



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

DICTAMEN N° 11.573

"CARIAGA, Valeria Ailín s/Infracción ley 23.737".

Causa N° FCR 3695/2017/1/CA1-CFC1

Sala III Fiscalnet 219192/2017

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en la causa Nro. FCR 3695/2017/1/CA1-CFC1 del registro de la Sala III caratulada: "CARIAGA, Valeria Ailín s/ Infracción ley 23.737", me presento y digo:

I. Introducción

Ingresan las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por la Defensa Oficial y por el representante del Ministerio Público Fiscal, contra la resolución dictada el 31 de octubre del 2017 por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que resolvió: a) Confirmar la resolución de primera instancia; b) Hacer saber que no se considerará representado al Ministerio Público Fiscal ni de la Defensa en ningún acto procesal, sin la participación o presencia, del titular o subrogante legal de la dependencia, a partir del 01/02/2018.

II. Hechos

Conforme surge del expediente, la presente causa se inició el 23/03/2017 a raíz de una requisita personal realizada a Valeria Ailín Cariaga antes de que ingrese a visitar a un familiar que se encontraba detenido en el centro penitenciario de la ciudad de Ushuaia. En esa ocasión, los oficiales hallaron oculto entre sus ropas, en la zona de la ingle, un cigarrillo que contenía en su interior 0.61 grs. de marihuana.

Consultada la fiscalía, dispuso que se diera al caso trámite de "flagrancia". Ante la ausencia por razones de servicio del

titular de Fiscalía Federal de Ushuaia, Juan Soria, se designó al secretario de la dependencia, Fernando Rota, para que actúe en calidad de fiscal “ad-hoc” en la audiencia de flagrancia.

El juez de primera instancia, no aceptó la participación de Rota, porque entendió que no tenía legitimación, y decidió darle el trámite de procedimiento común a la causa. Para así decidir, sostuvo que ni la Constitución Nacional ni la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 27.148 habilitaba el nombramiento de fiscales “ad-hoc”, pero si preveían la designación de auxiliares fiscales y asistentes fiscales, al igual que las resoluciones PGN N°3777/16 y 328/17, para los casos de flagrancia. Agregó que “los fiscales ‘ad-hoc’ no son lo mismo que los Auxiliares fiscales y que los Asistentes fiscales. Ambos tienen funciones limitadas y están subordinados a las instrucciones del Fiscal titular, cosa que aquí no sucede.” (Cfr. fs. 2 vta.)

Concluyó que la ley 24.946 había sido derogada, y por tal razón, no debió usarse como fundamento para la confección de una lista de fiscales “ad-hoc”. Sostuvo que resultaba aplicable al caso la doctrina de los fallos de la CSJN “Rosza”, “Uriarte” y “De Martino”.

Esa resolución fue apelada por el fiscal de la instancia.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, por mayoría, confirmó la sentencia y consideró que a partir del 01/02/2018 ya no se consideraría representado el Ministerio Público Fiscal, ni el Ministerio Público de la Defensa, en ningún acto procesal, sin la participación del titular o subrogante legal de la dependencia, según el caso.

Contra dicha resolución, interpusieron recurso de casación el fiscal general y la defensa oficial, los que fueron concedidos sin el efecto suspensivo previsto en el art. 442 del CPPN. Circunstancia que motivó la presentación de un recurso de queja de cada uno de los recurrentes.



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

El 27/12/2017 la Sala III de esta cámara, mediante las resoluciones de Reg. N° 1690/2017 y 1691/2017, resolvió hacer lugar a los recursos de queja y conceder los recursos de casación con efecto suspensivo.

### III. Recursos

#### a) Recurso del fiscal.

El recurrente fundó su recurso en el inciso 2º del art. 456 del CPPN.

Como primer motivo de agravio, señaló que la sentencia recurrida no cumplía con la fundamentación suficiente que impone el art. 123 del CPPN y que el tribunal incurrió en un exceso de jurisdicción, porque se arrogó facultades e interfirió en la autonomía del MPF, provocando para este caso y los sucesivos, una afectación al desarrollo de sus funciones. Señaló que el presente caso era de caos y gravedad institucional.

En segundo lugar, se agravó de que el magistrado actuante no le diera el trámite correspondiente a los delitos cometidos en flagrancia, conforme a las previsiones de la ley 27.272.

