



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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante esa Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, con domicilio constituido en mi público despacho de Av. Comodoro Py 2002, 5º piso de Capital Federal, correo electrónico jdeluca@mpf.gov.ar, CUIL N° 20-13735064-6, Domicilio Electrónico 20137350646 y Domicilio Electrónico de la Fiscalía 51000002082, en la causa FSA 62/2020/12 de la Oficina Judicial de la Cámara Federal de Casación Penal, caratulada “Fernández, Juan s/audiencia de sustanciación de impugnación”, me presento y respetuosamente digo:

I. OBJETO.

Que en legal tiempo y forma, de conformidad con los artículos 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vengo por el presente a interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos establecidos en los artículos 14 y 15 de la ley 48 contra la resolución dictada el 9/3/2021 y notificada el 10/3/2021, dictada por los Jueces Liliana Catucci, Eduardo R. Riggi y Juan Carlos Gemignani en la causa de referencia del registro de la Oficina Judicial, en donde se resolvió: “DECLARAR LA NULIDAD del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia, Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado, APARTAR al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y ORDENAR que se lo SUSTITUYA por el colega que corresponda, debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos”.

II. RESEÑA DE LOS HECHOS. ANTECEDENTES

Esta causa se rige íntegramente por el nuevo Código Procesal Penal Federal (ley 27.063 y modificatorias), vigente para la jurisdicción “Salta-Jujuy”, que consagra el principio acusatorio para el enjuiciamiento criminal.

El 29/10/2020 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta condenó a Juan Fernández a la pena de 5 años de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de contrabando de importación de estupefacientes, agravado por estar destinados a ser comercializados dentro o fuera del país, en grado de tentativa (arts. 863, 864 inc. d, 866 2º párrafo, 871, 872 y 876.1 incs. e' y h' del Código Aduanero, arts. 12, 40, 41 y 45 del Código Penal). Asimismo, el tribunal dispuso que la prisión preventiva de Juan Fernández se ejecute en la modalidad de prisión domiciliaria en el domicilio denunciado –en la comunidad Coloma, Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia–, hasta tanto la sentencia quedase firme, lo cual se produjo el 16/12/2020.

En la audiencia celebrada el 29/12/2020 la defensa de Fernández peticionó al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2, que de modo excepcional dispusiera la expulsión anticipada del país de su defendido, atento a las dificultades y demoras en el trámite por parte de las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia (las cuales citó) para viabilizar el arresto domiciliario ordenado por el tribunal en la sentencia del 29/10/2020. Ello, fundado en la extrema vulnerabilidad de los hijos menores del nombrado, particularmente, de Javier Fernández –16 años–, quien padece una discapacidad mental y de Jocelyn –11 años–, y en que como él es viudo, se encuentran actualmente al cuidado de su abuela materna, Sra. Alberta Agreda Aguilar, de 85 años y con problemas de salud, los cuales le impiden continuar con su atención.



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

En ese mismo acto, el *a quo* ordenó el extrañamiento anticipado en forma inmediata del nombrado, a partir de ese día y con prohibición de reingreso al país por el plazo de 5 (cinco) años desde la fecha de su efectiva expulsión (art. 63 Ley N° 25.871), así como también dispuso comunicar la resolución a la Dirección Nacional de Migraciones Delegación Salta, a la que autorizó requerir la cooperación de la Policía Migratoria Auxiliar para la efectivización de la medida, a los efectos de proceder a su inmediata ejecución y labrar las actuaciones migratorias de rigor, mediante las comunicaciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el art. 63 de la Ley N° 25.871.

Para así decidir, el *a quo* destacó que la prisión domiciliaria de Juan Fernández había sido dispuesta como modalidad de cumplimiento de pena -sentencia del 22/10/2020-. Ello, sobre la base de que dicho temperamento se había fundado en las distintas pruebas aportadas por las partes, en especial, los informes sociales y psicológicos presentados por el Ministerio Público de la Defensa, que dieron cuenta de las condiciones extremas de vulnerabilidad que atravesaba la familia de Fernández y ante las cuales también se lo había habilitado a realizar labores dentro de la comunidad para solventar económica mente a su familia, la cual se encontraba firme (16/12/2020). Que, transcurridos dos meses de aquella disposición, por el contexto de pandemia mundial, no creía que la situación de la familia de Fernández hubiese mejorado, ya que éste era su único sostén económico.

De este modo, sin perjuicio de no hallarse cumplidos los plazos mínimos que establece la Ley Migratoria para el extrañamiento (art. 64 Ley N° 25871 –B.O. 24/1/04, decreto reglamentario 70/17) y sobre la base de los principios constitucionales de humanidad de las penas que prohíbe que estas se conviertan en crueles, inhumanas o degradantes, que transciendan a terceros y, en especial, a la protección de los derechos de los niños, particularmente en el caso de un niño con

discapacidad, así como también al principio previsto por el art. 22 CPPF, en cuanto dispone que “*Los jueces y los representantes del Ministerio Público Fiscal procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social*”, resolvió del modo en que lo hizo.

Este pronunciamiento fue impugnado por el representante del Ministerio Público Fiscal. En su recurso de casación planteó la arbitrariedad de la decisión, en el entendimiento de que la situación procesal de Juan Fernández no reunía los requisitos establecidos por los arts. 29, 62, 63 y 64 de la Ley N° 25871 para la concesión del extrañamiento del país. En especial, el lapso –mitad de la condena– ni el cese del interés judicial respecto de la permanencia del condenado en el país, a los efectos del cumplimiento de pena. Además, por cuanto tampoco se había constatado la vulnerabilidad de los hijos menores de Fernández mediante informes de organismos oficiales argentinos y/o extranjeros, sino únicamente por los aportados por la defensa del nombrado.

Notificado de la radicación de las actuaciones ante la Cámara Federal de Casación Penal, el 3/2/2021 presenté un dictamen por medio del cual desistí de la impugnación propugnada por mi colega de la anterior instancia, de conformidad con lo previsto por el art. 349 del CPPF. Allí sostuve dos líneas argumentales: 1) Que la impugnación era extemporánea y, por ende, inadmisible, ya que la condena, que incluía su modalidad de ejecución, había adquirido firmeza al momento de la interposición del recurso, debido a los desistimientos que en esta instancia habíamos promovido el defensor oficial y el suscripto en representación del Ministerio Público Fiscal, y 2) para el caso de que VV.EE. no lo considerase así, señalé que la decisión del *a quo* estaba debidamente fundada y adecuada al caso particular.



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

Sobre esto último señalé que “[l]a expulsión es una pena cuando su causa es una condena por un hecho criminal. En esos casos no es un mero asunto de derecho administrativo (migratorio) o de política demográfica, que refieren al tránsito y residencia de extranjeros en el territorio nacional. Históricamente la carga simbólica de la pena de expulsión está dada por la indignidad que implica que una persona no es más aceptada en una sociedad jurídicamente organizada”.

“Quizás los tiempos modernos hayan perdido de vista ese punto. Pero ese ‘cambio’ de la pena de prisión efectiva en expulsión está previsto en la ley, y técnicamente no es solo un cambio en la modalidad de ejecución. Aunque pueda llamárselo vulgarmente así, está claro que ello obedece a razones de política criminal que involucran las relaciones diplomáticas y convenios internacionales en los que todos los estados están interesados y hasta prácticas o de conveniencia, referidas a la necesidad de disminución para mejorar la distribución de la población carcelaria en el país.

“En este caso se aúnan cuestiones humanitarias, referidas a la salud y atención de niños menores de edad, que hoy en día también tienen jerarquía constitucional y, lo más importante, alcance universal.

