sus órganos, buscará acreditar el hecho para someterlo a una sanción, dicha reacción tiene que darse en todos los casos en que exista la hipótesis de



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía (la regla); o bien, el directamente ofendido con la conducta típica, puede elegir a través de los órganos estatales, si es que va a provocar esta actividad o no, siendo su facultad o manifestación de voluntad al respecto, el reclamar que se ponga en movimiento la maquinaria estatal tras la persecución del delito (la excepción).

Cabe entonces identificar previamente, las formas de ejercicio de la acción penal en nuestro ordenamiento jurídico nacional, restringiéndose aquella a tres formas: a) Pública, b) Privada y c) Pública dependiente de instancia privada.

La titularidad, respecto de aquellas, corresponde en el primer caso, al Ministerio Público, en el segundo caso, la titularidad corresponde, al directamente ofendido y en el tercer caso tiene dos momentos, dependiendo el primer momento de la voluntad del ofendido y posteriormente del Ministerio Público.

Ahora bien, el sistema penal argentino se basa en el monopolio persecutorio del Estado dado que el artículo 71 del Código Penal establece que: “deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de los siguientes: 1) las que dependieren de instancia privada; 2) las acciones privadas”.

Es que “aun cuando la historia, la doctrina y la legislación comparada nos ofrecen distintos sistemas de acusación, la elección debe hacerse sobre el presupuesto ineludible de una intervención directa del Estado, mediante un órgano específico: el Ministerio Público. La institución de un órgano estatal permanente encargado del ejercicio de la acción penal, surge del principio mismo de la publicidad de la acción, como consecuencia del concepto de que la acción incumbe al Estado; su institución responde, no sólo a la necesidad de esa injerencia, por la imposibilidad de abandonar en manos del individuo la acción penal y la defensa del interés público correlativo, sino también a la imposibilidad de atribuir su ejercicio, o sea la función requirente, a los mismos órganos que ejercitan la jurisdicción” (conf. Vélez Mariconde, Alfredo; “Derecho Procesal Penal”, Tº I, pág. 282-283, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L., Córdoba 1986).

Así el Estado, pone de manifiesto, su intención persecutoria de las conductas reputadas como delito y la realización del Derecho Penal sustantivo, pues impera en todo el proceso penal esa manifestación de la



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

justicia penal que se denomina principio oficial o de oficialidad, encontrándose tanto en la jurisdicción como en el ejercicio de la acción penal ya que conforme lo señalé, el titular es el Ministerio Público y excepcionalmente, la parte ofendida.

Este principio responde al interés social y coadyuva a que el proceso penal responda al interés público de justicia en todas sus exteriorizaciones, sin desencadenar en tiranía procesal, vale decir, sin “legitimar” el camino para la imposición de la pena, como “venganza estatal”.

En este contexto se exige la aplicación de la regla procesal llamada obligatoriedad. Ella implica que los órganos públicos predisuestos (Juez, Ministerio Público, Policía cumpliendo funciones judiciales-) deben ejercer indefectiblemente la función penal que la ley les otorga en la realización del proceso penal.

Al regir tal regla, el proceso penal debe iniciarse cuando se dan las condiciones para ello: conocimiento de las autoridades públicas de la noticia criminis, que la conducta este prevista de modo taxativo en la ley penal como delito, que éste no haya prescripto y que no existan otros impedimentos legales previstos de modo expreso en la ley.

A su vez, de la obligatoriedad deriva la regla de la oficiosidad, tocante a la actividad promotora de la persecución, puesto que, por mandato constitucional, el Ministerio Público está obligado a actuar “de oficio” salvo los supuestos previstos por la ley (acción privada o dependiente de instancia privada).

Ello, en razón de las características de inevitabilidad e indisponibilidad de la acción que rigen en nuestro sistema procesal penal.

