

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

CONTESTA VISTA - SOLICITA DESESTIMACIÓN

Señor Juez:

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

DIEGO A. IGLESIAS, Fiscal Federal a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 10, me presento ante V.S. en la causa n° CFP 1/2015 caratulada "*Gils Carbó, Alejandra s/ incumplimiento de autoridad y violación de los deberes del funcionario público. (art. 249)*" del registro de la Secretaría n° 7 del Juzgado a vuestro digno cargo, y digo:

I. Se me corre vista en los términos del artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación, con motivo de las denuncias formuladas por SANTIAGO NICOLÁS DUPUY DE LOME, JUAN RICARDO MUSSA y JOSÉ LUCAS MAGIONCALDA ante la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y la Comisaría 5ª de la Policía Federal Argentina, contra la Procuradora General de la Nación, doctora ALEJANDRA GILS CARBÓ, por la comisión de los delitos de abuso de autoridad, nombramientos ilegales y cohecho, entre otros.

Previamente y a los efectos de dictaminar, esta representación del Ministerio Público Fiscal solicitó la producción de distintas medidas para mejor proveer, a lo que V.S. hizo lugar, agregándose su resultado a fojas 44/110, 160/172 y 208/281.

Habiendo realizado un exhaustivo análisis de la cuestión traída a estudio y de las piezas mencionadas, adelanto que solicitaré la desestimación por no constituir delito los hechos denunciados (conf. último párrafo del citado artículo 180), por los motivos que expondré a continuación.

II. Introducción

Preliminarmente, y a los efectos de realizar una reseña de la cuestión traída a estudio, cabe recordar que a través de la sanción de la ley 27.063 (promulgada el 9 de diciembre de 2014) se aprobó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional, derogándose en consecuencia el régimen establecido por la ley 23.984.

El artículo 3° de la norma pospuso su implementación al disponer que: "*El Código aprobado en el artículo 1°, entrará en vigencia en la oportunidad que establezca la ley de implementación correspondiente, la que deberá contener las previsiones orgánicas pertinentes tanto con relación a los órganos jurisdiccionales*

como a aquellos otros encargados de su aplicación”, para lo cual se creó en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (artículo 7°).

Paralelamente, el artículo 8° de la ley instituye: “*Apruébase el inicio de un programa de capacitación y fortalecimiento básico de las fiscalías de primera instancia nacionales y federales, fiscalías generales y defensorías generales, que se agrega como Anexo II y que es parte integrante de la presente ley, con el fin de capacitar y dotar al Ministerio Público, de los recursos humanos mínimos indispensables para afrontar la futura tarea de implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*”.

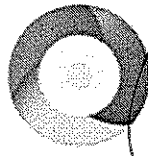
El anexo II -compuesto por 37 artículos- establece un Programa de Capacitación, la creación de distintos cargos de funcionarios y empleados, como así también la creación de diecisiete Fiscalías Generales y veinte Defensorías Públicas Oficiales, con los correlativos cargos de Magistrados. Así se estableció también la representación del Ministerio Público ante la Cámara Nacional de Casación Penal, supliendo la omisión de la ley 26.371.

Sobre esa base, el 22 y 29 de diciembre de 2014, la señora Procuradora General de la Nación dictó las resoluciones MP 3223, 3260, 3261, 3262, 3263, 3264, 3265, 3266, 3267, 3270 y 3272/2014 habilitando las fiscalías mencionadas a partir del día 2 de febrero de 2015 y designando Fiscales Generales para subrogarlas. Al mismo tiempo, se convocó a los respectivos concursos públicos de oposición y antecedentes para cubrir los cargos habilitados (resoluciones PGN 3226, 3283, 3284 y 3285/14).

Sin embargo, esas dependencias no llegaron a ponerse en funcionamiento ya que a raíz de distintos procesos de amparo interpuestos ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, se suspendieron cautelarmente los efectos de las resoluciones mencionadas, hasta tanto se dicte sentencia definitiva o se cumpla el plazo de tres meses previsto en la ley 26.854 (fojas 44/106 y 160/172).

Para así resolver, el titular del Juzgado de FERIA, doctor ESTEBAN CARLOS FURNARI, consideró -con los alcances limitados del proceso cautelar- que *prima facie* la creación orgánica de fiscalías no se encontraría vigente, por lo que no puede llevarse a cabo su habilitación y puesta en funcionamiento, lo que implica que las resoluciones habrían sido dictadas sin que la ley lo haya habilitado expresamente.

Asimismo, señaló la *ausencia de motivación* que permitiera justificar los actos administrativos a partir del programa de capacitación estipulado por el legislador, ya que su implementación anticipada carece de razonabilidad.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPUBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

Por el contrario, se descartó la medida cautelar respecto de las resoluciones MP 3252 y 3256/14 (mediante las cuales se asignó a los doctores GÓMEZ BARBELLA y ZONI para cumplir funciones en las Fiscalías n° 5 y 8 del Fuero respectivamente) por cuanto no se advertía la configuración de un verdadero supuesto de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, ya que a través de las mismas no se habilitaron nuevos órganos del MPF (ver resolución de fecha 23/01/2015 dictada en la causa n° 2/2015 caratulada “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN - Procuración General de la Nación y otros s/ amparo ley 16.986”, a la que remiten los demás procesos).