“Además, no puede soslayarse que es obligación del estado, a través del órgano designado por la CN para el ejercicio de la acción penal pública (MPF), probar que no son correctos o satisfactorios los informes ambientales y sociales procurados por la defensa, lo cual no ocurrió en autos, según pudimos verificar al momento de estudiar la causa para la audiencia anterior.

“En tales condiciones, no pueden prevalecer las disposiciones de la legislación argentina para acceder al extrañamiento”.

El 9/3/2021 los jueces Juan Carlos Gemignani; Liliana Catucci y Eduardo R. Riggi, declararon la nulidad del dictamen por mi suscripto, ordenaron mi apartamiento de las actuaciones y la sustitución por el Fiscal General que corresponda.

III. LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Para la debida fundamentación del recurso extraordinario, paso a transcribir las partes pertinentes de la resolución impugnada (Rgto. 6/2021, rta. 9/3/2021):

“El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

I. Que son claras las facultades jurisdiccionales de examinar la correcta fundamentación y ajuste a la legalidad de las conclusiones a las que arriban los representantes del Ministerio Público Fiscal, cuestión que deriva de lo prescripto en el art. 90 del C.P.P.F. en cuanto impone que ‘El Ministerio Público Fiscal [...] Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones’”.

“Así, en caso de verificarse que el debate de la observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional o la letra de la ley penal vigente queda trunco con motivo de su dictamen, es potestad de los magistrados, aun de oficio, privar de efectos a ese acto procesal fulminándolo con nulidad (cfr. arts. 129 y 132 del C.P.P.F.) de la misma manera en que corresponde, en esta instancia, anular resoluciones de otros jueces que no cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 20, 111, 358 y 359 del código de procedimientos, todo esto de conformidad al sistema republicano de gobierno (art. 1º de la C.N.) y la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Ley Suprema)”.

“Ambas normas son derivación directa, o regulación específica, del principio republicano de nuestra organización constitucional que impone a todos los



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

poderes del Estado -pero de manera especialísima a la administración de justicia-, la expresión de razones fundadas como ineludible exigencia de su legitimidad de actuación”.

“Por ello, los jueces y fiscales deben ofrecer, además de la referencia normativa de sus resoluciones, motivos razonables que la funden, so riesgo de perder toda legitimación constitucional”.

“Este es el único camino a transitarse si a futuro se pretende garantizar una recta y eficaz administración de justicia, más aun teniendo en cuenta las amplias facultades que el nuevo ordenamiento procesal le asigna a los representantes del Ministerio Público Fiscal”.

“Los lineamientos que se vienen exponiendo, además responden al mandato constitucional puesto en cabeza de los Fiscales de [...] promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.’ (art. 120 C.N.), en evidente referencia a que no pueden desempeñar la función encomendada al abrigo de su pura voluntad y subjetivismo”.

*“No debe pasarse por alto que, como enseña destacada doctrina, ‘... [e]l estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de leyes, sino recién mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete al poder administrador y al poder judicial’ (Cfr. (Cfr. Isensee, Josef, *El Derecho constitucional a la seguridad*, Rubinzel Culzoni Editores, Buenos Aires, 2014, pág. 42)”.*

“De todo ello cabe concluir que para el caso que correspondiera anular el dictamen de que se trate, esto de ninguna manera importaría un menoscabo en la autonomía del Ministerio Público Fiscal, toda vez que como se señaló en el párrafo precedente, la función que la Constitución Nacional le asigna a los representantes del

Ministerio Público Fiscal debe ser ejercida en coordinación con las demás autoridades de la República. Y esta coordinación de la que se habla necesariamente incluye a los magistrados, en la medida en que, cómo ha quedado de manifiesto ut supra, su tarea va más allá a la de juzgar para también poder controlar la legalidad de los procesos por los hechos requeridos”.

“Así las cosas, de la lectura del dictamen agregado al Sistema de Gestión Judicial (Lex 100) con fecha 3 de febrero del corriente, se advierte su manifiesta incompatibilidad con lineamientos expuestos anteriormente, al allanar el camino a la firmeza de una decisión cuya aplicación de la ley penal se encuentra debatida”.

“En efecto, desistir del recurso ante esta instancia, echando mano a alegaciones genéricas vinculadas a cuestiones humanitarias y de ‘política criminal’, no puede ser de modo alguno convalidado”.

“Como tengo dicho, en las sociedades organizadas según el principio de la libertad, esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes, etc. -en orden a lo cual no pueden caber dudas sobre la Argentina-, su correlato necesario lo constituye, entre otras prestaciones estatales, el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que este órgano resulta beneficiario, según el mandato constitucional, de la legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a poder vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un conciudadano, catalogada como delito, su acción inexorablemente habrá de ser pertinente sancionada”.

“En ese sentido, un proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera incertezas sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia, y



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

entonces suelen suceder episodios indeseados para la pacificación de dicha organización. Sobre las circunstancias de la anomia, he tenido oportunidad de expedirme con más extensión en el fallo ‘Galeano, Juan José s/recurso de casación’ (causa nro. 8987 de la Sala II, rta. el 14/08/2013, reg. nro. 1125/2013).

“Por último, me interesa dejar aquí sentado a fin de evitar infundados cuestionamientos a la imparcialidad del juzgador, que ninguna de las consideraciones realizadas en el presente voto constituyen afirmaciones sobre los hechos de la causa, que deberán ser considerados y analizados en oportunidad del estudio de la impugnación en trámite”.

“II. En consecuencia, postulo que debe: DECLARARSE LA NULIDAD del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia, Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado, APARTAR al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y ORDENAR que se lo SUSTITUYA por el colega que corresponda, debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos”.

“Los señores jueces doctores Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi, dijeron:

I) Que el agravio del representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de recurrir la resolución dictada por el juez a cargo de la ejecución penal que dispuso el extrañamiento anticipado del condenado el 29 de diciembre de 2020 se ciñó, en prieta síntesis, a su ilegalidad por haberse emitido por fuera de los requisitos legales establecidos en el art. 64 de la Ley 25.871 (el cumplimiento de la mitad de la condena -art. 17, I y II de la ley 24.660- y por la existencia de una orden de expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones que se encuentre firme), motivos por los cuales solicitó que se haga lugar a la impugnación y se revoque la decisión cuestionada”.

“II) Que, no obstante, la gravedad de los agravios expuestos, el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De Luca, desistió de la impugnación incoada por el Fiscal de la instancia anterior (art. 349 del CPPF) y en subsidio pidió que se declare su inadmisibilidad”.

“Dijo como argumento, que ‘...se han perdido de vista algunos asuntos basales del derecho criminal...’ aludiendo a ‘...cuestiones humanitarias...que hoy en día también tienen jerarquía constitucional y, lo más importante, alcance universal’, relacionadas con la salud y atención de los hijos menores del condenado y que a su entender deben prevalecer sobre las disposiciones de la legislación argentina para acceder al extrañamiento”.

“III) Que, en concordancia con el criterio del distinguido magistrado preopinante, el Código Procesal Penal Federal establece que el representante del Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones (art. 90). Su actuación, asimismo, se rige por lo dispuesto en el art. 1 de la ley orgánica nº 27.148 que dispone expresamente que ‘El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad...’, debiendo ejercer sus funciones de acuerdo con el principio de objetividad, requiriendo ‘...la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado.’ (art. 9, inc. ‘d’)”.

“Sin esfuerzo se desprende de las normas citadas que al representante del Ministerio Público Fiscal le compete la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder punitivo del Estado al que él representa”.