Es inevitable, porque ante la evidencia de la comisión de un ilícito penal o ante la identificación de una conducta delictuosa, ineludiblemente, se tiene que poner en marcha (preparación o promoción de la acción) el mecanismo estatal para la investigación, juzgamiento y sanción, del responsable, sin que de ningún modo se pueda evitar dicha consecuencia.

Es indisponible, porque una vez promovida la acción penal o puesto en funcionamiento los recursos del Estado para la persecución del delito, tal ejercicio no puede interrumpirse, suspenderse, ni hacerse cesar hasta que se agoten los medios legales, hasta que se pueda afirmar o negar la hipótesis criminal.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

El orden jurídico ha consagrado un desdoblamiento formal del Estado, al instituir, además del órgano jurisdiccional, otro encargado de excitarlo y de requerirle una justa decisión sobre el fundamento de una determinada pretensión jurídico penal: el Ministerio Público. No hay ejercicio de jurisdicción sin ejercicio de acción; es decir, que la jurisdicción penal no se ejerce de oficio sino que es una actividad provocada (conf. Vélez Mariconde, “Derecho Procesal Penal”, Tº. II, pág. 294 y 391).

Así, el sistema jurídico argentino distingue y separa las funciones de acusar y de juzgar (aun cuando acuerde -por regla general- ambas al Estado), e instituye y diferencia los órganos públicos que deben ejercitar cada una (salvo el caso de las acciones privadas en las que el ofendido es el acusador).

“La diferenciación entre acusación, de un lado, y su examen por un juez, de otro, ratifican el modelo de enjuiciamiento de la Constitución, y le agregan, expresamente, un componente (implícito en el artículo 18 de la Constitución Nacional) que es motivo de estas reflexiones: la imparcialidad de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez, orientada a la igualdad procesal entre acusador y acusado, como presupuesto de la defensa de éste, basado en la igual posibilidad de ambos de contraponer afirmaciones, negaciones, pruebas y argumentaciones, que puedan influir sobre el resultado final del proceso” (Cafferata Nores, José I., “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, pág. 39, Ed. Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997).

“La legislación internacional incorporada (art. 75, inciso 22, C. N.) se enrola en estos mismos principios y enfatiza sobre el concepto de imparcialidad del juzgador. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece con claridad en su art. 8.1 que toda persona, frente a una “acusación penal formulada contra ella”, tiene derecho a un juez o tribunal “independiente e imparcial”; tiene derecho a que “el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” sea realizado por “un tribunal independiente e imparcial”, reza por su parte el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. También disponen que durante el proceso la situación del imputado será de “plena igualdad” como condición del ejercicio del derecho de defensa, estructurado sobre el contradictorio



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

(Declaración Universal arts. 10 y 11.1; Convención Americana, art. 18)” (Cafferata Nores, José I., ob. cit., pág. 39).

La Corte Interamericana ha señalado que el mencionado artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el “debido proceso legal” y lo ha definido como las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial. Asimismo, ha afirmado que “el concepto del debido proceso legal recogido por el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable...a todas las garantías judiciales...[protegidas]...en la Convención...” (conf. Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia y Ojea Quintana, Tomás; “La dimensión internacional de los derechos humanos - Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno”, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, p. 232).

La Constitución Nacional ha instituido el Ministerio Público (artículo 120); este órgano, tiene el deber de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” (artículo 120 de la Constitución Nacional).

“Se evidencia así un modelo procesal de origen constitucional, cuyas normas distinguen la función de “perseguir y acusar” de la de “juzgar”, “aplicar” la ley penal, “penar”, “reprimir” o “castigar”; y que han considerado que ambas son responsabilidades estatales, al punto que han instituido dos órdenes de funcionarios públicos distintos para ejercitarlas: El Ministerio Público Fiscal, (para “perseguir” o “acusar”); los tribunales (para “juzgar”, “penar”, “reprimir” o “castigar”). Así lo entiende el Procurador General de la Nación al dictaminar que, cuando la acción es pública sólo debe ejercitarse quien tenga encargo especial de la ley para ello. Los jueces no representan al pueblo o al Estado para ese objeto. De “allí que en las causas criminales los jueces deben limitarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin convertirse jamás en acusadores” (Cafferata Nores, José I., ob. cit., pág. 38).