Este resolutorio fue luego convalidado por los integrantes de la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal al no advertir argumentos que permitan controvertir lo decidido por el Juez de grado, señalando además que la verosimilitud del derecho se corrobora ante el apartamiento del procedimiento habitual de creación y habilitación de órganos judiciales de varias etapas sucesivas.

Se indicó, asimismo, la falta de afectación del interés público en la medida que se preservaba la voluntad del legislador y se trataba de actos de alcance individual (ver resolución obrante en el sitio web CIJ).

Por su parte, de modo contemporáneo, los aquí denunciantes escogieron la vía penal para cuestionar la licitud de aquellas resoluciones, lo que se vio plasmado a través de las tres denuncias que suscitaran la intervención de distintos Juzgados de este Fuero, hasta que por cuestiones de conexidad objetiva y subjetiva se acumularon en este expediente.

III. Los hechos denunciados

En oportunidad de recibírsele declaración testimonial, DUPUY DE LOME denunció la designación de Fiscales subrogantes en el ámbito de la Capital Federal “violando todas las normativas jurídicas”, que habrían sido realizadas sin acuerdo del Senado o bien en otras Fiscalías a las asignadas.

Señaló que “el nuevo Código Procesal Penal, aún no está en vigencia y por ende no puede nombrarlos como subrogantes en estas fiscalías. Así también malversando caudales públicos que fueron asignados por decreto a la Procuración General...está en todos los diarios y es de público conocimiento todos los fiscales que nombraron, tales como Gómez Barbella en la Fiscalía Federal n° 5, los Dres. Palazzani y Osorio fueron nombrados fiscales de Cámara junto con el Dr. Moldes. También, el Dr. Iglesias en la Fiscalía Federal n° 10 y en la UFISES...y el Dr. Zoni en la Fiscalía Federal n° 8...” (fojas 2).

Asimismo, se encuentra agregada la denuncia realizada por MUSSA, en la cual -tras enumerar distintos artículos de la Carta Magna, de la ley 26.861 y del Código Penal de la Nación- señaló la existencia de un plan para *“encubrir a los funcionarios públicos de todos los delitos que se cometen”*, en cuyo marco la Procuradora General de la Nación habría nombrado fiscales en forma totalmente irregular. Luego de esa mención, transcribió un artículo publicado en el Diario La Nación respecto a una *“estrategia judicial y política para contrarrestar las designaciones que realizó la Procuradora”* (fojas 20/21).

Finalmente, se presentó MAGIONCALDA -apoderado de la Asociación Civil Ciudadanos Libres por la Calidad Institucional- denunciando a la Procuradora General de la Nación por el delito de abuso de autoridad, al poner en funcionamiento los cargos creados en el Anexo II de la ley 27.063 y la designación *“ilegal e inconstitucional”* de fiscales subrogantes para cubrir nuevas Fiscalías.

En tal sentido, hizo referencia a las diez resoluciones dictadas el 29 de diciembre de 2014, señalando que los cargos creados por la ley 27.063 obedecen a las necesidades que el Ministerio Público Fiscal pudiera presentar respecto de la implementación del nuevo Código y no respecto del que rige en la actualidad.

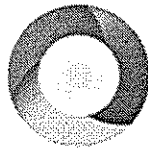
Concluye que la intención de estas designación es *“hacer intervenir a los fiscales recién designados en la aplicación del Código que actualmente se encuentra en vigencia”*, en violación al procedimiento de designación previsto en la ley 24.946.

Agrega que la designación de fiscales subrogantes es ilegal e inconstitucional, pero además aquel procedimiento no resulta aplicable al caso en la medida en que no existen cargos para ser reemplazados.

Finalmente, ratificó que el móvil de todas estas designaciones sería *“la necesidad de alinear a los fiscales, detrás de un régimen que garantiza impunidad a los gobernantes y que ahora pretende persecución judicial a sus detractores”* (fojas 111/115 y 121).

IV. Análisis de la cuestión

Si bien de las denuncias realizadas se desprenden imputaciones genéricas y una mera enumeración de diversas calificaciones legales, carentes de toda fundamentación que permita evaluar su adecuación a los tipos penales propuestos, lo cierto es que la gravedad de los sucesos referidos y sus implicancias, obligan al suscripto a profundizar el análisis de la cuestión para evitar un pronunciamiento prematuro.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

Es por ello que esta representación del Ministerio Público consideró necesario la incorporación al sumario de distintas constancias como medida previa, a los efectos de evaluar la pertinencia de instar la acción penal a través de un dictamen fundado -con claridad, precisión y especificación de la relevancia jurídico penal- de los hechos denunciados (fojas 15).

En línea con ello y a los efectos de dar una acabada respuesta a la cuestión traída a estudio, habré de incorporar al análisis de las conductas denunciadas aquellos elementos de interés que surgen de los planteos realizados ante el fuero Contencioso Administrativo Federal por representantes de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, de la Asociación SERÁ JUSTICIA y distintos legisladores nacionales (fojas 44/106 y 160/172).