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

“De ahí que su deber es vigilar el estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de las cuales deben valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro principio, pero no sobre la ley penal. Ese es su deber”.

“Es así que cuando ese deber de custodiar la legalidad no se observa en sus dictámenes, fácil se concluye en que éstos adolecen de la debida motivación y resultan descalificables por arbitrariedad”.

“Es que resulta a todas luces evidente que en su escrito de desistimiento, el Sr. Fiscal General se apartó inequívocamente de la ley expresa aplicable al caso, extremo que constituye un supuesto de arbitrariedad manifiesta que determina la anulación de lo dictaminado”.

“Viene al caso replicar en lo pertinente, lo decidido por esta Sala ‘mutatis mutandi’ en la causa n° 1289/2013 “Arce, Luis Rodrigo y otro s/recurso de casación”, reg. n° 2561/13, del 23 de diciembre de 2013, en el que se recordó la facultad de los magistrados para declarar la nulidad de los dictámenes emanados de los señores Representantes del Ministerio Público cuando se verifique un apartamiento del requisito de motivación de sus dictámenes, según lo resuelto en las causas n° 2456 “Álvarez, Mauricio Javier y otro s/recurso de casación”, reg. n° 688/2000, del 7 de noviembre de 2000; n° 4804 “Sandoval, Orlando Rafael s/recurso de casación”, reg. n° 254, del 19 de mayo de 2004 de esta Sala III; y doctrina que fluye de las causas n° 2040 caratulada “Angulo, Alejandro s/ recurso de casación”, Reg. 2595/99, del 4 de febrero de 1999 de la Sala I y n° 782 caratulada “Franchini, Stella Maris s/rec. de casación”, Reg. N° 1914, del 3 de abril de 1998 de la Sala II, entre otras”.

“El precepto aludido surge del sistema republicano de gobierno adoptado por la Nación Argentina (artículo 1° de la Constitución Nacional y garantiza también la plena vigencia del derecho de defensa en juicio y es impuesto por igual a los jueces

como a los representantes del Ministerio Público Fiscal, como bien lo señala nuestro colega preopinante”.

“En definitiva, para ser válidos, los dictámenes fiscales, deberán ser motivados, exigencia que comporta tanto una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Asimismo, esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los fiscales al formular sus requerimientos; y facilita el control de la actuación judicial por parte del pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad”.

“Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de que la sociedad pueda controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre... Es pues de esta manera que ‘Se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces [y, como venimos viendo, de los fiscales], que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente’ (cfr. las causas ‘Alvarez’ y ‘Sandoval’ ut supra citadas, votos del Dr. Riggi)”.

“El confronte de la observancia de esos preceptos en el dictamen fiscal de fecha 3 de febrero del corriente resulta negativo en tanto se aprecia que el Sr. Fiscal General dejó inerme el agravio invocado por su colega de la instancia previa sobre el extrañamiento anticipado decidido por el magistrado a quo con argumentos supralegales que dejan en letra muerta la ley por cuya legalidad está encargado constitucionalmente de velar en los procesos penales”.



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

“Grave defecto de motivación que contamina de arbitrariedad su dictamen a punto de provocar su nulidad conforme lo autoriza el artículo 132 del Código Procesal Penal Federal, en sintonía con lo dispuesto en el 129 del mismo texto legal”.

“Razones por las cuales nos expedimos en sentido concordante con la propuesta formulada por el Dr. Gemignani”.

“Tal es nuestro voto”.

“RESUELVE: DECLARAR LA NULIDAD del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia, Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado, APARTAR al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y ORDENAR que se lo SUSTITUYA por el colega que corresponda, debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos”.

IV. Cuestión Federal. Arbitrariedad.

La cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, será desarrollada *in extenso* en el acápite correspondiente a la fundamentación del recurso extraordinario, pero aquí se hará una breve síntesis de ella.

La resolución que aquí se impugna se trata de un cercenamiento, sin fundamento normativo alguno, de las facultades de autonomía e independencia que le fueron conferidas constitucionalmente al Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN), reguladas en el art. 9º del Código Procesal Penal de Federal, que estatuye una profunda separación de funciones judiciales entre los representantes del Ministerio Público Fiscal y los jueces (sin perjuicio de la coordinación institucional entre los distintos poderes del estado), en el cual resulta potestad del Ministerio Público Fiscal el impulso de la persecución penal, como así también su disponibilidad o, bien, la desestimación de una pretensión recursiva, conforme los presupuestos legales allí

estipulados (arts. 25; 30; 31; 90; ss. y 349 del CPPF) y lo normado por la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley N° 27148).

En este caso, la Cámara Federal de Casación, sobre la base de afirmaciones dogmáticas, fundadas en criterios que podrían tener algún andamiaje en el viejo Código Procesal Penal anterior sobre las facultades jurisdiccionales de control, *so pretexto* de la defensa de la legalidad del proceso y el derecho vigente, se subrogó en potestades propias del Ministerio Público Fiscal y destruyó la separación de poderes consagrada en el artículo 120 de la Constitución Nacional. Ello así, porque declaró de oficio la nulidad de un dictamen fiscal de desistimiento de una impugnación, lo cual no se puede hacer en la nueva normativa procesal y, además, como si eso no fuera suficiente, ordenó mi apartamiento como fiscal de la causa sin sustento legal. Violó así los principios de igualdad entre las partes, contradicción e imparcialidad, propios del sistema de enjuiciamiento acusatorio -adversarial- (art. 2 del CPPF) y las garantías constitucionales que le asisten a todo imputado de contar con jueces imparciales y que se respete el debido proceso (art. 18, 33, 75, inc. 22 de la CN; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

V. Sentencia definitiva o equiparable (art. 14, ley 48).

La resolución causa un gravamen irreparable a esta parte, porque apartó a un fiscal de la causa y ordenó (no se sabe a quién) que lo sustituya por otro representante del Ministerio Público Fiscal, sin sustento legal alguno para hacerlo. El único con autoridad para hacerlo es el Procurador General de la Nación y también en los casos previstos en las leyes vigentes.



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

Por otra parte, la lesión al principio de división de poderes, al debido proceso y la arbitrariedad por apartamiento del derecho vigente, están consumadas y la única forma de repararlas es mediante su descalificación inmediata. Las disposiciones que exigen cierta fundamentación en los actos del ministerio público fiscal en el nuevo sistema acusatorio, son solo aquellos que implican alguna injerencia en los derechos de los imputados, condenados o ciudadanos en general, es decir, en los que se encuentra involucrada alguna garantía constitucional, pero no aquellos que no son del agrado de los jueces.

La resolución también es equiparable a definitiva porque lo único que resta en la causa es que el condenado ejecute la pena de una manera o de la otra. No hay otra cosa que resolver más adelante y que pueda subsanar la situación.

VI. Superior Tribunal de la Causa

El presente recurso se interpone contra la decisión de los jueces de la Cámara Federal de Casación Penal Dres. Liliana Catucci, Eduardo R. Riggi y Juan Carlos Gemignani que intervinieron en su competencia de revisión en casación, máximo tribunal federal del país, y la cuestión debatida es insusceptible de ser revisada por otro órgano anterior a la Corte Suprema.

