**Interpongo Recurso de Casación.-**

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMÁN.

**Antonio Gustavo Gómez**, Fiscal General ante esa Cámara en los autos caratulados: **“Limpio Más S/ Infracción Ley 24.051”,** *expediente N° FTU 28375/2014/CA1*, me presento y respetuosamente expongo:

**I.- La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán invalida las facultades de las fuerzas de seguridad para actuar de oficio (art. 183 del CPPN) nulificando, también, las actuaciones labradas por el Ministerio Público Fiscal en virtud del art. 26 de la ley 24.769.**

La Cámara Federal de Tucumán niega a las fuerzas de seguridad las facultades otorgadas por el artículo 183 del CPPN para actuar de oficio cuando tiene noticias de la comisión de un ílicito.

También declaró la nulidad de un breve procedimiento iniciado por esta Fiscalía General en virtud del artículo 26 de la ley 24946 a efectos de precisar el Fiscal Federal de turno, a quien correspondía asignarle las actuaciones de Gendarmería Nacional.

Finalmente, luego de la audiencia de apelación prevista en el art. 454 del CPPN en la cual intervinieron solamente tres (3) de los cinco (5) miembros de la Cámara Federal de Tucumán, la sentencia confirmatoria del fallo del a quo se encuentra signada por la totalidad de sus integrantes, vulnerándose con ello la correcta integración de los tribunales y el buen y eficaz desempeño del servicio de justicia.

**II.- Objeto.-**

Que en tiempo y forma y en los términos del art. 463 del CPPN vengo a interponer ante los Sres Jueces, **Recurso de Casación** en contra del auto resolutorio de fecha 22 de mayo de 2015 rolado a fs. 68/73 de los presentes actuados que fuera notificado a esta Fiscalía General el día 28/05/15.-

En el pronunciamiento que ataco, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán resolvió, “*Confirmar la resolución de fecha 13 de febrero de 2015, que declaró la nulidad absoluta de las “Actuaciones Preliminares, UFIMA N° 64 ‘Gendarmería Nacional S/ Pericia medio ambiente C/ firma “Limpio Más’”.*

Con la vía recursiva aquí expuesta, persigo que la Cámara Federal de Apelaciones conceda el Recurso de Casación impetrado y que, oportunamente, el Superior case la sentencia impugnada, ordenando revocar la nulidad declarada y en su lugar se ordene continuar la investigación, según su estado.

Del análisis exhaustivo de la causa surge con claridad que la resolución de la Cámara Federal no refleja la realidad del expediente sino que en forma **arbitraria** realiza interpretaciones antojadizas para dar apariencia de fundamentos a un resolutorio que los carece y que además nada dice respecto de un agravio vertido por esta parte.

**III.- Procedencia Formal del Recurso.-**

1. Oportunidad.

Notificado del fallo de Cámara dictado en el presente incidente, el día 28 de mayo del año en curso, el plazo de diez días para interponer la presente Casación se cumplirá el día jueves 11 de junio del corriente año a hs. 13:00, o el subsiguiente día hábil a las 9:00 hs. (art. 463 del CPPN).

1. Sentencia Definitiva

La resolución que se ataca goza del carácter de sentencia definitiva en relación a la nulidad de la totalidad de las actuaciones, declarado de oficio por el Juez Federal de primera instancia, tal como lo requiere el art. 457 procesal (*“...es deducible contra autos que pongan fin a la acción, o hagan imposible que continúen las actuaciones...*"), por lo que resulta admisible el remedio procesal que por este acto se deduce.

Respecto de ello, la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal ha expresado que *“…resulta clara la interpretación del art. 457 del C.P.P.N. la viabilidad del recurso de Casación intentado por el representante del Ministerio Publico, pues se trata de un supuesto…con los efectos de sentencia definitiva...”* (Levenne, Ricardo (h) en la “La Reforma y la Unificación Procesal Penal Argentina”, pág. 201, Ed. Desalma Bs.As. 1967; y De La Rúa, Fernando “La Casación Penal”, págs. 180/181 y 197, Bs.As. 1994).

Es de tener presente, en cuanto al concepto de sentencia definitiva, que “…*el criterio para determinar el concepto se funda más en* *el efecto de la resolución con relación al proceso*, que en su contenido…” (De La Rúa Fernando, “La Casación Penal”, ed. Lexis Nexis, segunda edición, pág. 180). En autos, ese efecto de la resolución en relación al proceso, es determinante ya que lo concluye definitivamente.

Igualmente, es manifiesto que lo decidido por la Alzada, carece de fundamento y razonabilidad mínima para cumplir con los recaudos de un acto jurisdiccional válido, pues no representa derivación razonada del derecho vigente, y por consiguiente tiñe de arbitrariedad el acto de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán. La arbitrariedad constituye por sí misma cuestión federal suficiente, abriendo la posibilidad del Recurso de Casación por el art. 456, 2º párrafo procesal. Respecto de esta cuestión federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *"...el planteamiento oportuno del caso federal no puede exigirse al litigante cuando la cuestión nace con la sentencia que se recurre, por carecer ella de debido fundamento…*"(L.L.88-425).

Así también ha dicho el mismo Tribunal que “…*lo resuelto sobre temas de hecho, prueba y derecho común, admite la revisión en supuestos excepcionales cuando se ha prescindido de considerar las concretas circunstancias de la causa para arribar a una correcta solución del caso con grave lesión de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional*…” (Agosto 13 de 1992, in re "Alonso Roberto Daniel y Otros c/ D.N.V.").

A mayor abundamiento, anunciado lo que será el tratamiento de los agravios en particular, "...*hay arbitrariedad en los casos de análisis erróneo, parcial, ilógico o inequitativo del material fáctico y probatorio. En cualquiera de esos casos, y de darse una magnitud que lo justifique, el fallo pasa a tipificarse como arbitrario…*" (véase "Recurso Extraordinario" de Néstor Sagüés, cit. pág. 355).

Desde ya señalo que declarar esta casación como inadmisible (alegando inexistencia de sentencia definitiva), implicaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (CSJN, “Fallos” 304:474 y 950; T. 305:419; Cámara Nacional de Casación Penal Sala III causas 63 y 93; Sala I causa 1088; causa registro N° 63 y “Kolek, Carlos Pedro”, registro N° 128, ambos de la Sala III). Ello, haría pasible de cuestionamiento a la sentencia por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por adolecer del vicio de arbitrariedad.

He de señalar, asimismo, que existe un interés directo en la promoción del presente recurso, en tanto la resolución impugnada lesiona la función propia del Ministerio Público Fiscal, cuál es la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (art. 120 de la C.N.); el temperamento jurisdiccional cuestionado, significa *per se* la concreción de un agravio dada la imposibilidad de cumplimentar esas funciones.

1. La Legitimación del Ministerio Público.

El art. 457 del C.P.P.N. establece que “el Recurso de Casación procede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones...”

Conforme al derecho judicial sentencia definitiva es aquella decisión que pone fin a la cuestión debatida en el proceso y en el caso presente enfrentamos el dictado de un resolutorio en el que se otorga el beneficio de excarcelación a quien está procesado por graves hechos delictivos.

A los fines de dilucidar el carácter de definitivo de la resolución se debe atender más a su efecto que a su contenido (CNCP, Sala I, SJP LL, del 26-V-1995, f 93.186) y así se puede apreciar que en el presente caso, la declaración de nulidad que afecta a la totalidad de las actuaciones, ocasiona un grave perjuicio a este Ministerio Público Fiscal por cuanto resulta evidente la imposibilidad para continuar investigando el presente hecho que reviste las típicas características de un delito contra el ambiente.

 En esas condiciones, corresponde dejar sin efecto el fallo recurrido en tanto desvirtúa la finalidad de la ley, al no ser aplicada tal como la concebía el legislador (conf. doctrina de Fallos: 302:1412), realizando una interpretación que frustra el objetivo de las normas que regulan las facultades del Ministerio Público Fiscal para iniciar investigaciones de carácter previas al dictamen previsto en el art. 180 del CPPN.