Corresponde señalar, con carácter preliminar, que en el marco de este dictamen se analizará la posible adecuación de los hechos denunciados en las distintas figuras penales, sin adentrarnos en el análisis de la validez de los actos administrativos y sus requisitos esenciales, en la medida que aquella cuestión resulta ajena a la competencia de este fuero y se encuentra siendo analizada en el marco de los procesos contencioso administrativos actualmente en trámite.

Y en tal sentido, adelanto que no advierto la comisión de delito alguno a partir de los hechos traídos a estudio, en la medida en que el dictado de las resoluciones aquí cuestionadas no constituye en *sí mismo* un acto ilícito, como así tampoco se verifica la existencia de la finalidad criminal alegada por los denunciantes.

De modo previo, considero necesario remarcar la vigencia de la aclaración formulada en el punto II del dictamen de fojas 15 puesto que, transcurridos dos meses desde la formulación que la motivara, DUPUY DE LOME no se ha presentado como parte en este expediente, por lo que continúa verificándose la ausencia de legitimación procesal para efectuar un planteo de esa índole.

Entonces, a fin de dar debida respuesta a las alegaciones de los denunciantes, habré de analizar -en la medida de lo posible teniendo en cuenta las carencias señaladas en las denuncias realizadas- cada una de las distintas imputaciones formuladas en las presentaciones que dieran origen a estas actuaciones.

Para ello, habré de ordenar el examen abordando en una primera etapa la designación de estos fiscales como subrogantes, para luego analizar si la habilitación dispuesta respecto de las fiscalías generales resulta merecedora de reproche penal.

IV.a. La designación de fiscales subrogantes

Corresponde entonces comenzar analizando si tales designaciones fueron realizadas por quien posee autoridad suficiente para emitirlas en el marco de la normativa vigente, como así también si los magistrados sobre los que recayeran reúnen los requisitos legales, a los efectos de examinar el tipo penal que resultaría aplicable a los hechos denunciados.

En este sentido, los artículos 5° y 6° de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP) establecen el procedimiento mediante el cual se designa a los magistrados que lo integran, caracterizándose por tratarse de concursos públicos de oposición y antecedentes, que garantizan la transparencia, objetividad e igualdad de oportunidades.

De modo excepcional, la ley prevé el reemplazo transitorio de fiscales, para lo cual el artículo 11 dispone: *“En caso de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia, los miembros del Ministerio Público se reemplazarán en la forma que establezcan las leyes o reglamentaciones correspondientes...”*.

Ante la falta de previsión legislativa, la cuestión fue regulada a través de sucesivas reglamentaciones dictadas por la Procuración General de la Nación, plasmadas en las resoluciones PGN 13/98, PGN 35/98, MP 128/02 y PGN 72/07.

Aquellas se dictaron en el marco de las facultades propias del Procurador General como jefe máximo del Ministerio Público Fiscal, entre las que se encuentra la de: *“II) Ejercer la superintendencia general sobre los miembros del Ministerio Público Fiscal, dictar los reglamentos e instrucciones generales para establecer una adecuada distribución del trabajo entre sus integrantes; sus respectivas atribuciones y deberes; y supervisar su cumplimiento”* (artículo 33 de la LOMP).

Sin embargo, es de público conocimiento y me consta que el trámite que conllevan estos complejos procesos de selección, muchas veces implican que las representaciones del MPF queden vacantes por largos periodos de tiempo, motivo por el cual la omisión de proveer un reemplazo adecuado puede impedir que se cumpla acabadamente con el rol que le cabe a este Ministerio Público en las distintas instancias.

Aquellas circunstancias fueron especialmente puestas de manifiesto por el anterior Procurador -doctor ESTEBAN RIGHI- en los considerandos de la resolución PGN 72/07, señalándose la necesidad de proveer un régimen adecuado para la cobertura de cargos mientras se sustancian los concursos públicos, evitando sobrecargar las labores del tareas de otros magistrados del MPF que deben cumplir funciones en dos dependencias de modo simultáneo.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPUBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

En consecuencia, a través de esta resolución –PGN 72/07- se estableció que “*los fiscales generales ante las cámaras, podrán ser subrogados indistintamente por los demás fiscales ante las cámaras o por los fiscales generales ante los tribunales orales*”, correspondiendo entonces su nombramiento al Procurador General de la Nación (tal como surge en sentido análogo del artículo I.6 de la resolución MP 164/99).

En ese sentido, tanto el doctor RIGHI como la doctora GILS CARBÓ, dictaron numerosas resoluciones designados fiscales generales subrogantes para cubrir las distintas vacantes que se fueron produciendo, pudiendo citarse a modo de ejemplo las resoluciones MP 42/08, 5/10, 85/11, 906/12, 1724/13, 1258/14 y 1482/14, entre muchas otras.

Resulta necesario recordar que el sistema de subrogancias es la herramienta que permite a la Procuración General -al igual que ocurre respecto de los jueces en el Consejo de la Magistratura- “*adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia*” (Fallos: 330:2361), en particular cuando la ausencia se debe a la vacancia permanente de su titular y el razonable tiempo que acarrearán los procesos de designación.