VII. FUNDAMENTOS.

1) Sobre la admisibilidad del recurso de casación del fiscal de grado. En primer lugar, nada dijo la resolución sobre el primer asunto planteado por esta parte, que debía resolverse primero porque era determinante para la suerte del recurso de casación del fiscal de grado. El caso ya había pasado por Casación con motivo del recurso de la defensa contra la condena y del fiscal contra la modalidad de cumplimiento bajo el régimen de arresto domiciliario. En esta instancia, en aquella oportunidad, el defensor oficial desistió del recurso de casación contra la condena, con

acompañamiento de la decisión al respecto tomada por el propio condenado. Ante esa circunstancia, decidí desistir del recurso sobre el otro punto de la sentencia, el de la modalidad de cumplimiento, y así lo tuvo por resuelto la Cámara de Casación. Cuando la causa volvió a Salta, el juez dictó una nueva resolución ratificando la modalidad de arresto domiciliario y explicando las razones de orden superior (constitucional y convencional) por las cuales correspondía adelantar el extrañamiento a su país con prohibición de regreso a la Argentina por cinco años.

Transcribo las partes pertinentes a los fines de una mayor fundamentación:

“I) Condenar a Juan Fernández, de las restantes condiciones personales obrantes en el legajo, a la pena de 5 años de prisión, inhabilitación absoluta genérica por el término de la condena e inhabilitaciones especiales de 5 años para ejercer el comercio y absoluta por el doble tiempo de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público, por resultar autor penalmente responsable del delito de ‘contrabando de importación de estupefacientes, agravado por estar destinados a ser comercializados dentro o fuera del país, en grado de tentativa’ (arts. 863, 864 inc. d, 866 2º párrafo, 871, 872 y 876.1 incs. e’ y h’ del Código Aduanero, arts. 12, 40, 41 y 45 del Código Penal). Con costas. II) ordenar que hasta tanto la presente sentencia quede firme, la prisión preventiva de Juan Fernández se ejecute en la modalidad de prisión domiciliaria en el domicilio denunciado –en la comunidad Coloma, Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia–, con la obligación de informar cualquier cambio de domicilio bajo apercibimiento de revocarse la medida y solicitar su captura y extradición, y someterse al control del Órgano Judicial o Autoridad competente con jurisdicción sobre aquel domicilio...”.

Contra ello, interpuso recurso de casación la defensa de Juan Fernández. Planteó la arbitrariedad de la decisión por falta motivación suficiente y violación a la



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

Garantía de defensa en juicio, en virtud de la errónea valoración del dictamen pericial sobre la sustancia incautada y los argumentos del tribunal respecto del dolo de su defendido.

Por su parte, el Fiscal también dedujo recurso de casación. Se agravió del punto dispositivo II de la sentencia, en cuanto estableció que la prisión preventiva de Juan Fernández se ejecute en la modalidad de prisión domiciliaria en el domicilio denunciado –comunidad Coloma, Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia–.

Ingresadas las actuaciones en la Cámara Federal de Casación Penal. El 14/12/2020 la defensa oficial de Juan Fernández puso en conocimiento de los jueces intervenientes -, Dra. Liliana Catucci, Eduardo R. Riggi y Juan Carlos Gemignani- la voluntad expresa de su asistido de desistir del recurso incoado.

Al tomar conocimiento de ello, ese mismo día presenté un escrito en el cual expuse: “Que compulsado el sistema informático Lex 100 surge que en el día de la fecha la defensa de Juan Fernández puso en conocimiento la voluntad de su asistido de desistir del recurso de casación oportunamente interpuesto en la presente causa. En virtud de ello, considero que una vez que sea tenido presente el desistimiento, la presente etapa del proceso habrá quedado culminada y habrá adquirido firmeza la sentencia de condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta respecto del nombrado. Por ello, el recurso de casación interpuesto por el fiscal federal subrogante de Tartagal, Salta, contra la decisión de que el imputado transite esta etapa del proceso en arresto domiciliario habrá devenido abstracto. Por tal razón, corresponde desistir del recurso fiscal mencionado. II. Por lo expuesto, solicito a V.E. se proceda conforme lo normado por el art. 349 del CPPF y se tenga por desistido el recurso del fiscal. Se cancele la audiencia y vuelva la causa a la instancia anterior para que se ejecute la sentencia”.

El 16/12/2020 los jueces resolvieron: “Tener por desistidas las impugnaciones interpuestas por defensa oficial y por el fiscal respectivamente, en relación a la sentencia y al punto II de la resolución” (Rgto. N° 40/20). Así, la sentencia de condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta adquirió firmeza.

Luego, el 29/12/2020 la defensa de Fernández en audiencia, peticionó al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Salta que de modo excepcional dispusiera la expulsión anticipada del país de su defendido, para viabilizar el arresto domiciliario ordenado por el tribunal en la sentencia del 29/10/2020. Ello, atento a las dificultades y demoras en el trámite por parte de las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia y fundado en la extrema vulnerabilidad de los hijos menores del nombrado, particularmente, de Javier Fernández –16 años–, quien padece una discapacidad mental y de Jocelyn –11 años–, ambos actualmente al cuidado de su abuela materna, Sra. Alberta Agreda Aguilar, de 85 años y con problemas de salud, los cuales le impedían continuar con el cuidado de los niños.

El Fiscal se opuso a la concesión de la medida, en el entendimiento de que no se hallaba acreditada la situación de vulnerabilidad atravesada por el entorno familiar de Juan Fernández para sortear los requisitos legales previstos por la Ley de Migraciones (art. 64 Ley N° 25871). Asimismo, sostuvo que la condena de Fernández estaba firme y, por tanto, debía cumplir la pena en el país, hasta tanto surgieran nuevos elementos en las etapas de ejecución que permitieran plantear algún tipo de morigeración o expulsión.

El juez a cargo de la ejecución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de N° 2 de Salta ordenó el extrañamiento anticipado en forma inmediata del país del nombrado, a partir de ese día y con prohibición de reingreso al país por el plazo de 5



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

años desde la fecha de su efectiva expulsión (art. 63 Ley 25.871), así como también dispuso comunicar la resolución a la Dirección Nacional de Migraciones Delegación Salta, a la que autorizó requerir la cooperación de la Policía Migratoria Auxiliar para la efectivización de la medida, a los efectos de proceder a su inmediata ejecución y labrar las actuaciones migratorias de rigor, mediante las comunicaciones correspondientes, con arreglo a lo normado en el art. 63 de la Ley N° 25.871.

Para así decidir, afirmó que la prisión domiciliaria de Juan Fernández había sido dispuesta como modalidad de cumplimiento de pena -sentencia del 22/10/2020-, en virtud de que se habían acreditado las condiciones extremas de vulnerabilidad que atravesaba la familia de Fernández y por las cuales también se lo había habilitado a realizar labores dentro de la comunidad para solventar económicamente a su familia. A su vez, ponderó que dicho temperamento había adquirido firmeza el 16/12/2020 conforme lo resuelto por la Cámara Federal de Casación penal, que tuvo por desistidas las impugnaciones deducidas por las partes contra esa decisión.

De este modo y sobre la base de los principios constitucionales de humanidad de las penas, que prohíbe que estas se conviertan en crueles, inhumanas o degradantes, que transciendan a terceros y, en especial, a la protección de los derechos de los niños, particularmente en el caso de un niño con discapacidad, así como también al principio previsto por el art. 22 CPPF, en cuanto dispone que “Los jueces y los representantes del Ministerio Público Fiscal procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”, se imponía adoptar el extrañamiento anticipado de Juan Fernández. Ello, sin perjuicio de no hallarse cumplidos los plazos mínimos que establece la Ley Migratoria para el extrañamiento (art. 64 Ley N° 25871) y atento a que la decisión no violaba

ninguna Convención o Tratado Internacional suscripto por el país respecto a la sanción de delitos de criminalidad por narcotráfico.