Por otra parte, tal como se dirá más adelante, también queda expedita la vía del recurso extraordinario, en tanto la doctrina que se fija en el fallo en crisis versa sobre una cuestión de tal trascendencia que, en sí misma configura una situación calificada -en términos jurisprudenciales de nuestro más Alto Tribunal- como de gravedad institucional.-

Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...a los fines del art. 14 de la ley 48, la sentencia ha de reputarse definitiva, aunque sin serlo en estricto sentido procesal, cuando media en el caso cuestión federal bastante y se produce un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias del hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior..." (Fallos: 257:301, 265:326, 271:406, 272:188, 304:1817, 308:1107, entre muchos otros). En este sentido, la misma Corte Suprema ha establecido que ante casos de gravedad institucional su instancia se encuentra habilitada (C.S.J.N. Fallos 307:933; 306:1081: 257:132; 319:1842), lo que resulta aplicable al caso de autos en donde se investigan delitos de lesa humanidad.-

 Resulta necesario entonces recordar el contenido de la doctrina elaborada por nuestro más alto Tribunal en relación a la gravedad institucional, como cuestión que habilita de modo directo la instancia federal –con prescindencia de obstáculos formales impeditivos de la misma- en cuanto “suple la falta de requisitos de admisibilidad, como la sentencia (C.S.J.N. Fallos: 256:517) o el adecuado planteo de una cuestión federal (C.S.J.N. Fallos: 300:1111). La gravedad institucional se verifica cuando existen razones institucionales suficientes (C.S.J.N. Fallos: 210:316; 226:303); cuando lo resuelto en un juicio puede afectar la prestación de servicios públicos; o lo decidido excede del interés individual de las partes y atañe a toda la comunidad (C.S.J.N. Fallos: 245:18, 20: 143)” (Carlos S. Fayt, “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y Holdings. Casos trascendentes”, Buenos Aires, Argentina, Editorial ‘La Ley’, 2004, página 107).-

De acuerdo a la interpretación dada por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán al tema oportunamente traído a estudio, se introduce en la resolución aquí impugnada una causal por demás *arbitraria* atentatoria contra reglas superiores a las de la sana crítica, cuales son las del debido proceso.-

En estas condiciones, considero que nos encontramos en presencia de un decisorio que contiene una fundamentación aparente, causal definida de arbitrariedad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo cual debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, en tanto exige que las resoluciones judiciales sean motivadas de conformidad a las circunstancias comprobadas de la causa (arts. 123, 404 inc. 2° y 456, inc. 2° del Código Procesal Penal de la Nación).-

En este orden de ideas nuestro Máximo Tribunal ha expresado que: “*...con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa...”* (Fallos: 314:346).-

1. Memorial Autosuficiente.

El presente memorial describe los antecedentes del caso sometido a Casación, en forma completa y objetiva. Para dotar de autosuficiencia al memorial, se presenta, formando parte del mismo, fotocopia certificada de los fallos de primera y segunda instancia.

**IV.- Antecedentes del incidente.-**

A fojas 02/36, obra un informe de Gendarmería Nacional de fecha 25 de noviembre de 2014 en el marco de sumario 28/14 caratulado “Autores a establecer s/ presunta infracción a la Ley 24.051” que da cuenta que la empresa “Limpio Más” de propiedad de Guillermo Ponce de León estaría contaminando la cuenca hídrica “Salí – Dulce”. Los funcionarios de Gendarmería denominaron “Sumario 13/14” a esas actuaciones.

A fojas 37, en fecha 10 de diciembre de 2014, la Fiscalía General remite oficios a las Fiscalías 1 y 2 de Tucumán para que informen si ese sumario fue iniciado por esas dependencias.

A fojas 38, obra un informe de actuario fechado el 10 de diciembre de 2014, dando cuenta que el expediente de mención no se tramita en ninguna de las dos fiscalías.

A fojas 38, en fecha 10 de diciembre de 2014, se ordena devolución a Fiscalía General.

A fojas 39, en fecha 12 de diciembre de 2014, se ordena en esta Fiscalía General, el inicio de Actuación Preliminar en relación al sumario N° 28/14 y practicado por Gendarmería Nacional, caratulándose la misma “Actuaciones Preliminares UFIMA N° 64, Gendarmería Nacional S/ Pericia medio ambiente C/ firma “limpio más”.

A fojas 40, en fecha 12 de diciembre de 2014, se ordena remisión al Fiscal Federal N° 1 a fin de que asuma la investigación.

A fojas 42, en fecha 16 de diciembre de 2014, se remite las actuaciones al Juzgado Federal 1 de Tucumán.

A fojas 44/53, en fecha 13 de febrero de 2015 el Juez Federal dicta resolución por la cual declara la nulidad absoluta de las “Actuaciones Preliminares UFIMA N° 64, Gendarmería Nacional S/ Pericia medio ambiente C/ firma “limpio más”.

A fojas 54/55, en fecha 23 de febrero de 2015, el Fiscal Federal interpone apelación.

A fojas 68/73, en fecha 22 de mayo de 2015, la Cámara Federal de Apelaciones resuelve confirmar la sentencia apelada, en cuanto declara la nulidad absoluta de las “Actuaciones Preliminares UFIMA N° 64, Gendarmería Nacional S/ Pericia medio ambiente C/ firma “limpio más”.

**V.- NULIDAD.-**

En este apartado, vengo a plantear la nulidad de la resolución atacada toda vez que se configuró una grave conculcación a la correcta administración de justicia, a saber: la irregular integración del tribunal. Sucede que la audiencia para expresar agravios (art. 454 del CPPN) se llevó a cabo con tres de los cinco jueces que integran esa Cámara, los Dres. Graciela Fernández Vecino, Marina Cossio de Mercau y Ricardo Sanjuán. Luego, la deliberación, debo suponer que fue celebrada además por los demás vocales, los Dres. Ernesto Wayar y David Mender, quienes firmaron la sentencia que arremeto por nula (art. 167 incisos 1 y 2 del CPPN)

El Capítulo VII del Título V del Libro I del Código Procesal Penal de la Nación se denomina “Nulidades”.

El art. 166 establece *“Regla general: Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad”*.

Por su parte, el art. 167 prescribe *“Nulidad de orden general: Se entenderá siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes:*

*1) Al nombramiento, capacidad y constitución del juez, tribunal o representante del ministerio fiscal …*.

La nulidad es una sanción por la cual se declara inválido un acto del proceso (o la totalidad de éste) privándolo de sus efectos en virtud de haber sido realizado de modo contrario a la ley.

El inc. 1) del art. 167 del CPPN consagra una nulidad general que tiene lugar, en la hipótesis contemplada, cuando no se han observado en la constitución del tribunal, las disposiciones (de orden constitucional y legal) que regulan el procedimiento de designación de estos actores del proceso, que –además- reviste el carácter de absoluta, porque importa la violación de una disposición de rango constitucional y legal y está prescripta como tal (inc. 1º del art. 167 del CPPN).

**Tratándose de una nulidad absoluta, debe ser declarada de oficio, tal como se desprende del art. 168 del ritual normado *“… deberá ser declarada de oficio, en cualquier estado y grado del proceso …”*.**

Se trata de una nulidad de derecho que no resulta convalidable por inacción de las partes o del órgano jurisdiccional, que se halla habilitado para declararla -en cualquier estado y grado del juicio- oficiosamente, pudiendo ser planteada hasta por quien no tenga interés en ella o, incluso, por quien le haya dado origen.

El fundamento último del instituto de la nulidad debe buscarse en la circunstancia de que el Estado no puede aprovecharse de un acto irregular, un hecho ilícito o una actuación defectuosa, pues para condenar o para iniciar, proseguir o concluir un proceso en contra de una persona se requieren bases morales irreprochables y una actividad ética ejemplificadora.