Es importante señalar que la totalidad de magistrados designados en calidad de subrogantes para los cargos creados por la ley 27.063 (con excepción de los doctores SENESTRARI y SACCONI), ya cumplían funciones como Fiscales Generales en las respectivas jurisdicciones, por lo que su nombramiento se ajusta estrictamente a lo prescripto en la resolución PGN 72/07.

Respecto a estos dos magistrados mencionados, del informe presentado por la Secretaría Disciplinaria, Técnica y de Recursos Humanos de la PGN surgen claramente las razones que motivaron su designación, fundadas en que elegir otros Fiscales Generales hubiera implicado apartarse de los fines tenidos en mira por el legislador al disponer la adecuada distribución del trabajo entre Fiscales (ver fojas 246/251). Criterio sostenido con anterioridad por el doctor RIGHI en los fundamentos de la resolución mencionada precedentemente y que se adecúa al orden de prelación establecido en el segundo párrafo del artículo 11 de la LOMP.

Asimismo, y si bien no fue requerido por haberse incorporado con posterioridad al objeto procesal de esta causa, se verifica la misma situación respecto de los magistrados designados por la resolución MP 3270/14. Ello, por cuanto el doctor ABRALDES ya se venía desempeñando como Fiscal General ante esa misma Cámara (resolución MP 815/13), mientras que el doctor FISZER hacía lo propio en la Fiscalía n° 16 ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal (resolución MP 95/11).

De lo expuesto se colige claramente que la designación de esos fiscales como subrogantes se encuentra dentro de las facultades propias de la Procuradora General de la Nación como cabeza del MPF y en cumplimiento de las normas reglamentarias del régimen de subrogancias establecido en el artículo 11 de la LOMP. Criterio conteste con lo dictaminado por este Ministerio Público en el expediente n° 48084/2013 “s/ Prevaricato (*Lesa Humanidad*) D’Amico Jorge Alberto”, con intervención de la Fiscal General a cargo de la Oficina de Derechos Humanos del MPF, Sección Judicial Santiago del Estero, doctora INDIANA GARZÓN.

Por lo demás, la elección de aquellos magistrados por sobre otros que se encontraban en iguales condiciones, constituyen una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia ajena a la órbita de este Poder del Estado.

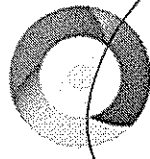
Del mismo modo, la designación de los doctores GÓMEZ BARBELLA y ZONI se encuadra dentro de las facultades previstas para la Procuradora General en el artículo 15 de la LOMP, en la medida en que se realizó el traslado horizontal con su conformidad y respetando su jerarquía.

En tal sentido, existen numerosos antecedentes en el ámbito del Ministerio Público en que se dispusieron medidas similares (tal como surge de las resoluciones MP 61/05, 1776/13, 2233/13 y 2634/13 remitidas, entre muchas otras, y en sentido análogo en el Ministerio Público de la Defensa, resoluciones 1297/12, 1472/13 y 1055/14, entre otras), en tanto la norma no establece la intervención del Poder Ejecutivo o del Senado en el proceso, sin que ninguno de esos actos haya recibido cuestionamiento alguno. Situación que también se verifica en la designación del suscripto como subrogante de esta Fiscalía (resolución MP 2968/14).

Entiendo entonces que, más allá de las infundadas críticas esbozadas por los denunciantes, lo cierto es que el procedimiento empleado en todos estos casos para la selección de los magistrados destinados a cubrir las distintas Fiscalías se corresponden con aquel que se viene desarrollando en numerosas situaciones análogas en las que se advirtió la necesidad de garantizar la actuación del MPF ante los distintos Tribunales (tanto por la actual Procuradora General como por los anteriores, como se desprende de los antecedentes acompañados) para garantizar la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, conforme lo establece el artículo 120 de la Constitución Nacional.

IV.b. El delito de nombramientos ilegales

Corresponde entonces analizar si las designaciones realizadas encuentran adecuación típica en el delito de nombramientos ilegales, previsto en el



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

artículo 253 del Código Penal de la Nación, por tratarse de un tipo penal específico dentro de la figura del abuso de autoridad.

Señala la doctrina que para que resulte aplicable la figura en cuestión: *“La designación o proposición tienen que estar comprendidas dentro de la competencia del funcionario que las realiza y ser llevadas a cabo con las formalidades legales, recayendo sobre una persona en quien no concurríeren los requisitos legales para ocupar el cargo”* (Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Astrea: Buenos Aires, 1998, Tomo 2, p. 262).

Este último concepto lo define DONNA, relacionándolo con la *capacidad de derecho*: *“Los requisitos legales son las condiciones personales establecidas por la ley o el reglamento atenido a ella que debe llenar la persona para ocupar el cargo público, tales como la nacionalidad, la edad, la residencia, etcétera, sin que quepa computar dentro de tal concepto a la idoneidad de la persona para desempeñar el cargo”* (Autor citado. *Derecho Penal. Parte Especial*. Rubinzal-Culzoni Editores: Santa Fe, 2001, Tomo III, p. 190).