En este sentido, Ferrajoli ha sostenido que: “La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A nullum iudicium sine accusatione, es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico SG. Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio-, sino también, y sobre todo, el papel de parte -en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón, teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, 1995, p. 567).

La persecución penal -como fue mencionado anteriormente-, es resorte del Ministerio Público Fiscal por ser el titular del ejercicio de la acción penal, con excepción de los delitos perseguibles por la acción privada (art. 73 del Código Penal Argentino), en estos casos de excepción no rige el principio de oficialidad.

Por otra parte, debe tenerse presente que uno de los sentidos del principio de legalidad es la obligatoriedad legal que tiene el Estado, de reaccionar de manera automática e inevitable a través de órganos predispuestos (generalmente la Policía o el Ministerio Público), frente a la comisión de un hecho delictivo (perseguible por acción pública), recurriendo ante el órgano jurisdiccional competente, excitándolo o reclamando la investigación (instrucción), el juzgamiento (juicio oral) y de ser el caso, la sanción por el delito que se hubiera logrado comprobar.

Esta reacción oficial, en cuanto exterioriza la pretensión punitiva del Estado, conceptualiza además a la acción penal en sentido sustancial, resultando por tanto, el principio de legalidad, intrínseco a la acción penal.

Sin embargo, es dable remarcar que el principio de legalidad sólo obliga a investigar hechos que puedan ser constitutivos de delito y no todas las denuncias que se presenten ante las autoridades de persecución penal. En estas hipótesis no surge la obligación de llevar adelante una investigación.

Por consiguiente, las leyes procesales penales respetaron el principio tocante a que el Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción penal, y deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

Esta es la solución que adoptaron los Códigos Procesales Penales de la Nación (artículo 5), de la provincia del Chubut (artículo 12), de la provincia de La Rioja (artículo 9), de la provincia de la Pampa (artículo 6), entre otros.

En definitiva, la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar al principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema penal de la Argentina.

Ello así, pues impera en todo el proceso penal esa manifestación de la justicia penal que se denomina principio oficial o de oficialidad -como lo mencioné anteriormente-, encontrándose tanto en la jurisdicción como en el ejercicio de la acción penal ya que su titular es el Estado y subsidiariamente se observa asimismo en la defensa técnica. Para la jurisdicción el principio oficial es absoluto; para la persecución es la regla, y para la defensa solo surge eventualmente.

Así, no puede desconocerse que la nueva normativa referente a la actuación del Ministerio Público Fiscal establece un coto a la injerencia de los jueces hacia la actividad desarrollada por los fiscales durante el proceso.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 24.946, en su párrafo segundo establece que el Ministerio Público “...Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura...”.

Corresponde concluir que nuestra Constitución impide que los jueces ejerzan una actividad que exceda del conocimiento y decisión de casos que previamente les fueron planteados por un órgano -Ministerio Público- con autonomía funcional.

Por este motivo, no hay jurisdicción sin una acción que la requiera con anterioridad, ni posibilidad de que un juez instruya a un fiscal a que efectúe tal requerimiento. Esto último, no sólo por la autonomía funcional del órgano acusador, sino -antes bien- por el hecho de que tal proceder es ajeno a la función que la Carta Magna atribuye al Poder Judicial -y tan ajeno como le resultaría a los poderes Ejecutivo o Legislativo-.

En consecuencia, de la misma forma que la existencia de un requerimiento fiscal de instrucción, o bien la actuación preventiva policial notificada debidamente al representante del Ministerio Público, satisface



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

-durante la etapa procesal previa a la oralidad- las exigencias de los principios ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore y de la garantía de defensa en juicio, la inexistencia de este acto propio del Ministerio Público importa la ausencia de jurisdicción. Lógicamente, ante la falta de este requerimiento fiscal, no sólo el juez de instrucción se verá impedido de conocer y decidir en el caso denunciado, sino que este impedimento afectará a todos los órganos del Poder Judicial (ver en este sentido, Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad en los autos caratulados “Personal de la Policía Federal Argentina s/desestimación de denuncia”, reg. n° 60 del 17 de febrero de 2005).