Esto se consustancia con el principio según el cual la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental, pues *“… otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito …”* (Fallos: 303:1938; cfr. Almeyra, Miguel Ángel y Baez, Julio César; *“Código Procesal Penal de la Nación” Comentado y Anotado*, Editorial La Ley, 2010, Bs. As, pág. 306).

En síntesis, la intervención de los vocales de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, Dres. Ernesto Clemente Wayar y Raúl David Mender, en la audiencia de deliberación pertinente sin estar presentes en la audiencia donde se expresaron los agravios y haber signado el fallo resultante, convierte en nulo, de nulidad absoluta, el acto sentencial. Ello pone en crisis la eficacia y seguridad de la prestación del servicio de justicia en la medida en que la totalidad de los actos cumplidos por los magistrados del Poder Judicial de la Nación (jueces de todas las instancias) en procesos en que intervengan de esta manera irregular, devienen en nulos de nulidad absoluta e insanable, por aplicación de las previsiones de los arts. 166, 167 (inc. 1º) y 168 del Código Procesal Penal de la Nación.

A fs. 65 consta que al momento de celebrarse la audiencia de apelación prevista en el artículo 454 del CPPN, los vocales que asistieron a la misma fueron los Dres.: Marina Cossio de Mercau, Ricardo Mario San Juan y Graciela Fernández Vecino (10/04/2015), además de este representante fiscal. Posteriormente, el fallo es dictado el día 22 de mayo de 2015 (fs. 68/73) y de su tenor surge que en la audiencia de deliberación habrían participado los cinco integrantes de la Cámara, cosa que no fue así, es decir que han actuado irregularmente en esa etapa los Dres. Ernesto Clemente Wayar y Raúl David Mender. De estos dos últimos magistrados nombrados, solamente el Dr. Wayar dejo aclarado que antes de emitir su adhesión al voto preopinante, lo hizo “de acuerdo a las constancias de autos y oída la grabación correspondiente”, en tanto el Dr. Mender ni siquiera intentó salvar su ausencia en la audiencia de apelación, directamente firmó la resolución atacada sin dejar constancia que haya escuchado la grabación correspondiente o analizado las piezas procesales de esta causa.

De todas maneras, la aclaración escueta descripta por el Dr. Wayar no surte efectos purificadores de la grave irregularidad en que se haya incurso al emitir un voto sentencial cuando no integró el tribunal al momento de celebrase la audiencia de apelación pertinente.

Al respecto, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal viene diciendo al respecto que *“… corresponde declarar la nulidad de la decisión de la Cámara que no expresa la opinión unánime de los jueces, sino que fue alcanzada por mayoría, después de iniciada la deliberación, a partir de que fue integrada – mediando oposición de la defensa – por un tercer magistrado que no había estado ni en la deliberación, pues lo que la ley ha querido es que tres jueces intervengan en la deliberación una vez celebrado el debate y esa deliberación requiere de la participación de los tres jueces antes de emitir su voto, y sobre lo sucedido en el debate…”* (causa N° 1038/2013 “Trinidad, Franco Ismael S/ Recurso de Casación” Sala I, Registro 22.537, rta. El 15/11/13).

Es decir, Sres Jueces, que por lo pretendido en el artículo 109 del reglamento para la justicia nacional (Acordada 17/12/1952) se torna necesario que el juez haya tenido intervención de visu en lo relatado y expuesto por las partes. Si bien en este caso ese requisito se cumple ante la participación de ambas audiencias de los camaristas, Dres.: Cossio de Mercau, Fernández Vecino y Sanjuán, ello no torna el presente planteo nulificante en meramente académico ni tendiente a satisfacer pruritos legales, puesto que al haber deliberado dos jueces que no participaron de la audiencia de apelación se ha conculcado un derecho constitucional que tendiente a asegurar el correcto ejercicio de sus derechos, el servicio eficiente y eficaz de justicia que todos los ciudadanos de nuestra república federal deben tener, pues es la aspiración de nuestros constituyentes de 1853. Así, permitir que jueces deliberen y signen sentencias cuando no participaron de la audiencia de apelación motivadora, convierte en irregular la intervención de los mismos que no puede subsanarse con el argumento superficial de que existía mayoría absoluta en todas las etapas de sustanciación del recurso de apelación, transformándose el planteo en abstracto.

Y no puede ser declarado abstracto, sencillamente porque existe una sentencia de Cámara resuelta de manera ilegal e irregular, y tanto en esta oportunidad como en otras, se lacera la administración de justicia y la Constitución Nacional.

En la causa **“Gómez, Teresa Nora S/ Recurso de Casación” (Causa N° 999/13, Reg N° 23821 del día 2/7/14)** se dijo *“… el órgano colegiado debe constituirse debidamente – al igual que el representante del Ministerio Público – para no malear con un vicio insubsanable, configurativo de nulidad absoluta toda la actividad …” “el órgano judicial al que incumbe la decisión debe estar integrado por los mismos jueces que participaron en el debate, a fin de preservar la identidad física del juzgador”* (Cfr. Dálbora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nacion Anotado, comentado y concordado, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2009 págs. 679 y 719). También, en los considerandos del fallo citado, dice la Cámara *“…en base a lo hasta aquí expuesto, y toda vez que en el particular se ha visto afectada la constitución del tribunal, entiendo que lo actuado por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en la sustanciación del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Teresa Gómez debe ser anulado, de conformidad con las previsiones de los artículos 167, incisos 1° y 2° y 168 del CPPN…” “…Por último, considero que en favor de la buena marcha de los proceso judiciales que allí tramitan … corresponde que en lo sucesivo el tribunal a quo celebre las audiencia que tienen lugar en sus estrados con resguardo de las prescripciones constitucionales y legales relativas a su integración…”*

Por lo expuesto, y toda vez que en el particular se ha afectado la constitución del tribunal, entiendo que la sanción de nulidad prevista en los arts. 167 inciso 1 y 168 del CPPN, es la solución más justa, generando con ello dos saludables efectos: i) por un lado instar a la Cámara Federal de Tucumán a dictar un nuevo resolutorio con una correcta integración de sus miembros y ii) por otro lado, y de un modo general, terminar con la mala práctica generalizada de atentar contra el servicio de justicia permitiendo que participen de audiencias de deliberación, jueces que no estuvieron presente en la de debate, auspiciando con ello la buena marcha de los procesos judiciales y de los principios y garantías fundamentales que inspira nuestro ordenamiento procesal.

Siguiendo la línea argumental desarrollada en este apartado, la sanción de nulidad vendría a remediar la improlijidad que otorga fundamentos al planteo.

Continuando en el análisis del artículo 167, que establece la aludida nulidad absoluta, en su inciso 2 establece otra situación que deriva en esta sanción fulminante *“… a la intervención del juez, Ministerio Fiscal y parte querellante en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria…”*.

Como bien lo explica Miguel Ángel Almeyra en su obra *“Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado”*, esta disposición se relaciona con la intervención del Juez en aquellos casos en que la ley lo exija, es decir cuando su participación sea obligatoria en determinados actos, con lo cual se quiere resguardar que estos órganos fundamentales del proceso tomen parte en ciertos momentos donde su intervención sea imprescindible para la debida configuración del proceso; al tiempo que cada actor procesal debe limitarse a su ámbito propio, no injiriendo ni entorpeciendo a los demás, puesto que como dijo nuestro tribunal cimero “lo esencial es que cada uno de los poderes públicos se desenvuelva bajo su régimen legal y sin ultrapasar los límites precisados dentro de la base de su institución” (fallos: 155:299 y 148:80).

En el caso, por recurso de apelación llegaron las presentes actuaciones a la Cámara Federal cuya integración se compone con cinco vocales permanentes. Sin embargo, en esta tarea propia de la Cámara Federal, solamente tres de sus vocales participaron de la audiencia de expresión de agravios, afectando con ello el correcto funcionamiento de este órgano judicial prescripto en disposiciones legales y reglamentarias al respecto.