En el caso de los Fiscales Generales, los requisitos en cuestión se encuentran previstos en el artículo 7°, segundo párrafo, de la LOMP, estableciéndose: *“se requiere ser ciudadano argentino, tener treinta (30) años de edad y contar con seis (6) años de ejercicio efectivo en el país de la profesión de abogado o de cumplimiento —por igual término— de funciones en el Ministerio Público o en el Poder Judicial con por lo menos seis (6) años de antigüedad en el título de abogado”*.

Conforme surge de la documentación aportada por la Secretaría Disciplinaria, Técnica y de Recursos Humanos ya citada, la totalidad de magistrados designados cumple con los requisitos establecidos, lo que resulta evidente pues -como se señaló- se venían desempeñando como Fiscales Generales en otras dependencias del MPF y fueron designados de conformidad con las leyes vigentes al momento de su nombramiento, sin que hayan recibido cuestionamiento alguno en esas oportunidades. Lo mismo se advierte respecto del doctor SENESTRARI, quien fuera designado Fiscal Federal de primera instancia en el año 2006 (Decreto 508/2006).

En lo que respecta a la posible crítica sobre la idoneidad o las opiniones de quienes fueron designados en tal carácter, no corresponde su análisis por parte de los órganos judiciales, en la medida que la designación de todos ellos ha sido realizada para los distintos cargos que ocupaban antes conforme el procedimiento establecido por el artículo 5° de la ley 24.946 (o bien conforme el procedimiento legal anterior a la sanción de la aquella ley).

Todo esto permite concluir palmariamente que no resulta posible subsumir el supuesto de autos dentro de la figura penal señalada, por reunirse los requisitos mínimos del aspecto objetivo.

En cuanto a la designación de los doctores ZONI y GÓMEZ BARBELLA, la cuestión se encuentra fuera de discusión por cuanto los cargos en que fueron designados no poseen requisitos distintos de aquellos para los cuales fueran primigeniamente nombrados mediante los decretos 2556 y 889/2014 respectivamente (artículo 7º, tercer párrafo, de la LOMP).

Lo dicho hasta aquí permite descartar de lleno la existencia de cualquier tipo de irregularidad o ilegalidad en el dictado de las resoluciones MP 3252 y 3256/14, por cuanto fueron dictadas conforme las facultades propias de la Procuradora General de la Nación, designándose a magistrados que reúnen la totalidad de requisitos legales para el cargo y han sido designados oportunamente por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado.

IV.c. Las Fiscalías Generales creadas a partir de la ley 27.063

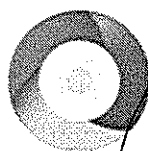
Descartada ilicitud en las designaciones de los fiscales de referencia, corresponde ahora analizar si la habilitación de Fiscalías Generales dispuesta en esas resoluciones resultan *“contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales”*, conforme requiere el aspecto objetivo del tipo penal contenido en el artículo 248 del Código Penal.

Lo cierto es que como se señaló al inicio, no se trata de debatir aquí si las resoluciones en cuestión se ajustan a las exigencias que debe reunir el acto administrativo o si están dotadas de validez suficiente conforme las exigencias de la normativa administrativa, sino de corroborar -tal como ha sido señalado por los denunciantes- la existencia de un apartamiento deliberado y manifiesto de la ley 27.063 con relevancia jurídico penal.

Y es aquí donde deben separarse las cuestiones.

Pues los distintos magistrados que intervinieron en el fuero Contencioso Administrativo señalaron -con el carácter provisional, preliminar y de probabilidad que caracteriza al proceso cautelar- la existencia de un vicio en la *motivación* de los actos administrativos y sus falencias desde esa órbita. Sin embargo, no hicieron referencia alguna a su carácter delictivo o la vinculación de estos con una hipótesis ilícita más amplia.

La posible comisión de un delito no fue señalada ni por los dos jueces de primera instancia que intervinieron en el dictado de las medidas cautelares y



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

precautelares, ni por los tres Jueces de Cámara que hicieron lo propio en la instancia revisora.

Es que la falta de validez del acto en la órbita del derecho administrativo, no implica de modo alguno la acreditación del tipo penal. Si así fuera, todo acto atacado en sede judicial debería acarrear el consiguiente proceso penal y, del mismo modo, toda sentencia judicial revocada, conllevaría una denuncia por prevaricato.

Lo antes dicho de modo alguno implica una intromisión en aquellas cuestiones juzgadas en el ámbito contencioso administrativo, puesto que lo resuelto en el marco de los procesos de amparo, encuentran sustento en el rigorismo formal propio del derecho administrativo y ajeno al penal.

Además, el criterio aquí sostenido resulta conteste con el análisis efectuado por quienes interpusieron las acciones de amparo antes referidas, en la medida en que escogieron la vía contenciosa para cuestionar los actos en la inteligencia de que se trata de una cuestión que debe ser resuelta en esa órbita. En ningún momento se señaló en aquellas presentaciones la existencia de una conducta delictiva o de un plan ilícito. Es más, de haberse advertido, teniendo en cuenta el carácter de funcionarios públicos de algunos de los actores, debería haber sido denunciado, circunstancia que nunca ocurrió.