Este pronunciamiento fue impugnado por el representante del Ministerio Público Fiscal. En su recurso de casación planteó la arbitrariedad de la decisión. Sostuvo que la situación procesal de Juan Fernández no reunía los requisitos establecidos por los arts. 29, 62, 63 y 64 de la Ley N° 25871 (B.O. 21/1/04) para la concesión del extrañamiento del país. En especial, el lapso –mitad de la condena– ni el cese del interés judicial respecto de la permanencia del condenado en el país, a los efectos del cumplimiento de pena. Además, por cuanto tampoco se había constatado la vulnerabilidad de los hijos menores de Fernández mediante informes de organismos oficiales argentinos y/o extranjeros, sino únicamente por los aportados por la defensa del nombrado.

Habría bastado tomar nota de esto que acabo de señalar, para observar que la impugnación contra la primera decisión de cumplimiento de la pena bajo prisión domiciliaria en el Estado Plurinacional de Bolivia había quedado firme y que, por ende, en ese recurso se pretendía reeditar la misma cuestión, porque el ahora llamado extrañamiento era solo un medio para ejecutar la sentencia firme que disponía la pena de prisión en modalidad domiciliaria en su domicilio, que está en el país hermano.

Hay arbitrariedad cuando la decisión impugnada no trata un asunto determinante expresamente planteado por la parte con fundamentos bastantes. No se trata de que la Cámara trató de una determinada forma el tema de derecho procesal de los recursos, sino que directamente no lo hizo, y ello era decisivo para la suerte del caso ya que, de haberse considerado inadmisible, todo lo demás no habría sucedido. La lesión a los derechos del justiciable condenado fue evidente, ya que la razón por la que desistió el recurso contra la condena fue, precisamente que la cumpliría en su país



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

y de ese modo podría hacerse cargo de sus dos hijos menores de edad, huérfanos de madre. Y lo que sucedió, que se verá seguidamente, es nulo porque no tuvo causa. Al ser el recurso una reedición de algo que ya estaba pasado en autoridad de cosa juzgada -la condena a prisión bajo la modalidad de prisión domiciliaria en Bolivia-, no correspondía tratarlo.

2) Sobre la nulidad del desistimiento.

La cámara omitió ese asunto y pasó directamente a considerar la segunda propuesta de mi escrito, esta era, el desistimiento del recurso fiscal por razones materiales, por estar de acuerdo con lo resuelto (por segunda vez) por el juez a quo.

Como ya señalé, esta es una causa regida por el nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27.063). Se trata de un proceso signado por las reglas del sistema acusatorio y adversarial. Esta aclaración es importante, ya que pone en contexto las facultades conferidas por la ley al Ministerio Público Fiscal y, a su vez, establece los límites previstos para el órgano jurisdiccional. A su vez, es uno de los problemas federales que tiene este caso, en tanto demanda de la Corte Suprema una inteligencia constitucional de sus normas, como ocurrió en “Quiroga” (Fallos: 327:5863).

Considero que la decisión de la Cámara es arbitraria porque, sobre la base de una interpretación errónea de la normativa procesal prevista en el nuevo Código Procesal Penal Federal y el derecho vigente aplicable al caso, se excedió en sus facultades de control y se arrogó potestades que, en este nuevo ordenamiento procesal, son de exclusiva competencia del Ministerio Público Fiscal. Solo si se comprende el significado del nuevo paradigma en materia de enjuiciamiento criminal, podrán delinearse sus consecuencias, porque una lectura armónica de todas sus disposiciones pone de manifiesto las distintas competencias de los diferentes órganos que actúan la ley. En este caso, se observa claramente la violación al principio procesal de

separación de funciones y, con ello, de imparcialidad del juzgador, así como los mandatos constitucionales generales de autonomía e independencia del Ministerio Público Fiscal (art 120 CN), y el debido proceso legal que ampara a ambas partes (art. 33 y 18 de la CN).

A diferencia del sistema regido por el código procesal penal anterior (ley 23.984), en donde el juez era investigador e impulsor del proceso, el nuevo proceso penal federal (Ley 27063) se rige por el sistema procesal acusatorio, que tiene como característica principal la de que los roles de investigación y acusación, así como determinadas potestades legales de disposición de la acción penal o de ejecución del castigo, se encuentran en cabeza del Ministerio Público Fiscal y no de los jueces.

No se trata solamente del cambio de algunas funciones del viejo sistema con los mismos actores del proceso (como sería, por ejemplo, “cambiarle el nombre” al juez de instrucción por el de fiscal de instrucción, y que todo lo demás siguiera igual), sino el comienzo de un nuevo paradigma en donde las funciones de acusar (o no) y observar el cumplimiento de las penas se encuentran perfectamente separadas de aquellas a la que la ley le otorga la de decidir o juzgar.

Inclusive, al funcionario que en este caso la ley le asignó la tarea de investigar, preparar una estrategia del caso, llevar a juicio al imputado y acusar, también le otorgó herramientas para decidir otros caminos distintos al impulso mecánico de la acusación, que se manifiestan en nuevos institutos como la conciliación, conversión de la acción, criterios de oportunidad, etc.

Los jueces ahora son jueces de garantías -con mayúsculas-, son árbitros en una suerte de “justa medieval” (a decir de Luis García) donde ambas partes contienden con las herramientas que les proporciona el Derecho en pie de igualdad y de frente, y aquellos sólo deben velar por el buen funcionamiento y cumplimiento de



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

las reglas del juego. Los jueces no deben intervenir, sino que son árbitros del juego de las partes, y están para hacer respetar las reglas con miras a evitar un desequilibrio en las partes -igualdad de armas- y el juego sucio. Así, en “Berger vs. USA”, 1935, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, donde rige el principio acusatorio, dijo del Fiscal: “*... como tal, él es, en un sentido peculiar y muy definido, el servidor de la ley, cuyo doble objetivo es que la culpa no se escape o que la inocencia sufra. Puede procesar con seriedad y vigor; de hecho, debería hacerlo. Pero, si bien puede asentar golpes duros, no está en libertad de asentar golpes sucios. Es tanto su deber abstenerse de utilizar métodos incorrectos calculados para producir una convicción injusta como usar todos los medios legítimos para lograr uno justo*”. Y ese es el rol de los jueces penales en el nuevo rito, controlar que las partes no busquemos con malas artes el desequilibrio de la otra (como una guerra de verdad), ni actuemos ilegalmente, en perjuicio de la otra.

La ley ha reservado a los jueces la misión de controlar al acusador en defensa de las garantías del imputado. Esta delicada tarea tiene también sus costos políticos de pérdida de poder, de poder jurisdiccional, ya que limita el radio de acción al que estaban acostumbrados, en un sistema que viene del proceso inquisitivo (Código de Procedimientos en Materia Penal, de 1888, que no cambió mucho con el Código Procesal Penal de 1992, ley 23984). A partir de ahora, al igual que ocurre en prácticamente todas las provincias que han adoptado el sistema, el proceso exige a los jueces ceñirse a resolver únicamente las cuestiones discutidas por las partes y controlar si ha habido alguna violación a los derechos de defensa en juicio y debido proceso del imputado.

Empero, en este caso, estas reglas básicas no fueron observadas pues, cuando el Ministerio Público -de conformidad con la defensa- y con fundamentos en la situación personal del condenado y el derecho supralegal aplicable, decidió que era

satisfactoria una forma de cumplimiento de una pena -en prisión domiciliaria- por razones humanitarias de recepción en principios constitucionales e internacionales, esta decisión no fue respetada por el órgano jurisdiccional que se subrogó en las funciones propias reservadas al MPF por la Constitución Nacional y so pretexto de un supuesto control de legalidad, pasó a considerar el fondo del incidente (que ya estaba decidido) y, no sólo eso, sino también a apartar a su representante sin potestades ni fundamentos materiales para hacerlo.

