



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, interinamente a cargo de la Fiscalía N° 1, en la actuaciones N° FLP 17673/2014/CA1 del registro de la Sala IV, caratulada: “FERNÁNDEZ, Aníbal Domingo s/enriquecimiento ilícito”, me presento y digo:

I.

Llegan a esta instancia las actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por el fiscal de la instancia anterior contra la resolución de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, del 24 de noviembre de 2015, (que está ubicada a fs. 58/9 del incidente de recusación) que resolvió declarar la nulidad de los actos procesales realizados a fs. 134, 135, 140/141, 142, 143/147 y 148/149 de la causa principal, y de los realizados a fs. 4 del incidente de incompetencia N° 2 y fs. 11/12 del incidente de nulidad N°3.

II.

El primer obstáculo que enfrenta este recurso, es si la resolución apelada es o no equiparable a sentencia definitiva.

Adelanto que en puridad no lo es, pero que mantuve el recurso porque el caso es susceptible de repetición y amerita que la Cámara de Casación se pronuncie ahora, porque de lo contrario los males procesales que podrían producirse, serán irreparables para cualquiera de ambas partes.

En efecto, conforme tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no son equiparables a sentencia definitiva aquellos pronunciamientos cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal (Fallos: 298:408, 308:1667, entre otros), ni la sentencia de segunda instancia que devuelve la actuaciones a la primera para que se dicte una nueva resolución o se continúe su tratamiento (Fallos: 274:440, 276:303, actuaciones S.687.XLV, “Santana, Claudio Mauricio y otros”, del 24/5/11, entre otros), en la medida que no ponen fin a la acción sino que hacen posible su continuación.

Aquí se presenta una situación análoga, porque la decisión sólo retrotrae el proceso hasta la última intervención fiscal que quedó sin resolverse y que consiste en una investigación preliminar –sin que se haya iniciado un proceso penal en sentido estricto, es decir, anterior a la etapa del art. 180 CPPN–, de modo que la situación es similar a aquellas que sólo acarrearán para el imputado la obligación de seguir sometido a proceso y, por ello, no es susceptible de impugnación por la vía intentada (CSJN, “in re”, actuaciones C.574.XXI, “Castro Viera, Gregorio”, rta. 30/7/87; actuaciones L.428.XXI “López Rega, José”, rta. 8/3/88; actuaciones N.10.XXII, “Nasute, Carlos Luis”, rta. 25/8/88; actuaciones C.629.XXIII, “Cacciatore, Osvaldo Andrés”, rta. 26/6/91; actuaciones A.432.XXIV, “Álvarez, Jorge Omar”, rta. 23/3/93; actuaciones D.81.XXXI, “Dirección General Impositiva”, rta. 5/4/95; “Escalada, Miguel Antonio”, E.467.XLII, resuelta el 13/3/07, y “Acosta, Javier Gerardo”, A.241.XLIII, resuelta el 12/6/07, entre otras).

Por tales razones y porque describiré serios problemas del procedimiento que son susceptibles de repetición y cuya solución será de utilidad para los casos futuros similares (en los términos de Fallos: 335:197), es que considero que se encuentra habilitada la instancia.

III.

Aquí realizaré un relato del recorrido procesal que tuvo este caso a fin de dotarlo de cierto orden expositivo.

El caso (más allá de su registración como actuaciones del Poder Judicial de la Nación, no lo voy a denominar “causa”, para diferenciarlo, por las razones que seguidamente intentaré exponer) se inicia a raíz de una denuncia anónima referida a un posible enriquecimiento patrimonial no justificado del, por entonces, Senador Nacional Aníbal Fernández, que dio lugar a la solicitud de medidas preliminares de prueba por parte de la Fiscal Federal a cargo de la Instrucción (fs. 1/12).

Así, una vez recibida la prueba requerida por ella, más otras que solicitara de oficio el Juez interviniente, la Fiscal instó la desestimación de la denuncia por entender que de ella no surgían elementos que justificasen la apertura de una investigación criminal (fs. 101/102).

Frente a ello, el Juez federal de Quilmes devolvió las actuaciones a la Fiscal por considerar que su pedido de desestimación era



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

extemporáneo ya que, a su entender, el impulso de la acción había sido dado con la primera solicitud de medidas de prueba (fs. 103).

Al contestar la vista la Fiscal cuestionó la decisión del Juez y ratificó su pedido desestimatorio (fs. 104/106).