Por el contrario, los aquí denunciantes han escogido la vía penal para canalizar su disconformidad con las resoluciones adoptadas, lo cual puede entenderse si se tiene en cuenta que carecerían de legitimación procesal para impugnarlas a través de las acciones judiciales pertinentes. Sin embargo, ello no habilita a disponer la apertura del proceso penal sobre la base de una hipótesis carente de todo sustento fáctico y que resulta incongruente con la normativa señalada.

Es que, la simple disconformidad con la decisión adoptada por quien ejerce la máxima autoridad dentro de la estructura del MPF, no puede configurar en ningún caso el uso abusivo de las funciones confiadas por la legislación vigente, pues de lo contrario cualquier decisión que afecte los intereses de un tercero configuraría la figura típica.

Como ha señalado la jurisprudencia, las disconformidades con las resoluciones administrativas adoptadas no pueden ser tratadas por lo menos por esta vía jurisdiccional, pues resultan ajenas al derecho penal, dadas las características que presenta el tema puesto a consideración, por su carácter de *última ratio* (CCC, Sala IV, “Marambio Avaria, Alejandro”, rta. el 02/07/2010, LL 2010-E, 620).

Y aún más, haciendo eco de la cita de jurisprudencia internacional efectuada por los Defensores Oficiales, doctores HERMIDA, PLAZAS y FINN: “*El delito*

de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..." (Tribunal Supremo de España, sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Y en sentido análogo se ha dicho que resultan ajenos los cuestionamientos atinentes al derecho administrativo cuando "*las resoluciones dictadas por la Comisión y su cumplimiento no resultan en manifiesta oposición con preceptos claros y terminantes de las leyes, toda vez que no resulta éste el fuero que deba decidir sobre cuál es la norma que debe aplicarse*" (CCCCF, Sala I, causa n° 32.937 "Fretes, Guillermo s/ archivo", rta. el 10/08/2001).

Lo cierto es que tal *manifiesta oposición* requerida en el tipo penal no se advierte en el caso bajo estudio, pues los distintos cargos cuya habilitación dispuso la Procuradora fueron creados a través de la ley 27.063, sin que esas resoluciones hayan establecido otros no contemplados en la ley o modificado su competencia, circunstancia que difiere de aquella analizada en el marco de la causa n° 3349/13.

Justamente, la misma norma puso en cabeza de la Procuradora General el deber de "*adoptar las medidas necesarias para la cobertura de los cargos previstos por esta ley y para el cumplimiento de los demás efectos derivados de su implementación*" (artículo 35 del Anexo II).

Recuérdese que a través de esta norma se buscó equiparar la cantidad de Fiscalías Generales ante las respectivas Cámaras de Apelaciones con la cantidad de Salas de cada una de ellas (excepto en la Cámara Federal de esta ciudad y la de Tucumán). Resulta lógico entonces suponer la necesidad de adoptar las medidas tendientes a garantizar la actuación de los Ministerios Públicos ante aquellos Tribunales que ya se encontraban funcionando, pues de mantenerse la representación actual, se atentaría contra la finalidad tenida en cuenta por el legislador de distribuir adecuadamente la carga de trabajo.

Pero además, la habilitación de esas fiscalías se adecúa palmariamente a la intención que tuvo el Poder Ejecutivo Nacional al elevar el proyecto de ley, que quedó plasmado en el mensaje remitido: "*no existen Fiscalías ni Defensorías suficientes para atender las necesidades que genera actualmente el sistema de enjuiciamiento penal en la instancia de impugnación ordinaria, más aun a partir de la sanción de la Ley N° 26.374 (...) Este proyecto representa, en definitiva y más allá*



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

de las inexorables acciones de implementación que demandará la instauración del nuevo régimen procesal, un fortalecimiento inicial e indispensable sobre las estructuras actuales del Ministerio Público, con miras a dotarlo de herramientas que en lo inmediato adecúen su funcionalidad y capacidad de trabajo a un escenario venidero de mayores exigencias institucionales...”

Tal es así que la cuestión de la inmediata aplicación del Anexo II de la ley aprobada fue traída a consideración por senadores y diputados durante el debate parlamentario, a punto tal que algunos de ellos cuestionaron su aplicación de forma previa a la entrada en vigencia del nuevo código, pese a lo cual el proyecto fue aprobado por mayoría con su redacción inicial (ver versiones taquigráficas del Honorable Senado de la Nación del 19 de noviembre de 2014 y de la H. Cámara de Diputados del 4 de diciembre del mismo año).

Es por ello que entiendo que mal puede considerarse que la señora Procuradora General se haya apartado manifiestamente de la norma en cuestión, cuando la interpretó del mismo modo en que lo hicieron los dos poderes que por mandato constitucional intervienen en el proceso de formación de las leyes.