Cabe advertir así, que la potestad que tiene el Ministerio Público Fiscal de excitar la jurisdicción no puede ser trastocada.

IV. Análisis de la desestimación postulada por el Fiscal Federal.

Si bien el ámbito de decisión en cuanto a la desestimación se limita a lo que surge de la denuncia, corresponde verificar si los extremos planteados por Ricardo Mussa configuran la comisión de un delito.

En este caso particular, a criterio del denunciante, la conducta ilícita desplegada por Dra. Gils Carbó estaría dada por las leyes que imponen el pago del impuesto a las ganancias (Ley n° 20.628 y sus modificatorias, nros. 24.631, 25.239 y 26.893) en virtud de que únicamente se encontrarían eximidos de dicho tributo los miembros del Poder Judicial de la Nación (conforme a la acordada 20/1996 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

En concreto, denunció que la Procuradora General de la Nación no habría desplegado los medios a su alcance para que se efectúen las retenciones del impuesto a los miembros del Ministerio Público Fiscal; quienes no se encontrarían amparados por la acordada mencionada.

Por tal motivo, lo que corresponde determinar es si tales circunstancias fácticas posibilitan su adecuación típica en alguna de las normas vigentes de nuestro ordenamiento penal.

Puntualmente, el denunciante invoca el incumplimiento por parte de la Dra. Gils Carbó a una normativa que debería aplicar de acuerdo a sus funciones (ley n° 20.628 y sus modificatorias, nros. 24.631, 25.239 y 26.893); por lo que debe analizarse si dicha conducta puede configurar el delito



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

previsto en el artículo 248 del Código Penal de la Nación que dispone penas de prisión o inhabilitación especial a los funcionarios que dictaren resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento les incumbiere.

Lo que debe determinarse a los efectos de posibilitar un encuadre jurídico penal de los hechos denunciados es si el hecho de que en la órbita de la Procuración General de la Nación no se encuentren implementados los mecanismos para el pago del tributo mencionado a los miembros del Ministerio Público Fiscal; puede constituir por parte de la Dra. Alejandra Gils Carbó una omisión al cumplimiento de la legislación vigente de conformidad con la norma citada.

En su modalidad omisiva, el tipo penal mencionado se caracteriza “*...por la circunstancia de que el funcionario prescinde de la ley, como si ella no existiera. Son supuestos en los que no se hace ni se ejecuta o cumple lo que la ley manda expresamente a hacer al funcionario dentro de su órbita funcional...*” (conf. D’Alessio Andrés, “Código Penal Comentado y Anotado”, 2^a edición, La Ley, tomo II, página 1232).

Por lo tanto, el estudio debe partir del análisis de la totalidad de las disposiciones que existen en nuestro ordenamiento legal con relación al régimen salarial y tributario de los miembros del Ministerio Público Fiscal y, en un segundo momento, de la verificación de la compatibilidad – o no- de la situación descripta –exención del impuesto- con dicha normativa.

Si bien este punto fue desarrollado de manera clara por el Dr. Patricio Evers, corresponde resaltar que de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional establece de manera expresa que los miembros del Ministerio Público Fiscal “*...gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones...*”.

La regulación de dicha cláusula constitucional fue receptada en diversas disposiciones de la ley 24.946 “Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal” emanada del Poder Legislativo Nacional en la que se estableció un trato semejante –en materia remunerativa y laboral- entre los miembros del Poder Judicial de la Nación y los del Ministerio Público Fiscal.