En conclusión, siempre que de un órgano judicial se precise su intervención para decidir una cuestión relativa al objeto procesal (decretos, autos y sentencias) o al reconocimiento de los derechos, su afectación o restricción, deben intervenir, en concordancia con la legislación vigente, la totalidad de sus integrantes. No debe seguirse con esa práctica que molesta a la transparencia judicial y que consiste en la intervención de un tribunal colegiado solamente con los jueces necesarios para alcanzar una mayoría, o con algunos de sus miembros en una etapa de la sustanciación del proceso y los demás en las siguientes. Deben intervenir en forma completa en todas las etapas del proceso judicial. Esa es la obligación que les cabe y debe entenderse contenidas en la garantía constitucional del debido proceso, receptada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Actuar como en el caso, convierte lo resuelto en nulo, según el artículo 167 inciso 1 y 2.

**VI.- Motivaciones Ah Hoc.-**

***VI.1.- La fuerza de seguridad.-***

Entendemos que en el presente proceso, la Cámara Federal ha negado las facultades de prevención que reposan en las fuerzas de seguridad, conformen lo prescribe el art. 183 y 184 del CPPN, para casos de delitos de acción pública. Al parecer, los Jueces entendieron que el suscripto ordenó llevar adelante la investigación respecto del volcamiento de efluentes líquidos contaminados que la empresa “Limpio Más” estaría realizando a la cuenca “Salí Dulce”. Más allá de lo expuesto verbalmente en la audiencia de apelación a cuya grabación me remito, destaco que la prevención “Sumario 28/14” obrante a fs. 02/37 fue practicada de oficio por los funcionarios actuantes de Gendarmería Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el art. 183 del CPPN. Que copiado literalmente dice *“ La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación…”.*

Ciertamente, la policía y las fuerzas de seguridad deben investigar, ya sea de oficio, por denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública. Los preventores notificados de un ilícito o por las tareas de inteligencia realizadas, se hallan autorizados para detener a su presunto autor a fin de individualizarlo y proceder a su requisa.

Una postura contraria conduciría a ignorar la legitimidad de lo actuado en prevención de delitos, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del funcionamiento policial en el ejercicio de sus funciones específicas.

Al respecto, la jurisprudencia de nuestros tribunales nos dice: “… las labores de averiguación, pesquisa, etc., genéricamente denominadas “tareas de inteligencia” realizadas por la policía, más que una aceptable técnica de investigación, constituyen una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forma parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en los arts. 183 y 184 del CPPN…” *(“Garay, Pedro, sentencia de fecha 8/10/2002, CNCrim. y Correc, Sala V; “Romero Saucedo, Carlos, sentencia de fecha 3/3/1995, CNCP Sala III, Causa 227).*

En el caso que nos ocupa, los artículos arriba referidos fundamentan ampliamente la actuación de Gendarmería Nacional ante el conocimiento de un posible delito en perjuicio del ambiente, que sucedía en el paraje “Mancopa” del departamento Leales, Provincia de Tucumán.

Ahora bien ¿Por qué los jueces confunden ese proceder con una investigación de las habilitadas por el artículo 26 de la ley 24.946?, pues bien, a continuación ensayaré la respuesta a ese interrogante que traerá luz en lo que sigue.

Un miembro de la “Patrulla Ambiental” del escuadrón 55 de Gendarmería Nacional, el Segundo Comandante Esteban Aybar Critto, se hizo presente en la Fiscalía Federal para advertir que la empresa “Limpia Más” estaría produciendo una considerable contaminación con efluentes líquidos arrojados a un canal que desemboca en la cuenca “Salí – Dulce”. A esa fecha, la Fiscalía Federal de primera instancia se encontraba a mi cargo en forma de subrogante. Procedí a indicarles que inicien un sumario interno, extraigan muestras de los líquidos contaminados desde lugares públicos, tomen fotografías del lugar y otras muestras ilustrativas pertinentes y finalmente sean peritadas las muestras, remitiendo los resultados a la Fiscalía Federal para su consideración jurídica.

 Los gendarmes llevaron a cabo acertadamente lo consignado, pero equivocaron en el fiscal destinatario de ese sumario: debía ser emitido al Fiscal Federal N° 1 Dr. Carlos Brito, a quien este menda subrogaba por licencia el día en que Aybar Critto se presentó ante el Ministerio Público Fiscal. Seguramente registraron mi nombre y luego remitieron las actuaciones a la Fiscalía General a mi cargo. Allí está el error de los gendarmes, error por cierto carente de capacidad susceptible de generar afectaciones al legítimo ejercicio del derecho de defensa.

Hasta entonces no se inició ninguna actuación preliminar en los términos del artículo 26 de la ley 24946.

Ante la negativa de las Fiscalías Federales N° 1 y 2 de Tucumán respecto de la tramitación en esas dependencias del sumario de mención, decide el suscripto iniciar una Actuación Preliminar caratulada *“UFIMA Actuación N° 64, Gendarmería Nacional S/ Pericia Medio Ambiente – Firma ‘Limpio Más’”*, al solo fin de remitir el sumario al fiscal federal que en razón del turno correspondiere, es decir la Fiscalía Federal N° 1 de Tucumán (fs. 40).

De allí que lo afirmado por los camaristas en el fallo que ataco en cuanto expresa categóricamente *“… Por lo que es evidente que el Sr. Fiscal General de Cámara dio inicio a las actuaciones preliminares contra Limpio Más, poniendo en conocimiento al Fiscal Federal N° 1, después de más de diez días de haber investigado por su propia iniciativa…” (ver último párrafo de fs 71)* es equivocado, siendo esa equivocación el centro neurálgico del razonamiento jurídico que motivan los argumentos de los jueces. Demostrado el error de tal interpretación, no cabe más que anularlo, por no ser una derivación razonada del derecho vigente.

En efecto, es errado suponer que el suscripto puso en conocimiento del fiscal federal N° 1 una investigación preliminar iniciada hace más de diez día y dirigida por mí. Y es equivocado porque fue Gendarmería Nacional – Escuadrón 55 – patrulla ambiental – quien de oficio inicio un sumario por este posible delito de acción público, en los términos de los arts. 183 y 184 del CPPN. Solamente concurrieron a la Fiscalía Federal de primera instancia – la cual subrogaba, repito hasta el hartazgo, este menda - a consultar medidas a llevar adelante, consulta que obviamente evacué en mi calidad de Fiscal subrogante de primera instancia. Que luego, los gendarmes hayan remitidos el sumario que de oficio iniciaron a la Fiscalía General donde no soy subrogante, sino titular, es simplemente un involuntario error que no vulnera garantía constitucional alguna.

La actuación preliminar en los términos del artículo 26 de la ley 24946 la inicié al solo efecto de asignar fiscal de primera instancia. Nótese a fs. 39/40 los decretos al respecto ambos de igual fecha (12/12/2014). Entonces ¿Dónde están los más de diez días de investigación por mi propia cuenta que contabiliza las Cámara Federal?.

Sin perjuicio del citado argumento central del fallo que cuestiono *(Que la investigación fue dirigida por este Fiscal General cuando en realidad fue una actuación de oficio de Gendarmería Nacional)* ingresan los jueces, en la parte final de sus considerandos (fs. 71 vta / 73), a cuestionar, de un modo general, la validez de las actuaciones labradas por el Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 26 de la ley 24.946. Al respecto entiendo necesario precisar ciertas acotaciones que sirven para persuadirnos jurídicamente de la validez constitucional del cuestionado artículo, mucho más en este tiempo que podríamos definir como “los albores del procedimiento acusatorio pleno en la justicia federal y nacional”, de lo cual me ocuparé en el subapartado siguiente.

***VI.2.- Consideraciones respecto de la validez del art. 26 de la ley 24.946.-***

Es evidente que el razonamiento que refleja este fallo evalúa arbitrariamente las prerrogativas del art. 26 de la ley 24.946 que otorga potestades instructoras al Ministerio Público Fiscal, en especial penales, habilitando expresamente su desarrollo en investigaciones preliminares.