Pero además por la claridad del artículo 8° de la ley -que no contempla posponer la entrada en vigencia del Anexo II-, tampoco puede sostenerse que el artículo 3° haya tácitamente previsto tal solución, pues ello implicaría apartarse de unas de las pautas interpretativas de mayor arraigo en la doctrina de la CSJN “conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos: 312:1614 y 330:304, entre otros).

Entonces, y sin intención de adentrarme en la cuestión ventilada en los procesos de amparo que actualmente tramitan en el fuero contencioso, me inclino por sostener que esta es la interpretación correcta de la norma y que se compadece con la intención del legislador, pues no requiere forzar su letra ni incorporar otros elementos para comprender acabadamente la misión puesta en cabeza de la Procuradora General de la Nación.

En consecuencia, luego de analizar el contenido de las denuncias y los informes colectados, creo que nos encontramos frente a una cuestión de derecho que no requiere la producción de prueba adicional que amerite la apertura del proceso penal. Ello en línea con lo señalado en cuanto a que cuando la descripción del hecho resulta suficiente para concluir en su atipicidad, esto es, su falta de adecuación a cualquier delito tipificado en el Libro II del Código Penal o en leyes especiales,

corresponde la desestimación del caso sin dar inicio a la investigación (D'Albora, Francisco J. *Código Procesal Penal de la Nación*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1996, segunda edición corregida, ampliada y actualizada, p. 234/5).

IV.d. El alegado plan de encubrimiento

Sentado cuanto antecede, queda claro que las distintas resoluciones dictadas por la señora Procuradora General no constituyeron actos ilícitos *en sí mismos*, descartándose la posible comisión de los tipos penales indicados en las denuncias. Sin embargo, y con la intención de dar respuesta acabada a las críticas que formularon quienes con sus presentaciones dieran inicio a este expediente, resta analizar la invocada existencia de una finalidad delictiva que habría tenido el dictado de dichas resoluciones.

Es que el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 248 del Código Penal abarca un aspecto objetivo -que en la forma mencionada, comprende el dictado de un acto que debe ser contradictorio con el ordenamiento jurídico- y un aspecto subjetivo, que implica el conocimiento de la ilegalidad y un *plus subjetivo* -el autor debe tener la voluntad de oponerse a la ley-.

En este sentido señala DONNA que “*como abuso debe entenderse los actos u omisiones del funcionario que violan la Constitución o las leyes de una manera dolosa. Ambos extremos no pueden separarse en esta explicación previa, ya que si no existe la intencionalidad de violación del orden jurídico no podrá haber abuso*” (Ob. cit., p. 163). De tal modo, “*el agente debe adoptar una conducta inspirada en el expreso e intencionado propósito de eludir el cumplimiento de deberes y obligaciones integrativas de su responsabilidad funcional*” (Villada, Jorge Luís. *Delitos contra la función pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 226).

Sin embargo, entiendo que las hipótesis traídas a estudio por los denunciantes carecen de todo sustento fáctico y probatorio que permitan acreditarlas, tratándose más bien de meras conjeturas que si bien podrían servir como material para alguna publicación periodística, de ningún modo tienen entidad, por sí solas, para dar inicio a una investigación penal.

Es que no existe elemento alguno que seriamente permita sospechar la posible existencia de un plan para “*encubrir a los funcionarios públicos de todos los delitos que se cometen*”, de “*alinear fiscales*” o de “*hacer intervenir a los fiscales recién designados en la aplicación del Código que actualmente se encuentra en vigencia*”. Circunstancia que adquiere mayor relevancia ante la gravedad de la hipótesis denunciada.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

Las resoluciones dictadas, a mi criterio, lejos de evidenciar el objeto un plan ilícito, se adecúan a la intención del legislador de garantizar -a través de una adecuada distribución de las tareas- la persecución penal y la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad en un nuevo contexto del sistema acusatorio y adversarial, en el que el MPF ha adquirido un rol preponderante.

Es que las características del nuevo ordenamiento, tal como señala ALEJANDRO TAZZA, “...adscriben a las propias del referido sistema acusatorio. Esto implica la consagración de ciertos principios que son las aristas distintivas de este nuevo orden procesal. En tal sentido, la oralidad, la publicidad, la contradicción, la concentración, la inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización, se suman a la igualdad entre las partes procesales como aspectos característicos que se destacan en el sistema acusatorio (...) se consagra también como uno de los pilares principales de esta hermenéutica procesal, la actividad del Ministerio Público Fiscal como el órgano encargado de llevar adelante la instrumentalización de la investigación judicial frente a la presunta comisión de un hecho delictivo, colocando a la agencia judicial en posición de un órgano de contralor de garantías constitucionales en todo ese trayecto procesal” (“El nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *La Ley*, 15/12/2014).

Frente a la carencia de prueba alguna, o indicio de cómo reunirla, y habiéndose recabado la totalidad de antecedentes necesarios para un acabado conocimiento de la cuestión sobre la que debo dictaminar, queda claro que no surge elemento alguno que permita cuanto menos sospechar la existencia de la hipótesis sostenida.