En efecto, los jueces que suscriben la resolución impugnada sostienen que poseen “...facultades jurisdiccionales de examinar la correcta fundamentación y ajuste a la legalidad de las conclusiones a las que arriban los representantes del Ministerio Público Fiscal, cuestión que deriva de lo prescripto en el art. 90 del C.P.P.F.”, ya que “en caso de verificarce que el debate de la observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional o la letra de la ley penal vigente queda trunco con motivo de su dictamen, es potestad de los magistrados, aun de oficio, privar de efectos a ese acto procesal fulminándolo con nulidad (cfr. arts. 129 y 132 del C.P.P.F.) de la misma manera en que corresponde, en esta instancia, anular resoluciones de otros jueces que no cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 20, 111, 358 y 359 del código de procedimientos, todo esto de conformidad al sistema republicano de gobierno (art. 1º de la C.N.) y la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Ley Suprema)” (voto del Dr. Gemignani).

Como se puede ver, no se dice cuál es el propósito de esa observancia de la legalidad de mi actuación, los derechos de quién se protegen, sino que parece ser una crítica por la crítica misma, en el solo interés de la ley y en omisión a las constancias de la causa, que daban cuenta de que la ejecución de la pena en la



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

modalidad de prisión domiciliaria había quedado firme, precisamente, por una anterior intervención de esos jueces de la Cámara (Rgt. 40/2020, rta. 16/12/2020).

En idéntico sentido, se pronunciaron por voto conjunto los Dres. Liliana Catucci y Eduardo Riggi, al expresar que “...en concordancia con el criterio del distinguido magistrado preopinante, el Código Procesal Penal Federal establece que el representante del Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones (art. 90). Su actuación, asimismo, se rige por lo dispuesto en el art. 1 de la ley orgánica n° 27.148 que dispone expresamente que ‘El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad...’, debiendo ejercer sus funciones de acuerdo con el principio de objetividad, requiriendo ‘...la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado.’(art. 9, inc. “d”)”.

“Sin esfuerzo se desprende de las normas citadas que al representante del Ministerio Público Fiscal le compete la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder punitivo del Estado al que él representa”.

En ninguno de los dos votos explicaron por qué mi desistimiento era infundado, sino que la razón de la descalificación parece haber sido que se sustentó en disposiciones y principios del derecho positivo que ellos no comparten.

Como se dijo, la primera cuestión aquí es que los jueces ya no tienen más facultades para declarar una nulidad de oficio cuando no hay lesión a los derechos de terceros. Los artículos citados por los jueces, arts. 129 y 132 CPPF, solo habilitan a hacerlo cuando hay perjuicio para los derechos constitucionales del imputado-condenado, es decir, cuando el fiscal ha quebrado las reglas del juego; lo cual es el resultado del juego armónico con el principio general del deber de fundamentación de

nuestros dictámenes, art. 90 CPPF, sólo cuando nos expedimos en sentido acusatorio o de promoción de la acción penal y de la pena y, además, el desistimiento fiscal en el nuevo código no exige fundamentación especial como sí ocurría en el viejo (ver art. 349 del nuevo CPPF vs. art. 443 del viejo CPPN).

Ni siquiera parecen haberse percatado que en el código procesal penal viejo se podía “desistir” un recurso sin expresión de fundamentos de una manera tácita, con el simple expediente de no mantenerlo en la etapa del emplazamiento (art. 465 CPPN). Que este fiscal no lo haya hecho nunca, sino que siempre desistí de manera expresa para que todo el mundo tomara nota de mis razones, no significa que la cuestión sea novedosa.

Inclusive en este nuevo modelo procesal, conforme está dispuesto el sistema recursivo, la ausencia voluntaria del representante del Ministerio Público Fiscal a la audiencia (art. 362 CPPF) implica el desistimiento del recurso, pues la única excepción prevista está dirigida a la defensa que no puede desistir de la impugnación sin mandato expreso de su asistido posterior al recurso (art. 349 del CPPFM conf. Daray Roberto R. *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 2. Artículos 182-397, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, pág. 618/619). Es decir, en el caso del Ministerio Público Fiscal el resultado es el mismo: se puede “desistir” un recurso sin decir nada.

Esto parece extraño a nuestras costumbres forenses, pero en realidad no es más que el sinceramiento de una realidad que fue siempre mal interpretada por los jueces -a favor del mantenimiento de su poder de decisión sobre la suerte de la acción penal-, como se puede ver en los “leading cases” de Fallos: 234:270 “Gómez, Mario Sixto”, pasando por “Tarifeño” -publicado tardíamente en Fallos: 325:2019- y el de Fallos: 327:5863 “Quiroga”. Todos versan sobre lo mismo: la limitación de



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

competencias de los jueces respecto de los actos del fiscal en el ejercicio de la acción penal pública. Es decir, siempre hubo fiscales que no recurrieron, o que desistieron o retiraron una acusación, con menores o mayores fundamentos, y jueces a los que esa actitud procesal no les gustó.

Si se advierte que estamos encaminados hacia el proceso de corte acusatorio, adversarial, con amplias potestades autónomas de los fiscales en el ejercicio de la acción penal que en muchos casos tienen la naturaleza de verdaderos actos de disposición de la acción penal (como en el derecho privado), esas normas que nos eximen de mayores fundamentaciones no llaman la atención. El legislador ha optado por considerar que el principio republicano de gobierno, por el cual debemos dar cuenta de nuestros actos se materializa en las etapas de impulso de la acción penal contra las personas acusadas de delitos (art. 90 CPPF) que exige la fundamentación de nuestras presentaciones, porque entran en juego todos los derechos de los habitantes.

Comparto que tenemos un deber general de fundamentación en el sentido de rendición de cuentas de nuestros actos, de cara a la sociedad y la contraparte, Pues bien, así lo hice en este caso, por medio del escrito presentado ante la Cámara (transcripto supra), en el cual expuse las razones de superior jerarquía, que dieron lugar para desistir de la voluntad recursiva de mi colega de la anterior instancia. Por tanto, no es que mi dictamen fue falto de motivación y, en consecuencia, arbitrario, sino que los jueces no compartieron la fundamentación expuesta por este Fiscal.

No puede obviarse, que el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (art. 4 de la ley 27.148). Éste, se rige por el principio funcional de unidad de actuación (art. 9 inc. “a” de la citada ley) y, de su estructura jerárquica, se deriva implícitamente la potestad de

sus funcionarios superiores de controlar la actividad del fiscal de la instancia anterior (Res. PGN 130/04) lo que los faculta a mantener o desistir sus pretensiones.

VIII. La resolución de la Cámara en sí misma es arbitraria.

En este sentido, es preciso señalar que la nulidad de un acto jurídico es de carácter restrictivo, porque priva al acto de sus efectos. De manera que sólo puede tener lugar frente a la inobservancia de las formas del proceso que impliquen la afectación de derechos de terceros (art. 129 y 132 del CPPF). En definitiva, frente a la vulneración de derechos y garantías en perjuicio del imputado, o la tutela judicial efectiva de la víctima y/o del Ministerio Público Fiscal. Lo esencial, es que se verifique un perjuicio real y concreto. Pues, de contrario, se torna en un formalismo ritual que redunda en desmedro del proceso y el servicio de justicia. La nulidad, por la nulidad misma.