Como expresara en otros dictámenes relacionados, la facultad que confiere el legislador al Ministerio Público al sancionar el mentado art. 26 es aquélla que lo autoriza a iniciar investigaciones preliminares para verificar la concreta comisión de sucesos delictivos, para requerir informes a organismos públicos, privados, colaboración de autoridades policiales. En autos, solamente tuvo por finalidad determinar la Fiscalía a la cual se debe remitir el sumario iniciado en Gendarmería Nacional.

 Investigar, es efectuar diligencias para descubrir una cosa. Cabe entonces deducir razonablemente que el Fiscal de esta Cámara Federal no sólo puede sino que debe hacerlo, frente al encargo puntual, específico y concreto que le hace la Procuración General de la Nación -como directora de la Política Criminal de este país, art. 33 inc. d), ley 24.946-. Es así que existe la obligación de disponer las medidas necesarias para investigar y descubrir a los responsables de los hechos puestos en conocimiento de la Fiscalía General en virtud de alguna denuncia. Para ello el Congreso de la Nación acentúa el sistema acusatorio modificando el sistema original del Código Procesal Penal de la Nación autorizando que, ante una denuncia concreta, se investigue preliminarmente.

La validez de las investigaciones seguidas por los fiscales con base en el art. 26 de la Ley 24.946, fue reconocida y avalada por esa Cámara en la sentencia dictada en fecha 21/08/06 en la causa: “DENUNCIA DE JOSÉ LUIS LÓPEZ S/ USO DE ELEMENTOS DE F.F.A.A. PRESUNTAMENTE ROBADOS” - Expte. N° 48.547. Luego de analizar la cuestión desde los aspectos legales y fácticos, tomó posición y la declaró ante la comunidad jurídica y la sociedad en los siguientes términos: *“Que este Tribunal, tras analizar las constancias de autos, se pronuncia por revocar en todos sus términos la resolución de fs. 10 y vta. debiéndose proseguir la causa según su estado …”. “En efecto, no se observa en las actuaciones practicadas por el Sr. Fiscal Federal Subrogante de Santiago Estero desde fs. 01 a 9 vta., alguna de las causales previstas por el digesto procesal para disponer la nulidad de tales actuaciones (arts. 166, 167 y ccdtes. del C.P.P.N.)”….. “Con fundamento en los hechos denunciados, claramente puede advertirse que el fiscal de la causa, correcta y ajustadamente a derecho actuó, dentro del ámbito de las facultades expresamente acordadas por la ley 24.946; esto es, inició una acción preliminar a fin de lograr el desarrollo efectivo de la acción penal. Que en tal sentido* ***la investigación preliminar iniciada, en este marco, no tiene obligatoriamente que ser comunicada al juez de turno, atento a que sobre el particular nada dice la norma; añadiéndose que dicha actividad podría desarrollarse antes del proceso formal (como en el caso a examen) y aún paralelamente al mismo (conf. art. 26 segunda parte ley 24.946). Que por ello, y radicada nuevamente la causa en el juzgado de origen, deberá proseguir el trámite de la causa según su estado…”*** (Los destacados me pertenecen).

Igual postura (que las investigaciones preliminares practicadas en el marco del art. 26 de la Ley 24.946, y en especial los informes brindados por las fuerzas de seguridad de la Nación, no atentan contra el derecho de defensa en juicio ni el debido proceso), asumió esa Alzada en la causa “ORTEGA Y CIA S/ P.S.A. Art. 1 Ley 24.769 y Arts. 292 y 296 del C.P.”, Expte. de Cámara Nº 49.837. En dicha sentencia, el Tribunal consolida los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público Fiscal al contestar el Planteo de Nulidad formulado por la defensa, cuando decide revocar -en fecha 12/12/08- la resolución de primera instancia, disponer el rechazo del planteo de nulidad de las actuaciones preliminares interpuesto, y ordenar la remisión de dichos actuados al juzgado instructor a fin de continuar con la tramitación de la causa.

Cabe recordar que conforme con lo establecido por el artículo 120 de la Constitución Nacional, corresponde al Ministerio Público Fiscal exclusivamente, promover la actuación de los jueces en casos de delitos de acción pública; y en virtud de ello, le compete también demostrar tanto la existencia del hecho delictuoso como la culpabilidad del acusado (cfr. Cafferata Nores, José I., *“Cuestiones actuales sobre el proceso penal”*, 2da. edición, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, págs. 83/85). *“...Junto a los tribunales se encuentra como autoridad especial..., el Ministerio Fiscal, que no está subordinado ni superordinado a los tribunales. ... Su misión es la de defender los intereses estatales en la persecución penal, siempre que no se trate de funciones específicamente judiciales...”*. El ministerio fiscal debe, antes de actuar, preparar la actividad judicial, examinando y resolviendo si el asunto debe ser llevado a los tribunales (cfr. Beling, Ernest, *“Derecho Procesal Penal”*, DIN editora, Buenos Aires, 2000, pág. 57).

El Fiscal, más allá de sus funciones meramente requirentes de la instrucción o de las facultades de conducción de la misma -en caso de delegación-, tiene la capacidad otorgada por la ley de obtener información útil para la apertura de nuevos procesos (de allí el nombre de “investigación preliminar”), y de ser un generador de los fines de derecho penal. En el marco de esa prerrogativa puede llevar adelante las aludidas investigaciones, recabando pruebas absolutamente reproducibles, precisando los hechos, señalando a los imputados y tipificando su conducta.

Como sabemos, el art. 26, 2° párrafo de la ley 24.946 establece que tienen competencia para la formación de investigaciones preliminares *“los fiscales ante la justicia penal”,* sin hacer distinciones de funciones, jerarquías, ni de otra índole, para atribuir esta potestad de investigación. De igual modo, en la primera parte del citado artículo se consigna la posibilidad de requerimiento de colaboración a diferentes organismos a *“los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles”*. Dada la claridad del texto aludido, resulta arbitraria la distinción que efectúa el Inferior, toda vez que lo que está estipulado taxativamente impide realizar otra interpretación de la norma.

Surge de la lectura de la resolución aquí atacada, el *ad quem* y el *a quo* reconocieron parcialmente la potestad conferida por la ley, pero pretendieron limitarla mediante una aplicación analógica de las normas de los arts. 1, 25, 37, 39 y 40 de la Ley 24.946, pese a que en aquellas disposiciones legales no existe ninguna manda concreta que inhabilite a un Fiscal General -o a algún otro Fiscal- a llevar adelante las investigaciones preliminares que autoriza el art. 26 del mismo ordenamiento legal. La particular interpretación realizada por los jueces, contradice la norma concreta, que autoriza taxativamente a practicar los actos, que según los magistrados, prohíbe. Es dable observar, que el razonamiento judicial va a contramano de las reglas de la lógica y se traduce en una sentencia viciada de arbitrariedad manifiesta conforme normas procesales y de fondo, que vulnera disposiciones de orden público.

Cabe señalar, que el decisorio nulificante se tradujo en un cercenamiento al Ministerio Fiscal de la facultad que en realidad está en cabeza de todo ciudadano, de aportar pruebas tendientes a la averiguación de un delito, con el único agregado del reconocimiento de la competencia de requerir informes y de colectar declaraciones testimoniales. Esta prerrogativa, como es obvio, no implica un detrimento a la potestad judicial de dirección de la investigación ya que, estos aportes pueden ser rechazados (no anulados) si hay fundamento para ello y no adquieren calidad de prueba hasta que cuenten con la admisión judicial.

***VI.3.- La Competencia del Fiscal General.***

Un elemento normativo desconocido por la sentencia, es lo normado en el artículo 37 de la Ley 24.946. Que si bien es citado por el ad quem, no es más que una mera referencia legislativa pues no fue interpretada.