Continuar indagando en procura de una hipótesis que no puede ser corroborada dado la manifiesta atipicidad de los hechos, atentaría contra los fines propios de la persecución penal. Pues esto implicaría requerir la instrucción sobre la base de una imputación genérica, carente de un análisis concreto sobre su desarrollo, que nos llevaría a lo que se ha dado por llamar una “*excursión de pesca*”, ajena a la objetividad y seriedad que debe guiar al proceso penal.

Es por ello que justamente se ha señalado que “*La simple suposición de un delito no autoriza a formular denuncia, pues la ley requiere que el denunciante haya presenciado dicha comisión o tenga conocimiento de su perpetración por otro medio, ofreciendo así las necesarias garantías de seguridad y seriedad como para disponer la instrucción del sumario en base a suponer verosímiles los hechos contenidos en la denuncia. Sería sumamente peligroso instruir sumarios en base a denuncias fundadas en hechos puramente imaginarios o simplemente supuestos, porque con ello, además del perjuicio injustamente producido a las personas implicadas, podría darse lugar a que la denuncia se transformara en medio eficaz de*

persecución para satisfacer bajos sentimientos de venganza o lucro como consecuencia de la intolerancia que tanto ofusca y perturba a los espíritus" (CCCF, Sala I, c/nº 30.041, reg. nº 701, rta. el 27/08/98).

Sentado cuanto precede, no puedo más que concluir en la ausencia de conducta alguna merecedora de reproche penal en el dictado de las resoluciones aquí cuestionadas. Por el contrario, en mi opinión aparecen como respuesta necesaria para el acabado cumplimiento a la norma dictada por el Poder Legislativo.

V. Consideraciones finales

Sin perjuicio de que ya del análisis hasta aquí efectuado se impone concluir en la inexistencia de delito en las conductas denunciadas, existen demás razones que impiden dar inicio a una investigación penal y que merecen una, aunque menor, referencia.

Es que de las denuncias surge una descripción y valoración sobre el escenario político actual y, más precisamente, sobre la actuación de la señora Procuradora General de la Nación como cabeza del MPF, que exceden el marco de una instrucción penal y que corresponde que sean debatidas en los foros políticos e institucionales previstos a tal fin, pero no en los estrados de los tribunales penales, cuyo conocimiento debe limitarse a las "causas" contempladas en el artículo 116 de la Carta Magna.

Lo contrario implicaría convalidar el hecho de que se recurra al fuero penal para la judicialización de conflictos ajenos a su esfera, lo que no puede de modo alguno admitirse pues este posee una naturaleza jurídica de subsidiariedad o *última ratio* frente a hechos típicos concretos.

Así lo ha resuelto la Cámara de Apelaciones del fuero al asegurar que: *"Para que la intervención del ius puniendi resulte constitucionalmente válida, es preciso su necesidad, en el sentido de una intervención mínima o como última ratio para la solución del conflicto..."* (CCCF, Sala I, causa nº 28.398, rta. el 10/05/06).

También cabe traer a colación aquello que sabiamente señalaran MOLINARIO y OBARRIO: *"En la práctica, cuando no se sabe bien qué imputar, pero se busca imputar algo delictivo, se habla de abuso de autoridad, es decir de este artículo 248 y, si no, de incumplimiento de los deberes de funcionario público"* (Autores citados, "Los Delitos", Ed. Tea, Bs. As., 1999, Tomo III, pág. 343; citado en CCC, Sala VI, "Homos, Roberto y otros", rta. el 19/09/2007, La Ley Online AR/JUR/6399/2007).



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

En este orden de ideas, comparto aquello que fuera señalado en un fallo recientemente por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7, doctor SEBASTIÁN CASANELLO, en cuanto a que: *"La frivolidad de los expedientes penales tiene un efecto paradójico: decir que todo es delito es el equivalente lógico-socialmente muy disvalioso, por cierto- a decir que nada lo es"*.

Entonces, si las constancias incorporadas al legajo conducen -como ocurre aquí- a la desestimación de la denuncia, resulta inadmisibles que, únicamente por la gravedad de los hechos que constituyen el objeto procesal, se proceda, de todos modos, a la apertura de una investigación penal, con todas las consecuencias que ello implica -*per se*- para quien está siendo sometido a proceso.

No puede obviarse que *"la instrucción compromete el honor, la reputación y la tranquilidad de una persona legalmente inocente, que puede restringir su libertad o afectar su patrimonio, o alejarlo de su actividad ordinaria o de su familia, dejando a ésta en el desamparo; que, en fin, puede adquirir las formas y la severidad de una pena, causando la deshonor y la ruina irreparables"* (Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Lerner ediciones: 2a. ed., Buenos Aires, 1969, T. I, pág. 386, citado en *Fallos* 327:5863 y en expte. N° CFP 777/2015/CA1).

VI. En consecuencia, por los argumentos de hecho y derecho desarrollados, solicito a V.S. que **DESESTIME** la presente denuncia por **NO CONSTITUIR DELITO** los hechos que la componen (artículo 180, tercer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

Fiscalía Federal N° 10, 6 de abril de 2015.-

DIEGO A. IGLESIAS
FISCAL FEDERAL

MATIAS G. ALVAREZ
SECRETARIO