Es lo que se conoce en la doctrina como principio de trascendencia que contiene la idea de que la nulidad debe ser declarada, cuando la irregularidad o el vicio del acto procesal haya apartado o impedido el fin que se perseguía con la aplicación de las formalidades o que haya desconocido requisitos del debido proceso, afectando las garantías de los sujetos procesales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho innumerables veces que: “en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia”, ya que “[d]e otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está



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

interesado el orden público” (Fallos: 311:1413 y 2337; 323:929; 325:1404; 330:4549; 334:1081 y 342:624).

Desde esta perspectiva, el pronunciamiento de la Cámara luce arbitrario, pues no evidencian en sus fundamentos un perjuicio concreto a la afectación de los derechos del imputado, menos aún al ejercicio de los deberes y la representación de los intereses del Ministerio Público. Antes bien, se vislumbra que ella ha sido dispuesta sólo en nombre de una legalidad dogmática, sobre la base de apreciaciones parciales respecto de las cargas y potestades del Ministerio Público Fiscal y del derecho vigente. Tanto más, cuando este Ministerio se ha valido de los mecanismos procesales pertinentes para ejercer su función.

En efecto, en el voto del juez Gemignani se lee: “de la lectura del dictamen agregado al Sistema de Gestión Judicial (Lex 100) con fecha 3 de febrero del corriente, se advierte su manifiesta incompatibilidad con lineamientos expuestos anteriormente, al allanar el camino a la firmeza de una decisión cuya aplicación de la ley penal se encuentra debatida”.

“... en las sociedades organizadas según el principio de la libertad, esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes, etc. - en orden a lo cual no pueden caber dudas sobre la Argentina-, su correlato necesario lo constituye, entre otras prestaciones estatales, el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que este órgano resulta recipiendario, según el mandato constitucional, de la legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a poder vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un conciudadano, catalogada como delito, su acción inexorablemente habrá de ser pertinentemente sancionada”.

“En ese sentido, un proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera incertezas sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia, y entonces suelen suceder episodios indeseados para la pacificación de dicha organización...”.

Y el voto de la mayoría, sostuvo: “Sin esfuerzo se desprende de las normas citadas que al representante del Ministerio Público Fiscal le compete la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder punitivo del Estado al que él representa”.

“De ahí que su deber es vigilar el estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de las cuales deben valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro principio, pero no sobre la ley penal. Ese es su deber”.

“Es así que cuando ese deber de custodiar la legalidad no se observa en sus dictámenes, fácil se concluye en que éstos adolecen de la debida motivación y resultan descalificables por arbitrariedad”. “Es que resulta a todas luces evidente que en su escrito de desistimiento, el Sr. Fiscal General se apartó inequívocamente de la ley expresa aplicable al caso, extremo que constituye un supuesto de arbitrariedad manifiesta que determina la anulación de lo dictaminado”.

Sin embargo, a diferencia de lo que parecen interpretar los jueces (bajo la frase de que tenemos el deber de observar la legalidad), no es correcto sostener que solo tenemos potestad para acusar, para mantener la vigencia de la acción penal y la concreción del poder punitivo, porque antes de eso, la legalidad está compuesta por la Constitución y Pactos Internacionales, y el ordenamiento jurídico en conjunto, aunque ello redunde en favor del imputado o condenado (Art. 91 CPPF deberes de lealtad procesal y objetividad: obligación del fiscal de investigar y formular sus



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

requerimientos incluso a favor del imputado; art. 344 CPPF: el MPF puede recurrir a favor del imputado; art. 367 b) en el recurso de revisión: el fiscal podrá solicitar la revisión de una condena firme a favor del condenado; etc.).

La ley de Migraciones que dispone que una persona puede ser extrañada cuando ha cumplido la mitad de la pena de prisión, es una norma dentro de un sistema donde interactúa con otras de superior jerarquía. Los abogados no somos autómatas en la aplicación de una norma, como si ésta de manera aislada proveyese todas las soluciones para un caso. Existen los principios generales hoy positivizados de jerarquía superior a las leyes que tenemos obligación de aplicar. En este caso, claramente, los derechos de los niños (sin importar que no sean argentinos) a su asistencia paterna y el del condenado a no sufrir una pena que se transforme en cruel e inhumana por la imposibilidad de cuidarlos.

Tanto es así que El Decreto PEN 70/2017 (de necesidad y urgencia) realizó modificaciones a dicha ley que significaron un endurecimiento de la política migratoria y que otorgó facultades a la Dirección Nacional de Migraciones para proceder a la expulsión de los extranjeros que hubiesen sido condenados en la Argentina o en el exterior, aunque la condena no se encuentre firme, respecto de delitos de tráfico de armas/personas/estupefacientes/de órganos y tejido/ o por lavado de dinero. Increíblemente, la aplicación de una norma semejante es la que reclama la defensa y el condenado en esta causa. Es decir, ¿de qué norma están hablando? A la época en que esto ocurría, lo dispuesto por el juez a quo, actuando en modalidad de ejecución, estaba en perfecta consonancia con la potestad de la Dirección de Migraciones para expulsar a un extranjero con condena, aunque esta no estuviera firme y/o no la hubiese cumplido total o parcialmente (se aclara que el Decreto 138/2021 del 04/03/2021 derogó el anterior citado, pero esto ocurrió después de los actos procesales de este recurso).

Basta leer mi escrito de desistimiento para ver su fundamento, que puede o no ser compartido, pero que existe. Me remití para una completa motivación a la solución que autoriza el propio CPPF en su art. 22. Es decir, en plena observancia de la legalidad.

En esa oportunidad dije: “Entiendo que en todo este caso se han perdido de vista algunos asuntos basales del derecho criminal. La expulsión es una pena cuando su causa es una condena por un hecho criminal. En esos casos no es un mero asunto de derecho administrativo (migratorio) o de política demográfica, que refieren al tránsito y residencia de extranjeros en el territorio nacional. Históricamente la carga simbólica de la pena de expulsión está dada por la indignidad que implica que una persona no es más aceptada en una sociedad jurídicamente organizada. Quizás los tiempos modernos hayan perdido de vista ese punto. Pero ese ‘cambio’ de la pena de prisión efectiva en expulsión está previsto en la ley, y técnicamente no es solo un cambio en la modalidad de ejecución. Aunque pueda llamárselo vulgarmente así, está claro que ello obedece a razones de política criminal que involucran las relaciones diplomáticas y convenios internacionales en los que todos los estados están interesados y hasta prácticas o de conveniencia, referidas a la necesidad de disminución para mejorar la distribución de la población carcelaria en el país.

“En este caso se aúnan cuestiones humanitarias, referidas a la salud y atención de niños menores de edad, que hoy en día también tienen jerarquía constitucional y, lo más importante, alcance universal.

“Además, no puede soslayarse que es obligación del estado, a través del órgano designado por la CN para el ejercicio de la acción penal pública (MPF), probar que no son correctos o satisfactorios los informes ambientales y sociales procurados



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

por la defensa, lo cual no ocurrió en autos, según pudimos verificar al momento de estudiar la causa para la audiencia anterior.

“En tales condiciones, no pueden prevalecer las disposiciones de la legislación argentina para acceder al extrañamiento.

“Considero pues que la decisión del magistrado se encuentra debidamente fundada y adecuada al caso particular”.