A continuación, planteó la nulidad de la resolución de la Cámara en razón de que los jueces omitieron, sin razón, celebrar la audiencia prevista en el art. 453, 2º párrafo, del CPPN, que es requisito previo al dictado de la sentencia.

Sostuvo la inaplicabilidad del fallo “De Martino” de la CSJN al presente caso y remarcó la plena vigencia de las leyes 24.946 y 24.148 y de las resoluciones PGN N° 13/98, 35/98 y MPS N° 039/16.

Se agravó de la errónea equiparación del mecanismo de designación y actuación entre jueces y fiscales y de la falta de

declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad de las disposiciones que rigen la organización y reglamento del MPF. Solicitó que se revoque sentencia porque las disposiciones internas que reglamentan el funcionamiento del MPF continuaban vigentes; concluyó que su representatividad no podía ser limitada ni en este ni en otros.

Citó doctrina y jurisprudencia en respaldo a su postura e hizo reserva del caso federal.

b) Recurso de la defensa.

El recurrente fundó su recurso en ambos incisos del art. 456 del CPPN.

Limitó los agravios de su recurso, únicamente en lo que atañe a la actuación de los defensores públicos.

Sostuvo que la sentencia recurrida pretendía desconocer, condicionar y/o supervisar, de algún modo, la actuación de los defensores públicos oficiales coadyuvantes, en su actividad de representación en los estrados de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y de los juzgados federales de la jurisdicción.

Puso de resalto que se violó la independencia del Ministerio Público de la Defensa afectándose la regular y eficaz prestación del servicio. Remarcó la plena vigencia de las leyes 27.149, 27.372, y resoluciones DGN N° 414/16 Y 236/17 y que el caso reviste gravedad institucional.

Se agravó de que la cámara emitió una resolución excediéndose de las facultades que le otorgaba el recurso de apelación sometido a su conocimiento (art. 445 del CPPN) y sin realizar la audiencia que prevé el código. Indicó que la sentencia fue arbitraria, infundada, extrapetita y dictada inaudita parte, con la consecuente afectación del debido proceso y del derecho a ser oído.

Recordó que el art. 34 de la ley 27.372, ratificó la actuación de los defensores públicos coadyuvantes entre los miembros del



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

MPD y que además, transformó los actuales cargos de secretarios letrados y prosecretarios letrados de ese organismo para que ejerzan tal función.

Citó doctrina y jurisprudencia en respaldo a su postura e hizo reserva del caso federal.

IV. (A) Gravedad Institucional. Validez de la designación de fiscales “ad-hoc”.

En primer lugar, resulta necesario aclarar que la Ley Orgánica del MPF 24.946, sancionada el 11/03/1998, continua vigente en tanto sus disposiciones no se contradigan con las previstas en la nueva Ley Orgánica 27.148. Así lo dice el artículo 89 de la ley 27.148, más allá de lo que podamos observar respecto de esta deficiente técnica legislativa, que será fuente de innumerables problemas.

En segundo lugar, debo destacar que resulta aplicable al caso el dictamen del Procurador ante la Corte en autos “Recurso de queja n°1- Incidente n°1- Imputado G., Facundo Nahuel s/ incidente de recurso extraordinario”, Cn° CCC35/2016/1/1/1/RH1, del 27/02/2018, cuya copia acompaña al presente. Allí expresó que “(...) los jueces prescindieron también de la ley aplicable al caso cuando afirmaron que los funcionarios designados como fiscales subrogantes ad-hoc 'no cumplen con los requisitos para llevar adelante el impulso de la persecución penal a través de sus peticiones', pues 'para actuar legítimamente requieren una norma de habilitación' ausente, por no contar 'con la designación prevista en las leyes que reglamentan la citada norma constitucional' (artículo 120 de la Constitución Nacional). Estas afirmaciones desconocen que la ley 24.946, como se ha dicho, establece no uno sino dos mecanismos para la designación de fiscales, ambos igualmente válidos, en tanto se cumplan los requisitos mencionados por cada uno de ellos, y que la designación invalidada había sido efectuada

con sustento en el reglado en el artículo 11, ya mencionado, cuya constitucionalidad y aplicación al caso los jueces no cuestionaron. Esta circunstancia determina precisamente la inaplicabilidad del precedente del Tribunal invocado en el voto del doctor Pinto, pues in re "De Martino" (Fallos: 336:1172) la decisión de V.E. se basó en una ausencia de esos requisitos que aquí, en cambio, en ningún momento se verificó. De allí que la decisión de la cámara importó un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista en la ley para el caso, lo cual descalificaba también desde esta perspectiva al fallo como acto jurisdiccional válido."