Ante ello, el Juez declaró la nulidad de ambos dictámenes por falta de fundamentación y dispuso tener por impulsada la acción penal mediante el inicial requerimiento de medidas de prueba (fs. 107/109).

Esta resolución fue apelada por el Fiscal subrogante (que reemplazaba a la Fiscal titular) y por la defensa. Adelanto que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata la revocó por considerar que se había actuado sin impulso fiscal (fs. 128/132).

Cabe acotar que durante el trámite ante la Cámara Federal, el Fiscal General subrogante si bien mantuvo el recurso de su anterior, también indicó que el Juez debió haberle corrido vista en consulta a él, en virtud de resoluciones vigentes que rigen en el orden interno del Ministerio Público Fiscal - Resoluciones PGN 32/02 y PGN 13/05 que establecen ese procedimiento de consulta interna para cuando el Juez de la instrucción no estuviese de acuerdo con el pedido liberatorio del fiscal de la instancia- (fs. 122).

Como se adelantó, la Cámara Federal se limitó a revocar la resolución de fs. 107/109 del Juez de primera instancia por considerar que no había habido requerimiento fiscal de instrucción (fs. 128/132).

El Juez federal de Quilmes tomó razón de la resolución de la Cámara de Apelaciones, y decidió seguir el trámite que había sugerido el fiscal subrogante ante la Cámara, de modo que le remitió las actuaciones en consulta a la Fiscalía ante la Cámara Federal (fs. 134).

Es así que, el Fiscal General titular de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata expresó que no estaba de acuerdo con los dictámenes desincriminatorios de la Fiscal de primera instancia y decidió designar a otro Fiscal para que prosiguiera con la investigación (fs. 140/141).

Recibidas las actuaciones en la nueva Fiscalía de Instrucción, el nuevo Fiscal federal tampoco requirió en los términos del art. 180 CPPN, sino que se limitó a solicitar la producción de una serie de medidas (fs. 143/147). El mismo Juez federal las dispuso (fs. 148).

En forma paralela, la defensa planteó la nulidad del decreto que ordenara aquella elevación en consulta (el de fs. 134), así como de todos los actos judiciales dictados por el Juez federal de Quilmes con posterioridad a ella (fs. 135, 140/141, 142, 143/147 y 148/149). Además, en otra incidencia, la asistencia técnica de Fernández requirió el apartamiento de ese Juez federal.

Luego de que el Juez cuestionado rechazara ambos pedidos, éstos tuvieron favorable acogida por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. En sendas resoluciones, el tribunal decidió, por un lado, nulificar los actos procesales anteriormente enumerados y, por otro, apartar al juez y designar en su reemplazo a un conjuez.

Esta decisión de la Cámara que ordenara dejar sin eficacia los actos procesales fue la que motivó el recurso de casación presentado por el Fiscal General ante la Cámara que me precediera en la instancia.

IV.

A). Como se relatara, en estas actuaciones existen varias desprolijidades y se han seguido diversos caminos procesales sin advertir que lo actuado podría ser nulificado total o parcialmente por tribunales superiores. De hecho, así ocurrió.

En primer lugar, cabe tener presente que las investigaciones criminales se basan en un único objetivo, que es normativo. No es el de investigar cualquier cosa que se denuncia, sino el de satisfacer lo que describe un precepto legal. Aquí aparece el vulgarmente llamado delito de enriquecimiento ilícito del art. 268 -2- CP que, en realidad, no consiste en *enriquecerse* sino en *no justificar ante la autoridad requirente la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable*. De modo que este delito no se puede investigar como cualquier otro de comisión, porque de hacerlo, se incurriría en serias y graves inconstitucionalidades que ya pusiera de manifiesto Marcelo Sancinetti hace veinte años en “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268, 2, C.P.-*”, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994; y en “Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de “enriquecimiento ilícito de funcionario público”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ed. Ad Hoc, Volumen 8 C, Año 5, pág. 915. Por esa razón, desde hace también bastante tiempo, con Julio López Casariego propusimos que se lo tratase como un delito de omisión (De Luca-López Casariego, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*. Suplemento de Jurisprudencia Penal, a cargo de Francisco J. D’Albora, Edit. La



Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000; De Luca-López Casariego, “*Enriquecimiento Patrimonial de Funcionarios, Su No Justificación y Problemas Constitucionales*”, en Revista de Derecho Penal, Delitos contra la Administración Pública - II, edit. Rubinzal-Culzoni, dirigida por el Edgardo Donna, Santa Fe-Buenos Aires, 2005, pág.117).