La norma de referencia establece los deberes y atribuciones de los Fiscales Generales ante los tribunales colegiados. Para el caso, en el inciso b) se dispone que deberá “*Desempeñar en el ámbito de su competencia las funciones que esta ley confiere a los fiscales ante la primera instancia y promover las acciones públicas que correspondan, a fin de cumplir en forma efectiva con las funciones asignadas al Ministerio Público Fiscal*”.

Con respecto al fondo del asunto, es preciso tomar en consideración que la claridad de las normas en juego, en cuanto regla la instrumentación de las actuaciones preliminares y complementarias, impone apegarse al principio conforme el cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de su texto si, como ocurre en el *sub examine*, no media debate y declaración de inconstitucionalidad, ya que la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a principios y garantías constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu (confr. CSJN, Fallos: 300:687; 301:958; 307:2153).

Sin lugar a dudas, que el Fiscal General puede ejercitar las funciones que le son propias a los fiscales de primera instancia, pudiendo actuar a los efectos de impulsar la acción penal.

Para una mejor inteligencia de este agravio, basta el decisorio de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, cuando entendió que *“Debe rechazarse el planteo de nulidad formulado con sustento en la incompetencia del titular de la UFITCO para llevar adelante una investigación preliminar por la presunta infracción a la ley 11.723 ya que, las reglas en materia de competencia aplicables a los jueces no son trasladables a los fiscales, pudiendo cualquier integrante del Ministerio público fiscal, llevar adelante investigaciones preliminares respecto de cualquier delito de acción pública”* (Potel, Horacio R., La Ley Online, AR/JUR/43558/2009). La misma Sala Primera de la Cámara aludida dijo: “…El organismo creado para la investigación de delitos cometidos en el ámbito de actuación del instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y pensionados-UFI-PAMI- se encuentra facultado para impulsar investigaciones preliminares destinadas a determinar la posible existencia de un delito en el ámbito de dicho ente, presentar denuncias penales, colaborar con los Fiscales Federales en el seguimiento de los casos y solicitar a la Procuración General de la Nación que se lo designe como fiscal coadyuvante” (Serra, Hernán y otros, La Ley 2007-F-, 587, Sup Penal 2007 (noviembre), AR/JUR/5768/2007).

La hipótesis legislativa, en términos genéricos, abarca los supuestos de actuación en el proceso penal formal y en la actividad previa o complementaria a la instrumentación de la acción penal.

Claramente, la resolución impugnada encara análisis del derecho sesgado ya que se concreta una interpretación de la ley forzada. Es decir, si la ley reza que todos los miembros de Ministerio Público podrán ejercitar la facultad del artículo 26, y a la vez estipula que los Fiscales ante Tribunales Colegiados podrán ejercer las funciones que le son propias a los fiscales de primera instancia, es a la sola finalidad de proveer al Ministerio Fiscal de los recursos necesarios para el impulso de acción penal. Ante ello, de ninguna manera puede avizorarse la violación del principio de legalidad en el proceso.

Lo expuesto desacredita la tacha de nulidad en razón de la falta de capacidad y constitución del Fiscal General. Según invocara el Juez de Grado, esta postulación encuentra soporte en el inciso 1° del artículo 167 del CPPN. Un simple ejercicio lógico, lleva a concluir que si la ley autoriza y/o habilita a los miembros del Ministerio Publico en cualquiera de sus niveles a instrumentar actuaciones preliminares, es porque la norma los dota de capacidad para concretar tal actividad.

En un fallo reciente, la Cámara Nacional de Casación Penal revocó una resolución de la Cámara Federal de Tucumán similar a la aquí impugnada, otorgando validez a los procedimientos desarrollados en virtud del artículo 26 de la ley 24.946 por este Fiscal General. Veamos ***“… No puede pasar inadvertido en ese punto que esa decisión fue tomada después de casi diez años de trámite, y en ese decurso fue revisada con anterioridad por los mismos magistrados, y que lejos de opinar al respecto por mayoría confirmaron el procesamiento de uno de los imputados pese a que el tema ya había sido introducido…”*** *“…Es por ende un tanto sorprendente la desacertada precipitación para decidir en un sentido contrario a lo antes resuelto. Y con franca inobservancia de que la investigación preliminar la había realizado el Fiscal General dentro de las facultades normativas propias, cual es la contenida en la ley 24.051 de residuos peligrosos…” “…Pesquisa cuya finalidad no era otra que verificar conductas criminales que de existir le permitían formular la pertinente e imperativa denuncia judicial, cuya suerte quedaría a cargo del órgano jurisdiccional correspondiente…” “… Es de remarcar que conforme surge del procedimiento actuado no se observa vulneración de derechos individuales en tanto los funcionarios de gendarmería, junto a un testigo, no invadieron ámbitos privados y que las muestras fueron tomadas en la zona de un arroyo de la zona, no en el interior del emprendimiento…” “… El resultado pericial de que las muestras tomadas se comportaban como material prohibido, fue lo que decidió al doctor Gómez a continuar como le imponían sus obligaciones funcionales, es decir a formular la denuncia penal…” “… Además, las medidas adoptadas por el Fiscal General, no fueron de aquellas definitivas e irreproducibles previstas en el artículo 213 del digesto ritual por lo que, en todo caso, se hubiera tratado de un vicio subsanable…” “…Vale decir que nada le impediría a la parte solicitar la reproducción de la medida en la forma que creyera pertinente y útil pero, sin embargo no lo hizo. Omisión mediante la cual operó a su respecto la caducidad contemplada en el artículo 171 del citado cuerpo de normas…”* ***“…Resulta pues evidente que el pronunciamiento impugnado contiene una errada interpretación de la norma reguladora de la actividad del Ministerio Público, desvío que ha de encontrar remedio en esta instancia…”*** (el resaltado me corresponde); *(Sentencia de fecha 30/04/2015 emitida por la Sala III de la CNCP, en causa: “Frigorífico Bella Vista y otros S/ recurso de Casación” N° FTU 400424/2005/1/CFC1).*

***VI.4.- La Resolución de la Procuración General de la Nación.***

También es errónea la interpretación de la Resolución PGN n° 121/06, a los efectos de fijar la competencia de los fiscales de grado y de apelación. Nótese que en el punto 1°) de los considerandos de la Resolución de la Procuración General dice que “…*Es oportuno que las actuaciones preliminares que se ejecuten sean conocidas por los Fiscales Generales desde su inicio, con precisa indicación del objeto al que se acotarán. Ello, a efectos que supervisen y coordinen la realización de las mismas, arbitrando los medios pertinentes para evitar el cumplimiento simultáneo por hechos idénticos o conexos, resolviendo, en su caso, quién continuará a cargo de una investigación preliminar y controlando la innecesaria prolongación de las mismas sine die, sin que se lleguen a conclusiones respecto de la improcedencia de la puesta en conocimiento del juez o la efectiva formalización de tal acto*…”; lo que posteriormente derivo en el punto II y III del citado cuerpo resolutivo. Claramente, el Sr. Procurador en ejercicio de sus atribuciones estableció un criterio de división de trabajo, tendiente a los fijar estándares de eficiencia en el desempeño de la función del Ministerio Público Fiscal. Ello, no significa que se haya dispuesto parámetros rígidos que demarcan las competencias entre los miembros del Ministerio. En todo caso, si se hiciera una discriminación negativa desde la perspectiva de competencia de grado se configuraría un claro ejemplo de tergiversación de los términos de la ley.