Las designaciones de funcionarios para asistir a los fiscales en las distintas causas, no son recientes. Así se los llame meramente funcionarios, fiscales "ad-hoc", auxiliares, o adjuntos, desde siempre hubo que recurrir a esas figuras por razones de hecho, de fuerza mayor, ante vacancias o frente a la complejidad de los casos sometidos al conocimiento de Ministerio Público Fiscal.

Debe tenerse presente que existen distintas categorías de fiscales en el sistema de la ley de Ministerio Público de la Nación. Es preciso marcar una diferencia. Por un lado, están los fiscales titulares, designados de acuerdo al mecanismo que prevé la ley, esto es, por el procedimiento de concurso público y oposición de antecedentes, elevación de terna al Poder Ejecutivo, y designación de éste con previo acuerdo del H. Senado de la Nación.

Existe otra categoría que se genera a partir de la vacancia de un cargo cubierto de algún fiscal titular, que es la de fiscal subrogante. Para su designación, deben cumplirse los requisitos del art. 11 de la LOMP que prevé un mecanismo específico, que es la designación de abogados que integren una lista previamente confeccionada y que además reúnan los requisitos para el cargo, que pueden o no ser funcionarios del poder judicial y los ministerios públicos.

Además, están los fiscales coadyuvantes, que comprende aquellos casos de quienes ya son fiscales titulares o fiscales subrogantes, y



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

que son designados para actuar conjunta o alternativamente con otros fiscales en determinados puestos o unidades (art. 33, inc. g)

En cuanto a los fiscales “ad-hoc” o auxiliares, sus funciones son la colaboración con los titulares, actuando bajo sus instrucciones y supervisión, o en reemplazo de manera temporaria de un funcionario efectivo cuando resulta necesario. En definitiva su nombramiento responde a necesidades funcionales de distinta naturaleza. La figura del fiscal “ad-hoc” no reemplaza la del fiscal titular que no es apartado de las causas. En el esquema funcional establecido, son los fiscales titulares quienes deciden si quieren ser asistidos por las Procuradurías o en la labor del equipo de trabajo, por fiscales coadyuvantes o “ad-hoc”, la que siempre estará sujeta a sus directivas. Es decir, este tipo de designaciones responde a necesidades funcionales distintas y, por ello, está sujeto a regímenes diferentes. Por ejemplo, en el caso de autos, el exceso de audiencias, la imposibilidad material del fiscal titular para asistir a todas y, a su vez, trabajar en las causas en las que interviene.

En los últimos años, han sido reiterados los cuestionamientos sobre el alcance de la facultad del/la Procurador/a General de la Nación para decidir la política de actuación del MPF y cómo se organizan sus recursos, así como también, para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones y deberes que la Constitucional Nacional otorga al organismo a su cargo.

Si analizamos la voluntad del legislador histórico, y si se quiere, el aspecto teleológico de las normas dictadas al respecto, es importante comenzar con el debate parlamentario durante el mes de mayo de 1985, de la ley 23.183, que modificaba el artículo 116 del Código de Procedimientos en Materia Penal entonces vigente, referido a las facultades del Procurador General. Allí quedó establecido el verdadero

sentido o alcance que el legislador le otorgó. Se sostuvo: “El motivo de esta reforma, señor presidente, es que quede claro que la atribución del procurador general es para nombrar un asistente o ayudante del fiscal interviniente. De ninguna manera, esta norma puede ser interpretada en el sentido de que el señor procurador general pueda nombrar un sustituto del fiscal interviniente”. Posteriormente se agregó, “No se trata de una innovación que queremos introducir caprichosamente, sino que es un principio de razonabilidad que vamos a incorporar en la ley, para que ella rija en todos los casos con el sentido de la defensa de la unidad en la defensa del interés público, que está a cargo del ministerio fiscal, y para que en cualquier circunstancia difícil de desempeñar por parte del titular de una causa pueda contar con la debida colaboración bajo su dirección”. Para concluir se dijo que “estamos legislando para todos los casos y para el futuro, y no para una situación especial” (Palabras de los senadores por Entre Ríos, Jujuy y Catamarca, en ese orden. Servicio de Información Parlamentaria N° 94, antecedentes parlamentarios de la ley 23.183, Dirección General de Bibliotecas del Poder Judicial de la Nación).