El delito se consuma solamente cuando el funcionario *no justifica*, es decir, cuando el requerido no da las explicaciones conforme a derecho de un incremento patrimonial que, además, debe ser apreciable. Y ello ocurre en el proceso, en Tribunales, para decirlo vulgarmente, como ocurría con el viejo art. 112 CP que establecía el delito, hoy derogado, de calumnias o injurias equívocas o encubiertas. La excepción la constituyen los casos en que la intimación y no justificación venga de una instancia prejudicial (por ejemplo, por vía administrativa) y las actuaciones penales comiencen después de ello.

Luego, ante una denuncia anónima que lo único que hace es mostrar la cantidad de bienes o volumen del patrimonio del funcionario público, sin razonar si hubo un incremento desproporcionado a sus ingresos, lo único que puede hacer el Fiscal es: **(a)** iniciar una investigación preliminar (de la vieja ley de Ministerio Público 24.946 y de la nueva 27.148, y art. 214 del nuevo CPPN, ley 27.063) que, partiendo de meros indicios (como puede ser esta denuncia anónima), intente determinar si existe un grado de sospecha objetiva sobre la comisión de este delito que, de darse, **(b)** habilite el procedimiento de intimación de justificación de la procedencia de los bienes (art. 268 -2- del Código Penal, que de algún modo establece un procedimiento que no está reglamentado) y, recién ahí, si esa justificación no es contundente o satisfactoria plenamente, **(c)** requerir la instrucción de una actuación penal (art. 180 y concordantes CPPN) porque se estaría ante la presencia de una sospecha seria de la comisión del delito de omisión de justificación de un enriquecimiento patrimonial apreciable.

Es decir, antes de los dos primeros pasos, por las características del delito del art. 268 -2- CP, no puede haber o hablarse de un requerimiento de instrucción, sencillamente, porque no hay sospecha objetiva, seria y previa de ese delito.

Reitero el concepto: no es legítimo en nuestro sistema formular un requerimiento de instrucción en los términos del art. 180 CPPN para ver si hay sospecha, sino que sólo pueden iniciarse causas penales si ya existen

sospechas de la comisión de un delito. Es que el delito, reitero, no consiste en enriquecerse, sino en no justificar ante una intimación, de modo que si no existe esa intimación y una deficiente justificación, no es posible predicar que nos encontramos ante la sospecha de ese delito.

La única forma de armonizar todas las normas en juego ante una denuncia por este delito contra la administración pública, en casos donde no se ha producido aún la intimación a justificar el incremento desproporcionado de bienes, es la de iniciar una averiguación preliminar para determinar si podrá arribarse a algún grado de sospecha de la comisión del incremento patrimonial que no tiene explicación jurídica y, sólo cuando esa sospecha esté fundada, recién se podrá iniciar un caso criminal.

En conclusión, la sospecha sobre un enriquecimiento patrimonial *apreciable*, en apariencia *desproporcionado*, tiene que ser *previa*, y sólo cuando existe esta sospecha se podrá/deberá *intimar* al funcionario para que practique la *justificación* pertinente y, sólo si no lo hace, podrá haber un requerimiento de instrucción para determinar qué está ocurriendo. En los casos en los que no hay actividad administrativa previa, el procedimiento de intimación deberá hacerse en tribunales.

B). En esta inteligencia, se puede ver que las averiguaciones preliminares de la Fiscal Federal de Quilmes se enmarcaron en las atribuciones que le otorgaba el artículo 26 de la ley 24.946, para dotar de seriedad objetiva a la denuncia anónima sobre el posible enriquecimiento ilícito de parte del, en ese momento, Senador Nacional Aníbal Fernández. Y algo más notable aún. El fiscal que la sustituyera por disposición del Fiscal de cámara, tampoco formuló requerimiento de instrucción sino que propuso más medidas de prueba, precisamente, con el mismo objeto.

Por las consideraciones expuestas no hubiera sido posible un impulso de la acción penal como reclama el artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación. Sin embargo, el juez federal tomó para sí el ejercicio de la acción penal soslayando ese paso (impulso fiscal).

C). Por otra parte, en lugar de mantenerse en el plano jurisdiccional para el que había sido convocado (apelación de un fiscal de una decisión del juez de Quilmes que había declarado la nulidad de los dictámenes fiscales), el Fiscal de cámara subrogante consideró y solicitó que debería habersele corrido vista en consulta, para generar el sistema de control interno del



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Ministerio Público Fiscal que surge de las Resoluciones PGN 32/02 del 23 de mayo de 2002, y 13/05 del 1° de marzo de 2005.