La cuestión analizada, fue abordada por este Fiscal General en diversas oportunidades al presentar memoriales de agravios como en la elaboración de artículos de doctrina. Justamente en un trabajo publicado con el título “La investigación informal: Articulo 26 ley 24.946”, en revista La Ley, en fecha 13/01/2004, se dejó en claro que de los términos del artículos 26 es razonable suponer y de hecho así ocurre, que la gran mayoría de las investigaciones preliminares son practicadas por los Fiscales Federales y nacionales -de la Capital Federal estos últimos- de primera instancia con competencia penal. Pero, para sorpresa de muchos, la primera oración del art. 26 es clara al involucrar a "los integrantes del Ministerio Público, en cualquiera de sus niveles" ¿A quién se refiere? En primer lugar y como ya se dijo, todos los fiscales que actúan ante la justicia penal. Sin distinción de grados. En el caso de una investigación preliminar puede practicarla desde un fiscal auxiliar hasta el mismísimo Procurador General de la Nación incluyendo a los Fiscales Generales ante los Tribunales Orales y ante las Cámaras Federales o Nacionales con competencia penal. Todo ello dicho en el mandato del 2ª párrafo del artículo 26. Por si alguien supone que sólo se refiere a los magistrados de 1ª instancia el primer párrafo despeja toda duda: Todos en cualquiera de sus niveles. Otro dato importante es que el párr. 1° no es exclusivo y excluyente de aplicar a los Fiscales penales. Aun cuando la mayoría de los magistrados dependientes de la Procuración General de la Nación son titulares de la acción penal, puede ocurrir que un colega de la Cámara Civil, o Comercial, o laboral, etc. necesite "para el mejor cumplimiento de sus funciones" requerir un informe, verificar un statu quo, etc. y puede para ello aplicar esta norma. Y tal pedido para cualquier fuerza de Seguridad no es a "título de especial colaboración" sino una orden lisa y llana en el marco de los medios que tengan a su alcance (Cita Online:AR/DOC/295/2004).

La analogía entre las reglas de competencia que rigen la actividad del órgano jurisdiccional y el Ministerio Público Fiscal, por lo menos resulta irrazonable. Sobre todo cuando estas reglas son concebidas para garantir derechos que ostenta el imputado en el proceso y que se derivan del artículo 18 de la Constitución Nacional en concordancia con el Bloque de Derecho Federal (art. 75 inc. 22 del CN). Por otro lado, la rigidez de las reglas que demarcan los límites de la competencia tornaría inaplicable el principio de unidad de acción del Ministerio Publico Fiscal sin que se configure una causal reglada en el Digesto de Forma. Esto es, la actuación de fiscales auxiliares quedaría excluida.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Ministerio Público establece, en su artículo 1, que el órgano ejercerá sus funciones con unidad de actuación. El principio de unidad de actuación, es entendido, según la doctrina como “…la necesidad de coherencia intenta vedar toda posibilidad de que ante situaciones similares la respuesta por parte del Ministerio Público Fiscal sea diversa alterando elementales reglas de igualdad y poniendo en crisis el logro de objetivos comunes…” (Bruzzone, Gustavo A.: *Las llamadas “instrucciones de los fiscales”* en Revista Pena y Estado n° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, nota 6, p. 222).

Creo atinado traer a colación fragmentos de los argumentos vertidos por el entonces Procurador General de la Nación Dr. Esteban Righi en su dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Jerez, Esteban S/ Su Denuncia” expediente 49.355; la cual había llegado a esa instancia en virtud de un recurso de queja por extraordinario denegado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, que a su vez declaró inadmisible la queja por Casación denegada interpuesta por esta Fiscalía General en contra del rechazo al recurso de casación en contra del fallo de la Cámara Federal de Tucumán que declaró la nulidad de todo lo actuado en virtud de haberse llevado a cabo en los términos del artículo 26 de la ley 24946. Dijo el Dr. Righi:

*“…En primer lugar, resulta manifiestamente infundada la idea de que el artículo 26 de la ley orgánica del Ministerio Público es oscura y que su interpretación, llevada a cabo en Resoluciones de la Procuración General de la Nación, especialmente en la Resolución PGN 121/06, ha dado lugar a una extensión antojadiza de las facultades del Ministerio Público al punto de arrogarse facultades que no le corresponden…” “…El artículo 26 de la ley orgánica del Ministerio Público autoriza a los fiscales con competencia penal a realizar lo que se ha dado en llamar ‘investigaciones preliminares’. El objetivo del legislador al otorgar esta facultad fue brindar una herramienta a los fiscales para procurar establecer la probable comisión de un hecho ilícito, para luego, en su caso, ponerlo en conocimiento de los jueces competentes. No se trata, en este primer supuesto, todavía, de la existencia de un proceso penal y por lo tanto, no hay ninguna colisión posible entre ‘la dirección de la instrucción por parte del juez’ y el Ministerio Público, tal como lo pretende el a quo. Lo que la ley contempla es la posibilidad de que los fiscales puedan dar un adecuado cumplimiento de las funciones de promoción y ejercicio de la acción penal. Este cometido no se agota meramente en el requerimiento de instrucción o, en todo caso, en la conducción de ésta cuando le fuera delegada, sino que la ley ha querido otorgarle al fiscal la potestad de reunir datos para poder establecer si ocurrió un hecho ilícito cuando todavía no existe la certeza necesaria para su denuncia y para la apertura de un proceso. Dicho de manera más sencilla, los fiscales tienen la facultad de plantearse hipótesis de trabajo relativas a la averiguación – con todos los límites constitucionales y legales – de delitos sobre los que todavía no hay los datos suficientes para la apertura de un proceso. El artículo 26 de la ley 24.946 plantea un modelo en el cual el fiscal puede investigar hechos sobre los que hay tan poca seguridad que no han ameritado todavía la sustanciación de un proceso, y por lo tanto, la dirección de éste por juez alguno. El fiscal por lo tanto, más allá de sus funciones meramente requirentes de la instrucción o de la conducción de ésta cuando le es delegada, tiene la capacidad otorgada por la ley de generar información útil para la apertura de nuevos procesos (de allí el nombre de ‘investigación preliminar’), y de ser un agente generador de la realización de los fines del derecho penal. El modelo de funcionarios fiscales meramente reactivos, que esperan en sus despachos a que les confieran vistas para evacuar, ha sido cambiado hacia otro en el que se reconocen, algunos – cuanto menos – componentes acusatorios, entre los que se encuentran un carácter más proactivo de la función. La inclusión de la posición constitucional del Ministerio Público (artículo 120 de la Constitución Nacional), al ‘nuevo’ Código Procesal Penal de la Nación y la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946) eximen de mayores comentarios relativos a los cambios operados en las dos últimas décadas…”.*

Sostener la postura jurisdiccional que se ataca, significaría en la praxis judicial dejar sin efecto aquellas causas que fueron originadas en el ámbito de las unidades fiscales especializadas en el ámbito de la Procuración General de la Nación. Todo un disparate jurídico y de hecho el Procurador General así lo consigna cuando concluye el dictamen transcripto parcialmente, exponiendo “…A ello cabe agregar que algunos aspectos que merecían alguna precisión para conciliar acabadamente el ejercicio de esa facultad con los derechos y las garantías constitucionales fueron atendidos debidamente por la Resolución P.G.N. 121/06 (duración, indicación del objeto, supervisión de parte del superior, remisión de las actuaciones al Juez a pedido de éste, prohibición de ordenar actos definitivos e irreproducibles, entre otras), la cual **– mal que le pese a la cámara federal tucumana –** fue dictada en ejercicio de las atribuciones que la ley 24.946 otorga al Procurador General de la Nación” (el resaltado me corresponde).

***VI. 5.- Nulidad absoluta- Falta de especificación de perjuicio (supuestos derechos afectados de la defensa).***

Declarar la nulidad absoluta de las “Actuaciones Preliminares N° 64” constituye una manifiesta arbitrariedad del *a quo* y del *ad quem*, sobre todo si se atiende al hecho de que el objetivo de las mismas es desarrollar una tarea preliminar a la formación de causa, en procura de establecer, al menos en forma mínima, la probable comisión de un hecho ilícito para luego, en su caso, ponerlo en conocimiento del juez, a quien le corresponderá decidir si él dirigirá la investigación o la delegará en el Fiscal. Es decir, que con la investigación preliminar el Fiscal realiza una *tarea depuradora* de indudable aporte y valor al funcionamiento del servicio de justicia, ya que si no se hiciera, toda denuncia recibida, aún sin visos de certeza sobre la comisión de un delito –y federal- engrosaría los expedientes judiciales sin filtro alguno.