Es decir, inclusive antes de su independencia constitucional consagrada en la reforma de 1994 (art. 120 C.N.), cuando el Ministerio Público Fiscal tenía anclaje indefinido entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial y los fiscales eran designados por resolución del Ministro de Justicia, sin decreto del PEN, ni acuerdo del Senado, ni concurso.

La designación de los fiscales “ad-hoc” fue una política implementada por el MPF desde tiempos remotos. El déficit de fiscales con los que cuenta el organismo es un problema de antaño. Ponemos unos pocos ejemplos.

a) Luis Moreno Ocampo era secretario letrado de la Procuración General y, a propuesta del Fiscal ante la Cámara Criminal y Correccional Federal del 18 de junio de 1985, Julio César Strassera, fue designado por el entonces Procurador General Juan Octavio Gauna, para



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

ejercer la representación del Ministerio Público ya fuera en forma conjunta o alternada en la causa 13 seguida contra los ex comandantes (la sentencia está publicada en Fallos: 309, dos tomos), bajo la dirección del Sr. Fiscal de Cámara. Esa resolución es la N° 7/85 del 19 de junio de 1985, y se dictó con fundamento en el artículo 116, inciso 4º, del Código de Procedimientos en Materia Penal, según redacción de la ley 23.183.

Esto es muy interesante, ya que muestra cómo de una cuestión meramente formal no se puede hacer una cuestión jurídica seria. La ley 23.183 modificó el texto del artículo 116, inciso 4º, CPMP, para que el Procurador General pudiese designar funcionarios de la Procuración General, lo cual, bajo el texto anterior, no podía hacer. El inciso quedó redactado así: “artículo 116.- Corresponde al procurador general de la Suprema Corte:... 4. Disponer la intervención conjunta o alternativa de funcionarios de la Procuración General o de otros integrantes del Ministerio Público, que coadyuvarán en toda causa del fuero en que, por importancia o dificultad del asunto lo estime aconsejable. El funcionario coadyuvante actuará bajo la dirección del titular”.

Esa ley fue publicada en el Boletín Oficial el 24 de junio de 1985, pero como ya se dijo, el pedido del Fiscal ante la Cámara Strassera y la resolución del Procurador General, fueron anteriores, el 18 y 19 de junio, respectivamente. Además, el texto no dice que pueda nombrar fiscales, sino funcionarios.

Evidentemente, y así se desprende del debate parlamentario (donde hay una intervención del senador Rodríguez Saá que genera una modificación del texto original propuesto), la ley fue dictada por la necesidad imperiosa de proveer de colaboradores con plenas potestades a los fiscales intervenientes en estos mega-juicios. No hay ningún problema con eso. Como la promulgación de la ley fue el 14 de junio de 1985, es evidente que ya era conocida por quienes

promovieron la designación de Moreno Ocampo, y que tenía vigencia maguer su ausencia de publicación.

b) El método continuó, también por razones de necesidad, porque hubo que enjuiciar a unos individuos que se alzaron en armas contra el gobierno nacional y que se autoproclamaron "Carapintadas". Así, por Resolución N° 9/91 del 30 de abril de 1991, a pedido del nuevo Fiscal titular ante la Cámara Moreno Ocampo, el Procurador General don Oscar Roger designó al secretario de la Fiscalía ante la Cámara, Martín Niklison, como fiscal adjunto para actuar en la causa 1197 "Baraldini". La Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal ya había cambiado de composición. Creo recordar que los jueces eran Costa, Cattani, Casanovas, Mitchell, Rodríguez Basavilbaso y Fégoli. El fiscal adjunto fue convalidado.

c) La situación del fiscal adjunto Niklison continuó cuando el fiscal ante la Cámara dejó de ser el doctor Moreno Ocampo y pasó a ser el titular el doctor Gustavo M. Hornos, hoy juez de la Cámara Federal de Casación Penal. También fue designado como fiscal adjunto el Dr. Amelotti.

d) Y así en varios casos más. Por resolución N° 16/92, del 6 de marzo de 1992, el Procurador General Aldo Luis Montesano Rebón designó a los funcionarios de la Procuración, Carlos Alfredo Oliveri y Guillermo Jorge Yacobucci, para que intervinieran como fiscales coadyuvantes con la fiscal Fátima Ruiz López, en procedimientos de la ley penal tributaria, a raíz de la complejidad de los hechos investigados en una causa que tramitaba ante el Juzgado en lo Penal Económico n° 8, Secretaría 15 (causa "Uhalde").