En concreto, el artículo 12 de la ley 24.946 que regula las remuneraciones de los miembros del Ministerio Público Fiscal determina equivalencia y equiparación entre éstos y los del Poder Judicial de la Nación.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

En cuanto al alcance, se establece que la equiparación se extiende a todos los efectos patrimoniales, previsionales y tributarios y que idéntica equivalencia se establece en cuanto a la jerarquía, protocolo y trato.

De lo expuesto se deduce que a los efectos de establecer cuál es el régimen tributario que corresponde a los miembros del Ministerio Público Fiscal, debe estarse al marco regulatorio que rige en materia impositiva en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

En el caso particular del impuesto a las ganancias, de acuerdo a la acordada 20/96 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que declaró la inaplicabilidad del artículo 1 de la ley 24.631 en cuanto deroga las exenciones impositivas dispuestas en el artículo 20, incisos p y r, de la ley 20.628) y en función del artículo 110 de la Constitución Nacional, los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación se encuentran exentos del pago de ese tributo.

De lo dicho que infiere que, la falta de implementación de mecanismos para el pago de tal impuesto a los miembros del Ministerio Público no implica una omisión por parte de la Dra. Alejandra Gils Carbó de leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, sino que por el contrario, tal accionar es el que resulta compatible a la norma constitucional y con los preceptos legislativos vigentes.

Por tal motivo, considero que la interpretación que efectúa el denunciante respecto de la acordada 20/96 es parcial y no contempla el resto de la normativa que regula las remuneraciones y el régimen impositivo de los miembros del Ministerio Público.

De tal manera, debe destacarse que en caso de que la Dra. Alejandra Gils Carbó imponga un régimen distinto al previsto para el Poder Judicial de la Nación, podría dar lugar a un reclamo de los funcionarios bajo su órbita por el desconocimiento de su equiparación con los funcionarios del Poder Judicial de la Nación.

Tanto es así que, la Dra. Gils Carbó aún queriendo realizar modificaciones en ese sentido, necesariamente debería hacerlo coordinadamente con el Poder Judicial de la Nación para evitar reclamos.

Por otra parte, en la presentación efectuada por Mussa se transcriben algunos pasajes del oficio n° 199/13 (expediente 1324/13) firmado, el 12 de marzo de 2013, por la Cra. Carina R. Ramos –Subdirectora General de Administración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en el que se



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

menciona que “...desde el año 1994, no sólo no existe ningún impedimento para que el Ministerio Público actúe como agente de retención del impuesto a las ganancias sino que es su obligación hacerlo...”.

Al respecto, entiendo que deben efectuarse dos consideraciones.

En primer lugar y, tal como surge de esa nota, tales consideraciones no son de carácter obligatorio para el Ministerio Público Fiscal. Es más, de forma expresa se sostuvo que “... la ley reglamentaria [24.946] pone en cabeza del Procurador General de la Nación y del Defensor General de la Nación, cada uno en su respectiva área, el gobierno y la administración general y financiera del Ministerio Público (art.21)”. De hecho como se expuso precedentemente, la regulación del tributo es de carácter facultativo y coordinado con el Poder Judicial de la Nación.

Por otra parte, en virtud del tratamiento efectuado en el marco del oficio 199/13 por parte de funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no deja lugar a dudas que la cuestión relativa al pago del impuesto a las ganancias por parte de funcionarios del Ministerio Público no es materia de controversia penal. Ello, toda vez que ante tal escenario si luego del exhaustivo estudio de dicha normativa se hubiese considerado la posibilidad de la comisión de un ilícito penal por parte de la Procuradora General de la Nación, éste hubiese sido denunciado.

En conclusión, entiendo que los hechos relatados en la presentación de Juan Ricardo Mussa no resultan constitutivos de un ilícito penal que habiliten la iniciación de una investigación a su respecto.

Por todo ello, es que;

RESUELVO:

DESESTIMAR la presente denuncia por inexistencia de delito (art. 180, último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación).

Notifíquese, regístrese y firme que sea archivese.

Ante mí:



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL 4
CFP 2612/2013

En de 2013, notifiqué al Fiscal Federal. Firmó. Doy Fe.