Es dable advertir, que el juzgador no señala en concreto cuáles fueron las afectaciones al debido proceso legal y al derecho de defensa ocasionadas por la actividad del Fiscal General, toda vez que se limita a esbozar de manera vaga y genérica y con extremado rigorismo formal una supuesta vulneración de la ley. Como dice el Fiscal de grado, se trata de una nulidad “en el sólo interés de la ley”, habida cuenta de que no se ha especificado en forma precisa ningún perjuicio.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación admite expresamente el valor de la investigación instruida por la norma del art. 26 de la ley 24.946, dándole el carácter de “prevenciones sumarias”, tal como surge de lo expresado en el caso “Gostanián, Armando s/ Recurso Extraordinario” G. 1471. XL. del 30 de Mayo de 2.006 T. 329, P.

Reitero que en el caso bajo análisis, la actuación preliminar anulada, se decretó a los fines de precisar cuál de las dos fiscalías federales de primera instancia se encontraba de turno al momento de la presentación del sumario 28/14 iniciado de oficio por Gendarmería Nacional, a los fines de remitir allí las actuaciones, las que fueron practicadas de oficio por esa fuerza de seguridad, en virtud de lo establecido en el art. 183 del CPPN, sin embargo, los errores conceptuales a los que ya hice mención, determinaron que los gendarmes presentaran los obrados en la Fiscalía General a mi cargo y no en la Fiscalía Federal de primera instancia. De ello no surge vulneración alguna al ejercicio del derecho de defensa.

Es por ello que cabe citar lo que tiene dicho la jurisprudencia nacional, más precisamente la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 4859 “Alais, Julio Alberto s/recurso de casación”, reg. 199/04, del 23/4/2004, en el sentido de que...” *en virtud del principio de trascendencia una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa; por consiguiente tanto en el caso de una nulidad relativa como de una nulidad absoluta es menester la demostración de un perjuicio real y concreto*” (cfr. CSJN Fallos 323:929).

Por lo tanto y como bien sostiene el sentenciante, es necesario un perjuicio “real” para la aplicación de la sanción de la nulidad, sino ésta no tiene razón de ser más aun cuando el sistema de nulidades en eminentemente restringido. Es decir, no surgen elementos suficientes que indiquen que se está en presencia de una vulneración de las garantías constitucionales, reitero, los datos obrantes en la causa fueron facilitados por organismos públicos.

La vigencia del texto aludido y la actividad del órgano investigador en la instancia preliminar, de ninguna manera subvierten el ejercicio de la contradicción probatoria que ostenta en imputado, en una clara aplicación de un aspecto del dispositivo constitucional reflejado en el artículo 18. Esto es así, desde que puede replicar su entidad una vez abierta formalmente la instrucción o en la etapa de sustanciación del plenario. La aplicación del principio de contradictorio en la instrucción, no es sino una consecuencia de un derecho que según el a quo se conculcó.

El inferior no explica en su decisorio, que tipo de vulneración se produjo en autos, ni frente a quién. Tampoco determina quienes se vieron privados de ejercer su defensa o sufrieron la afectación de sus derechos. No señala qué actos de los que se han realizado son irreproducibles -o definitivos- o de palmaria irregularidad. Entre las consideraciones efectuadas por el sentenciante no hay una sola que se refiera a pruebas incorporadas a espaldas del magistrado ni a actos producidos que él no pueda controlar o valorar. Como se advierte, no ha demostrado mínimamente que las providencias dictadas en el sumario investigativo 28/14 practicado por Gendarmería Nacional y la investigación preliminar posterior a efectos de determinar la fiscalía federal de primera instancia que deberá intervenir en razón del turno, hubiese causado un perjuicio real y concreto a la firma denunciada o un menoscabo de las reglas del debido proceso.

Resulta en este punto oportuno realizar las siguientes preguntas: ¿Los actos anulados por el *a quo* y el *ad quem*, son prohibidos por la ley? ¿Cuáles garantías en concreto han sido conculcadas con un sumario de Gendarmería Nacional respecto de la contaminación ambiental que estaría produciéndose en el paraje “Mancopa”, provincia de Tucumán, cuando solamente se recolectó indicios de ella encontrados en lugares de públicos, como es un río y un canal de desagüe y muestras fotográficas?.

La respuesta es obvia: la aseveración del juez de que en autos existió una “palmaria vulneración del debido proceso”, resulta tan ampulosa como teórica, toda vez que no se indican en concreto los derechos de los que se habría privado al ciudadano objeto de estas actuaciones a través de una serie de medidas cuya regularidad en ningún momento cuestiona.

En sintonía con lo expuesto, cabe señalar que los informes confeccionados en el marco del sumario de investigación de Gendarmería Nacional N° 28/14, sólo contienen datos objetivos y absolutamente reproducibles que no constituyen prueba legal alguna, hasta no ser incorporados al sumario por el órgano jurisdiccional. Es por ello que aparece como temeraria e injustificada la decisión del Inferior y de esta Cámara de invalidar actuaciones realizadas *previamente* al proceso penal, máxime cuando es evidente que no existe colisión alguna con la dirección de la instrucción por parte del juez, ni afectación alguna de la defensa en juicio.

Cabe concluir entonces que: por la ausencia de todo perjuicio; por no haber afectación alguna del derecho constitucional del art. 18; por no haberse violentado el principio de inocencia y por carecer de interés jurídico la declaración de nulidad del proveído dictado en el marco de la actuación preliminar cumplida por el Ministerio Público Fiscal, corresponde que ese Tribunal revoque la resolución de esta alzada.

**VII. Resolución pretendida**.

En orden a lo que expuse, pretendo que la Cámara Nacional de Casación Penal case la sentencia en crisis, declare su nulidad o en subsidio la revoque y admita los agravios aquí expresados. Así, persigo como objetivo que se declare la validez de las actuaciones (N° 28/14) practicadas de oficio por la patrulla ambiental del Escuadrón N° 55 – Tucumán – de Gendarmería Nacional, respecto del probable delito de contaminación de la cuenca hídrica interjurisdiccional “Salí Dulce”, que estaría produciendo la empresa “Limpio Más”, y en consecuencia se disponga la continuidad de la causa según su estado.

**VIII. Reserva del Caso Federal.**

Para el hipotético caso en que la Cámara Nacional de Casación Penal confirme el fallo en crisis, hago reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por darse en autos un caso federal, toda vez que se ha conculcado el debido proceso legal adjetivo al que tiene derecho este Ministerio Público Fiscal (Arts. 18 y 120 de la Constitución Nacional) puesto que se ha obstaculizado el mandato constitucional hacia el Ministerio Público Fiscal consistente en el ejercicio de la acción penal pública, mediante una sentencia que yerra en la aplicación e interpretación del derecho y -se ha demostrado- sólo cuenta con fundamentos de mera apariencia. Estos vicios deben eventualmente encontrar remedio en el recurso extraordinario federal.

**IX. Constituyo domicilio**.

Constituyo domicilio a estos efectos, en el público despacho del Sr. Fiscal ante la Cámara Nacional de Casación Penal que por turno corresponda, en Comodoro Py 2002 piso 5°, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**X. Petitorio**:

En orden a las consideraciones reseñadas, al Tribunal pido:

**1°)** Téngase por interpuesto en tiempo y forma el presente Recurso de Casación y por constituido el domicilio procesal.

**2°)** Concédase el mismo y elévense las actuaciones a la Cámara Nacional de Casación Penal, de quien solicito revoque el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán obrante a fs. 68/73, haciendo lugar a la nulidad peticionada por este Ministerio Público Fiscal en el punto V de este recurso; o en su defecto, receptando favorablemente lo instado en el punto VII de este recurso cuyos argumentos se hallan vertidos en los subacápites del punto VI.

Fiscalía General, 28 de septiembre de 2016.

GG

Dictamen Nro. /16.