Pocos días más tarde se creó una comisión para asistir en ese tipo de causas y se designó, a cargo de ella, a los mismos funcionarios y, como miembros, a otros que, inclusive, estaban contratados por la Procuración (Resolución N° 24/92, del 24 de marzo de 1992).



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

e) Más cercanos en el tiempo, el entramado de normas basadas en evidentes necesidades que fueron surgiendo en cada momento, se cuestionó la designación y actuación de los fiscales subrogantes Carlos Gonella, Gustavo Romero y Darío Illanes. La causa es la N° 225/2013 “Estrella, Luis Fernando; Menéndez, Luciano Benjamín; Vera, Domingo Benito s/ recurso de casación” (originaria del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Rioja), y por sentencia del 5 de noviembre de 2013 (registro N° 2138/13) la Sala IV de la Cámara de Casación convalidó la designación y actuación de Gonella, Illanes y Romero, porque la parte que las había impugnado no había demostrado el perjuicio que le causaba su intervención.

Ello demuestra que la temática no es reciente, sino que desde antaño ya se vislumbraban ciertos acontecimientos que demostraban la necesidad de recurrir a este tipo de figuras enmarcadas dentro de la ley.

(B) Marco normativo.

Reitero que la Ley Orgánica del MPF 24.946, sancionada el 11/03/1998, continua vigente en tanto sus disposiciones no se contradigan con las previstas en la nueva Ley Orgánica 27.148. Así lo dice el artículo 89 de la ley 27.148, más allá de lo que podamos observar respecto de esta deficiente técnica legislativa, que será fuente de innumerables problemas.

Pero además, cabe tener en cuenta que el Decreto 257/2015 del PEN derogó solamente el Título VI “Normas de Implementación” (artículos 81 a 88) de la nueva ley, de modo que todas las demás disposiciones establecidas en ella, que no dependieran de la efectiva aplicación de la ley 27.063 (Nuevo Código Procesal Penal de La Nación), mantienen plena operatividad y están en vigor.

De este modo, haré una interpretación armónica de las normas que regulan la cuestión en estudio.

Conforme a la nueva Ley Orgánica del MPF 27.148 la designación de fiscales “ad-hoc” tiene su sustento legal en los artículos 51 y 52. Estos artículos establecen las funciones que tendrán los auxiliares fiscales, los requisitos y las pautas para su designación. Por otra parte, el artículo 12 determina cuáles son las funciones y atribuciones del Procurador General, entre ellas, organizar los recursos materiales y humanos del organismo; disponer la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del MPF cuando la importancia o dificultad de un caso o fenómeno delictivo lo hagan aconsejable; realizar delegaciones específicas respecto de las funciones y atribuciones mencionadas en este artículo en magistrados o funcionarios de conformidad con la reglamentación que se dicte al respecto, entre otras.

De acuerdo con lo previsto en la ley 24.946, el/la Procurador/a General de la Nación es el/la jefe/a máximo del Ministerio Público Fiscal, tiene a su cargo el gobierno del organismo (artículo 21), que debe ser ejercido a los efectos de garantizar su cometido constitucional: promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (artículo 120 CN, y artículo 1 ley 24.946). En particular, el artículo 33 de la citada ley reconoce al/la Procurador/a la atribución de ejercer la superintendencia general sobre el Ministerio Público Fiscal y, en particular, la de dictar los actos necesarios para establecer una adecuada distribución del trabajo entre sus integrantes y sus respectivas atribuciones y deberes (artículo 33, inciso II, ley 24.946). Ante una vacancia en un cargo de fiscal que puede afectar el normal desarrollo de la función, es obligación (remarco la palabra obligación, porque en algunas presentaciones judiciales, se trasluce la idea -y hasta se la expresa- de que la Procuradora General de la Nación nombre a estos funcionarios por capricho o gusto personal, cuando en realidad si no cubre las funciones ante la falta de personal estaría incumpliendo con sus deberes) del/la Procurador/a General asegurar la



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

prestación del servicio público que se pone en riesgo mediante el nombramiento de un reemplazante provisorio.