D). Debo señalar aquí que ese procedimiento de consulta interno del Ministerio Público Fiscal, no previsto en la ley, de algún modo sustituye parcialmente al establecido por el art. 348 CPPN. La consulta a la Cámara de Apelaciones prevista en el art. 348 CPPN fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema (Fallos: 327:5863 “Quiroga”), porque fue considerada una incumbencia del Poder Judicial en las atribuciones del Ministerio Público Fiscal. Por dicha razón, la Procuración General dictó la resolución PGN 13/05, ya citada, por la cual se estableció un mecanismo de consulta interno del Ministerio Público Fiscal, en cabeza del Fiscal de Cámara. Esta Resolución tiene el carácter de Instrucción General y, por ello, es de obligatorio cumplimiento para todos los fiscales federales y nacionales de todas las instancias, sin perjuicio de dejar a salvo nuestra opinión personal si así se quisiese.

Pero por otra razón, ese procedimiento de consulta interno del Ministerio Público Fiscal fue declarado inválido por tres de las cuatro salas de esta Cámara Federal de Casación Penal (Sala I, actuaciones n° 13183, “Goldín, Norma Diana s/recurso de casación”, resuelta el 15/09/10; Sala II, actuaciones n° 8268 “Toledo, Alcides Ramón s/recurso de casación”, resuelta el 5/02/09; Sala III, actuaciones n° 6586 “Santos Caballero, María Isabel y otros s/ recurso de casación”, registro 944/06, resuelta el 31/8/2006). La razón fue que violaba el debido proceso de la contraparte, en tanto no estaba previsto en la ley procesal.

Y también debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las actuaciones A.2655 –XXXVIII– “Amarilla, Javier O.”, sentencia del 23 de diciembre de 2004, declaró la inconstitucionalidad de la aplicación del procedimiento del art. 348 CPPN, a la etapa del requerimiento de instrucción del art. 180 CPPN, en cuanto disponía que fueran los jueces quienes le dieran directivas a los fiscales. No se pronunció expresamente por la aplicación a esa etapa de un procedimiento de consulta interno entre fiscales. Empero, a tenor del fundamento de las tres Salas de Casación sobre la violación al debido proceso de la contraparte, es posible predecir que en un caso semejante extenderían el razonamiento a la etapa del 180 CPPN que tampoco prevé consulta alguna. Sigo.

Sólo la Sala IV actuaciones N° 1472/15 “Sardal, Alberto Isaac s/recurso de casación”, resuelta el 17/07/15 no declaró inválido ni inconstitucional

el procedimiento de consulta interno del Ministerio Público Fiscal, tanto para la etapa del art. 348 como para la del 180, ambos del CPPN.

Me he detenido en demasía en estos antecedentes, porque es la Sala IV la que interviene en este caso.

Retomando, cabe concluir en que aquí hay dos discusiones. Una es la validez de un procedimiento de consulta interno del Ministerio Público Fiscal que no está previsto en la ley, que sustituye al que sí lo está. Pero teniendo en cuenta que este nuevo procedimiento fue declarado inválido por tres de las cuatro Salas, por no estar previsto en la ley. La otra discusión es si un procedimiento de consulta que fue previsto originariamente para la etapa de requerimiento de elevación a juicio (art. 348 CPPN) puede aplicarse de manera analógica a la etapa de requerimiento de instrucción (art. 180 CPPN). La Resolución de la PGN habla de cualquier dictamen de tipo conclusivo de los fiscales, de modo que desde este punto de vista, la respuesta es afirmativa.

De todos modos, está claro que el juez no puede proceder de oficio sin requerimiento fiscal de instrucción, sea que éste provenga de una consulta o no. Queda afuera de la discusión de éstas actuaciones si puede proceder con el sólo requerimiento de instrucción de la querrela.

E). Los problemas procesales de esta actuaciones prosiguieron cuando el Fiscal de cámara al considerar, a raíz de la consulta promovida por el juez federal de Quilmes, que la desestimación de la denuncia era prematura, en lugar de devolver el caso a la Fiscal inferior para que subsanara esa omisión, designó a otro representante del Ministerio Público Fiscal para seguir interviniendo en las actuaciones, aplicando analógicamente no ya el procedimiento que sustituye la consulta de los jueces por la consulta al fiscal de cámara, sino una segunda cuestión consistente en desplazar al magistrado que ha dictado una resolución que se anula en apelación o casación (arts. 173 y 486 del C.P.P.N), o las previstas para el apartamiento de fiscales en un procedimiento declarado inconstitucional por la Corte Suprema (*in re* “Quiroga”, ya citado) pero donde quien tenía las potestades de apartamiento eran los jueces de cámara.