En efecto, la necesidad de la designación de los auxiliares fiscales radica en asegurar la mejor representación posible del organismo en cada uno de los casos en los que deban intervenir sus agentes y así cumplir con su función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120 C.N.). Sobre todo con el nuevo régimen de flagrancia consagrado por la ley 27.272 que provocó un gran impacto en la dinámica de trabajo de las fiscalías. Tal es así que, existen fiscalías descentralizadas, en las que hay uno o dos fiscales de turno las 24 horas los 365 días del año, ubicados lejos de las sedes de los jueces ante quienes tienen que presentar sus casos.

Por otro lado, también es dable señalar que las designaciones que están amparadas en los artículos 51 y 52, de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público (27.148), se deben a la lentitud con que históricamente tramitan las designaciones de vacantes por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo. En los últimos años, han proliferado las acciones judiciales para cuestionar designaciones de fiscales de toda naturaleza y en muchos casos los jueces han hecho lugar, con lo cual podría concluirse que el Poder Judicial también es causa de este problema que encuentra respuestas casuísticas sin ver el todo.

Para tal fin, la ley pone en cabeza del/la Procurador/a General de la Nación, a solicitud del titular de la unidad fiscal que se trate, la facultad de disponer la actuación conjunta o alternativa de dos o más integrantes del MPF de igual o diferente jerarquía en casos de importancia o complejidad. De esta forma, los fiscales auxiliares podrán realizar la actividad asignada al MPF por el Código Procesal Penal de la Nación para la investigación de diversos

casos y además, asistir a las audiencias que el fiscal titular le indique con las pretensiones que aquél disponga (arts. 11, 33 inc. "g" de la ley 24.946 y art. 51 incs. a) y b) de la ley 27.148).

(C) Caso bajo estudio

Respecto al caso bajo estudio, cabe mencionar que el Dr. Rota, secretario de la Fiscalía Federal de Ushuaia, fue designado como fiscal federal "ad-hoc", en base a las reglamentaciones vigentes al respecto, con el fin de auxiliar al fiscal titular de la dependencia, Dr. Juan Soria, quien se encontraba con licencia por razones de servicio entre los días 22 y 26 de marzo del 2017.

El Dr. Rota, luego de que fuera intimado por el juez de primera instancia, presentó copia de las resoluciones MPS 039/16 de la Fiscalía General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, mediante la cual, en virtud de las resoluciones PGN 13/98 y 35/98, se confeccionaron las listas de abogados para actuar como fiscales "ad-hoc" durante el 2017. También, copia de la resolución FGU 17/17, mediante la cual el Dr. Adrián García Lois, Fiscal General ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Ushuaia, conforme lo habilitaba la PGN 615/13, concedió la licencia al Dr. Soria y designó al Dr. Rota.

Cabe mencionar, que el nombrado actuó en innumerables casos en calidad de fiscal "ad-hoc", desde el 2011 hasta la fecha, y nunca se cuestionó su participación. Incluso, como mencionó el fiscal recurrente, el mismo día que el juez instructor emitió la resolución cuestionada y que luego fuera confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, resolvió denegar la excarcelación a un imputado en otra causa y compartió los argumentos del dictamen del Dr. Rota (Cfr. Cn° FCR 50/2017/3 "Militello, Lucio Guillermo s/ incidente de excarcelación", del 24/03/2017).

Con un criterio similar al de las resoluciones PGN 13/98 y 35/98, la resolución PGN 103/2008, de la época del Procurador Esteban Righi, y aún vigente, dispuso una delegación de tipo administrativa del



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Procurador General en algunos fiscales generales de Cámaras de Apelaciones, basada en la potestad que le conferían los artículos 11, 24, 25, 33, 37, 39 y 74 de la Ley Orgánica del MPF (24.946). Por ella, autorizó a aquellos fiscales generales a que designen como fiscales “ad-hoc” indistintamente a los Secretarios de Cámara y a los Prosecretarios Letrados de planta o adscriptos que presten servicios ante esas fiscalías. Cabe destacar que esta resolución también sigue siendo aplicable porque es compatible con las disposiciones de la nueva Ley Orgánica del MPF (27.148) en función de los artículos 1, 2, 3, 11, 12, 44 a 53 y 60 de ese cuerpo legal.

Por ello, no se trata de una nulidad del nombramiento de esos funcionarios, toda vez que la potestad para su designación tiene como único objetivo que asistan a las audiencias, prevista expresamente en las normas de jerarquía legal citadas, todas ellas reglamentarias del artículo 120 de la C.N.

El proceso interno de designación de un reemplazante del Ministerio Público Fiscal no es un problema de derecho procesal penal, sino que es un asunto de derecho administrativo. En tal sentido, el único órgano que podría agraviarse en estos casos, no puede ser otro que el propio Ministerio Público, sea por extralimitación o inconducta de uno de sus miembros. El mero cambio de una persona por otra para formular la acusación, mantener un recurso o asistir a una audiencia, por ejemplo, nunca podría causar un agravio o dar lugar a una nulidad, ya que éste intercambio es válido, su contenido avalado por el MPF y conocido en todo momento por la contraparte para ejercer su ministerio.

Hay que destacar que la estructura orgánica del Poder Judicial responde al principio de “horizontalidad”, a diferencia del MPF, cuya estructura es “piramidal”, donde el Procurador es el jefe máximo, coordina la actuación de todos los fiscales, tiene la facultad de sustituir

magistrados, y lleva adelante la gestión de gobierno del organismo, porque así lo dispone la ley (arts. 21, 33, 34 y concordantes de la ley 24.946).

Recordemos que a los fiscales “ad-hoc” o auxiliares se los designa para ayudar porque el titular no da abasto, por la cantidad y calidad del trabajo diario. Supervisión, directivas o control, significa que el fiscal coadyuvante, “ad-hoc”, adjunto, o como se lo titule, puede concurrir a los actos procesales por sí mismo, individualmente, pero que siempre lo hará en convergencia de opiniones con el titular, es decir, como representante del Ministerio Público Fiscal, como si fuera el fiscal titular. Quizás algún memorioso recuerde que esta misma discusión se dio hace veinte y tantos años en una de las audiencias orales de las causas de los “carapintadas” ya citadas, acerca de los alcances de la autonomía de actuación del fiscal adjunto Martín Niklison.

No podría ser de otro modo, porque no existe la posibilidad, jurídica, de que el fiscal “ad-hoc” mantenga una posición contraria a la del Ministerio Público Fiscal, supervisada en el caso concreto por el fiscal titular. Aunque el fiscal “ad-hoc” suscriba un dictamen él solo, ello presupone que lo hace con el aval, en representación, como si fuera el fiscal titular. Y ello ocurre así por cuestiones fácticas, no jurídicas, por imposibilidad de que la misma persona pueda atender todas tareas que le han sido impuestas en forma simultánea, lo cual, a su vez, constituye la razón por la cual se designó a un coadyuvante del fiscal titular. Esta práctica de designación de fiscales “ad-hoc” fue una práctica utilizada por los diferentes Procuradores Generales de la Nación, como herramientas de política criminal que, como ya se dijo, constituye un deber para la Procuración General.

(D) La aplicación correcta del fallo “De Martino” CSJN.

La Corte Suprema tuvo oportunidad de expedirse en la causa D.204 -XLIX- PVA “De Martino, Antonio Conrado s/ su presentación”, sentencia del 14 de agosto de 2013. En dicho incidente la



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Procuradora General Gils Carbó, mediante dictamen del 5 de junio de 2013 requerido por la Corte al efecto de resolver esa incidencia de nulidad, explicó el procedimiento de designación de la funcionaria María Alejandra Cordone Roselló como procuradora fiscal subrogante ante la Corte (área derecho privado, Resolución PGN N° 30/12), que había sido impugnada en los autos donde ella había dictaminado en tal carácter.

En su decisión, en el considerando 3º), la Corte interpretó que el artículo 11 de la ley 24.946 establece que primeramente los magistrados del Ministerio Público se subrogan entre sí y que, “sólo de no ser posible esta modalidad, dicha norma prevé que serán reemplazados por los integrantes de una lista de abogados que reúnan las condiciones para ser miembros del Ministerio Público la cual será conformada por la insaculación en el mes de diciembre de cada año”. En consecuencia, sigue la Corte, “la subrogación de los magistrados del Ministerio Público Fiscal se rige por las dos alternativas legalmente previstas, con la consecuente prohibición de designaciones directas...”. Su conclusión es que la inclusión de funcionarios y auxiliares entre los candidatos a ser elegidos, sólo puede ocurrir a partir de su insaculación en la lista de reemplazantes que prevé el segundo párrafo del artículo 11, lo que así establecen las propias resoluciones reglamentarias de la Procuración General.