Digo que prosiguieron los problemas, porque las resoluciones de la PGN citadas no confieren la facultad de desplazamiento a los fiscales de cámara. Es decir, esas resoluciones sólo se limitaron a instituir un sistema de consulta sobre el fondo del asunto, sobre el criterio jurídico a seguir por los fiscales, pero no a reemplazar al fiscal cuyo dictamen era anulado.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

En el caso de autos, no hubo recusación o excusación de la fiscal, ni ella manifestó que le producía algún tipo de violencia moral continuar con la investigación, ante el desacuerdo de los demás actores procesales. Es más, según las constancias de las actuaciones que tengo a la vista, ni siquiera fue notificada de su apartamiento. De modo que ante la opinión o sugerencia del Fiscal de Cámara de continuar con esa investigación preliminar, no veo inconveniente en que sea ella la que la lleve adelante y que sólo en el caso de que le produjese algún grado de violencia moral la prosecución de la investigación, pedir su apartamiento. En tales casos, actuando en función de superintendencia, el Fiscal de Cámara podría designar un sustituto.

Precisamente, ésa sería un genuina consecuencia de un procedimiento interno de consulta entre fiscales, que respetase la posición institucional de todos los magistrados involucrados y, al mismo tiempo, el principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, actuaciones FBB14203/2014/3/CFC1 “Martínez, Santiago Ulpiano s/ recurso de casación”, registro 622/16.1, resuelta el 22 de abril de 2016), y evita los perjuicios para el debido proceso que ampara a la contraparte.

F). Reitero que, paralelamente, ocurrió una de las posibilidades que aquí se mencionara, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata declaró la nulidad de lo actuado por errores en el procedimiento.

G). También reitero que, luego, ante otra incidencia propiciada por la defensa, una recusación, la Cámara Federal de La Plata apartó del conocimiento del caso al juez federal de Quilmes, lo cual ha quedado firme.

H). En conclusión, entiendo que ahora la Cámara Federal de Casación Penal debe decidir: **(a)** si hace lugar al recurso fiscal y convalida todas las desprolijidades reseñadas, incluida la designación de un nuevo fiscal; o,

(b) si lo rechaza, situación en la que la declaración de nulidad quedará firme, de modo que el caso volverá hasta la investigación preliminar y allí decidirse sobre el pedido de desestimación original; o,

(c) también rechazar, pero parcialmente, el recurso fiscal y de ese modo convalidar la declaración de las nulidades por haber el juez actuado de oficio, con la debida advertencia de que las pruebas ordenadas hasta el momento son válidas y no se perderán, tanto las producidas por la fiscal original como las producidas por el juez de oficio, como toda otra que se haya generado a

raíz del pedido del nuevo fiscal designado por el fiscal de cámara. Ello así, en virtud de que no se han producido en violación a ninguna garantía constitucional y son sencillamente reproducibles, de modo que la declaración de su invalidez lo sería en el sólo interés de la ley y no han causado agravio jurídico alguno al imputado (arg. art. 171 y cc. CPPN). Además, porque en materia de nulidades procesales debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable (Fallos: 325:1404).

V.

Considero que VV.EE. debe proceder del modo sugerido en el punto (c) del párrafo anterior y revocar sólo parcialmente la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que viene impugnada (del 24 de noviembre de 2015, mal agregada a fs. 58/9 del incidente de recusación) en cuanto podría desprenderse de ella que también fueron declaradas inválidas las pruebas habidas en virtud de dichos actos procesales, y declarar de manera categórica que las pruebas adquiridas son válidas y que para ajustar el procedimiento a la realización de la norma del art. 268 -2- CP, las actuaciones vuelvan a la etapa de investigación fiscal preliminar inicial, a la fiscal originalmente interviniente, para que allí se produzcan todas las pertinentes que despejen toda duda sobre la posibilidad o no de una sospecha del delito denunciado, que amerite la intimación a justificar y, luego, eventualmente, la instrucción de una causa.

Lo que así dictamino.

Fiscalía, 2 de mayo de 2016.