Ello llevó a la Corte a declarar, en el caso, la “ilegalidad” de la Resolución PGN N° 30/12 que había designado a la Procuradora Fiscal subrogante (el término se refiere al derecho administrativo, no al ámbito penal, lo cual queda claro porque la Corte no hizo una denuncia penal al respecto) por considerar que no se habían cumplido estrictamente esos pasos. No obstante ello, la Corte mantuvo la validez y eficacia de las actuaciones cumplidas por dicha funcionaria hasta la fecha de la sentencia, por razones elementales de seguridad jurídica, con cita de los

precedentes registrados en Fallos: 319:2151 “Barry”; 328:566 “Itzcovich” y 330:2361 “Rosza”.

Ahora bien, a diferencia del caso de la procuradora fiscal subrogante ante la Corte en “De Martino”, en el presente caso, y la resolución que designa a secretarios y prosecutarios para que actúen como fiscales “ad-hoc”, -que no es lo mismo que designarlos como fiscales subrogantes-, es que nunca facultó al Dr. Rota a actuar de manera autónoma, sino bajo la supervisión del Fiscal a cargo de la Fiscalía Federal de Ushuaia.

Lo hasta aquí expuesto permite apreciar que la decisión de la Cámara consolida el avasallamiento de un poder del Estado -el Poder Judicial- sobre la independencia del Ministerio Público Fiscal consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional, lo cual es inadmisible.

#### (E) Trámite de flagrancia

En este punto, habré de disentir con la opinión del fiscal que me precede en la instancia.

El CPPN establece en el art. 285 que “Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”.

Sin embargo, existen ciertos casos en los que, pese a encuadrar bajo estos supuestos, no pueden ser tramitados bajo el procedimiento de flagrancia que estableció la ley 27.272, por las características que presentan. A una imputación por tenencia de drogas, no puede darse el trámite de flagrancia porque los plazos que prevé la norma no resultan compatibles con el tiempo que requiere la producción de algunas pruebas, como lo son los peritajes para determinar si el material secuestrado es o no estupefaciente, o su pureza y cantidad, por ejemplo.



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

En tal sentido, el pleno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se pronunció sobre la no aplicación del procedimiento de flagrancia mediante las Resoluciones Administrativas 16/2016 y 2/2017, en casos como el de esta causa. Ello, además de explayarse sobre los conocidos problemas de infraestructura de juzgados para su implementación.

Como se ve, la cuestión podría haberse resuelto en esta causa sin necesidad de recurrir a una declaración como la del *a quo*, por la extrema gravedad que conlleva.

(F). Sobreseimiento posterior, que no torna abstracta la cuestión.

Cabe mencionar, que mediante certificación de esta fiscalía en el sistema *Lex 100* se constató que el mismo juzgado sobreseyó a Valeria Ailín Cariaga mediante resolución del 4/12/2017 por aplicación de la doctrina del fallo “Arriola” de la CSJN. Esa resolución fue apelada por el fiscal de la instancia y el recurso se encuentra pendiente de resolución por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, con audiencia fijada para el 28/04/2018, conforme a lo previsto en el art. 454, 1º párrafo del CPPN.

Sin perjuicio de que entiendo que finalmente deberá estarse al sobreseimiento de la imputada, esta Cámara de Casación deberá pronunciarse sobre las cuestiones aquí planteadas, no solamente porque así lo está aguardando la Cámara de Apelaciones para entender en aquel recurso, sino porque se encuentran comprometidos valores de trascendencia institucional que exceden el interés individual de las partes y el caso es susceptible de repetición, conforme a la doctrina de Fallos: 310:819, 324:4061 y 321:3646.

**(G). Corolario.**

Todos quisiéramos que las cosas fueran distintas, que hubiera la cantidad de cargos necesarios y que todos estuvieran ocupados con fiscales titulares, suficientes para satisfacer las necesidades y cumplir con las obligaciones legales que surgen de la propia realidad.

Basta con ver lo que han debido hacer los Ministerios Pùblicos Fiscal y de la Defensa para satisfacer las demandas de enjuiciamiento de los delitos de lesa humanidad para poner de manifiesto la profundidad del problema.

Por las razones expresadas, solicito que al momento de resolver, se haga lugar al recurso del Fiscal con los alcances indicados en el presente.

*Fiscalía N° 4, 8 de marzo del 2018.*

Y