Como se puede ver, asigné prioridad a los postulados internacionales por todos conocidos que versan sobre los derechos de los niños, en este caso a cargo del condenado (viudo), que habían quedado solos en Bolivia a cargo de su abuela, uno de ellos discapacitado y dos menores de edad, en situación de vulnerabilidad y sin sustento económico (Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas) y evitar así que la ejecución de la pena del condenado en nuestro país se transformase en cruel o inhumana debido a ese distanciamiento e imposibilidad de asistencia de su familia (principios del Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones sobre los criterios de ejecución de la pena de prisión), por sobre la solución legal de la ley de Migraciones. Pero, además, en definitiva, era cuestión de poco tiempo más que se produjera el extrañamiento de todas formas (cumplimiento de la mitad de la pena).

La expresión usada por el tribunal acerca de que he fundado mi dictamen en razones de política criminal, humanitarias o supralegales, no me agravian porque es correcta. Porque eso es lo que corresponde hacer. Como todos hemos aprendido “...la función de garantía de la Ley penal no se cuestiona por el reconocimiento de causas de justificación consuetudinarias o supralegales, dado que aquí se trata de limitaciones y no de ampliaciones de la punibilidad” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General, 5^a Ed., Ren. e Ampl., Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Biblioteca Comares De Ciencia Jurídica, Granada, 2002, p. 352).

Los principios de superior jerarquía, supralegales, no son una invención propia, sino que tienen recepción en nuestro derecho positivo (arts. 75, inc. 22, 116 y 117 CN) e interpretación pacífica de nuestra Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y son de observancia obligatoria para los fiscales y también para los jueces.

Rechazo por agravante el empleo del término “licencioso” evidentemente atribuido a mi trabajo por el juez Gemignani, de manera oblicua o encubierta (como llamaba el Código Penal a este tipo de expresiones, art. 112 CP, derogado por ley 26.551). Evidentemente, confundió la palabra licencioso -que es una injuria grave- con licencia, en el sentido de que me tomé la licencia de desistir un recurso de una manera poco profunda o liviana. En fin, como las calificaciones no son argumentos, lo único que puedo señalar aquí es que se advierte que el magistrado del más alto tribunal federal penal del país no contempló en profundidad lo que venía ocurriendo en el caso, la prueba existente y las características de su participación en el hecho del condenado, los informes ambientales, las condiciones personales y familiares del condenado, y el contexto en que se desarrollaron los hechos, y se quedó en un único aspecto, el del poder punitivo en su mera expresión formal, funcional, mecánica, aplicado ciegamente, del mismo modo a personas y circunstancias distintas. Y así lo dijo, palabras más, palabras menos al considerar que el orden social se apoya en la modalidad de la ejecución de la pena de Juan Fernández, el aquí condenado. Lo más notable es que Juan Fernández ya fue condenado, es decir, el sistema punitivo funcionó, de modo que nadie renunció “licenciosamente” al castigo y el orden social argentino no fue commovido por este caso.

Se confundió así falta de fundamentación con la dirección que a una línea de razonamientos fácticos y jurídicos le asigna quien los formula. En tanto un



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

dictamen o resolución estén fundados, motivados, sean producto o derivación razonada del derecho vigente conforme las circunstancias probadas de la causa, y pese a que no esté de acuerdo con la conclusión a la que arribe el autor, los jueces no tienen potestades para anularlos. Hacerlo, significaría sustituir la opinión de un actor procesal por la de ellos. Se ve así claramente la pérdida de imparcialidad del juez.

Esto es lo que pasó en el caso. Como no estuvieron de acuerdo con la solución del juez a quo (que hice propia en mi desistimiento) que dispuso el extrañamiento o expulsión anticipada de un extranjero para que cumpla la pena en su país, basado en normas de superior jerarquía a la ley de migraciones, los jueces de la cámara de casación sostuvieron que esas decisiones eran infundadas. Sin embargo, allí estaban invocadas y aplicadas las normas y los principios superiores a la ley de Migraciones en el caso concreto (art. 31 CN). Esa era la fundamentación. No se pretende que sea compartida, pero es la fundamentación suficiente del acto jurídico.

Uno de los jueces dice despectivamente que me fundé en criterios supralegales, lo cual pone en evidencia su criterio, que omite considerar los mandatos que emanan de la Constitución Nacional y los Pactos de DD.HH. de igual jerarquía. No me animo a aventurar qué habría dicho en su momento de los jueces alemanes cuando en 1927, en un caso de aborto, crearon el estado de necesidad supralegal como causa de justificación ante la ausencia de previsión legal expresa del código penal. Luego aquella causal fue receptada legislativamente en el ordenamiento jurídico alemán (Jescheck, op. cit., p. 385). Por suerte para mí, extraje las causales supralegales que rigen durante el período de ejecución de la pena, tanto para nacionales como para extranjeros, de la Constitución y Convenciones Internacionales de DD.HH.

IX. Apartamiento del fiscal.

Finalmente, la decisión de la Cámara también es nula, porque los jueces no tienen potestad alguna para apartar a los fiscales. No hay base legal para ello. Y tan claro es esto que ni en los considerandos ni en la parte dispositiva se cita norma alguna que se los permita. El fallo reclama de mi parte algo que los propios jueces no cumplen. Es un mero acto de voluntarismo de los jueces (en el sentido filosófico). Esa solución solo está prevista cuando se hace lugar a la recusación de un fiscal que, por supuesto, tiene un procedimiento propio y no puede ser decidida de oficio, sino a pedido de parte.

Ya en su momento el Procurador General de la Nación Dr. Esteban Righi, dispuso que los fiscales no podemos ser apartados por los jueces, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. Así la Res. MP 36/06 del 24 de abril de 2006 que adjunto a este recurso extraordinario.

De modo que esta decisión sí afectó la representación del MPF en la causa, en la que es parte necesaria. Significa una intromisión en las potestades del representante de otro poder del estado con plena autonomía funcional (art. 120 CN) por el solo hecho de tener una visión jurídica diferente sobre un caso, con lo cual han violado el principio de división de poderes y el de imparcialidad del juzgador.

Por otra parte, quiero aclarar que no confundo la declaración de la nulidad porque no comparten el contenido o sentido del dictamen, con el hecho de que además pretendan separarme de esta causa como consecuencia de la declaración de nulidad, para lo que no tienen facultades. Ello así porque la única consecuencia de una declaración de nulidad de un acto procesal debería ser su reedición o reproducción (saneamiento). Pero al disponer mi apartamiento sin base legal, el tribunal generó la sospecha de que el verdadero propósito de la nulidad del desistimiento era ese, lo cual es grave e irreparable y excede el límite constitucional impuesto por el artículo 120 de



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

la CN, en desmedro de la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público. Es decir, la fundamentación de esa nulidad es aparente y el acto constituyó un desvío de poder.

Asimismo, no puedo dejar de señalar con cierta curiosidad que la resolución dispone “ordenar que se lo sustituya por el colega que corresponda”, pero no identifica a quien va dirigida la orden, ya que los jueces no pueden dar órdenes al Procurador General de la Nación para apartar o sustituir a un Fiscal de un caso en particular.

Me imagino lo que podría suceder si a su antojo -con resoluciones de fundamentación aparente y sin sustento legal- los jueces apartasen de cualquier causa a los fiscales cuyos dictámenes no comparten. Ese es el verdadero peligro que subyace a toda esta cuestión, y con independencia del destino del aquí condenado.

Por esta razón comunique todo lo sucedido al Sr. Procurador General, quien está al tanto de estas contingencias.

La cuestión tiene analogía con lo debatido y resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Quiroga” ya citado (Fallos: 327:5863), en el que se declaró la inconstitucional del segundo párrafo del artículo 348 del CPPN, que facultaba a los jueces a apartar a los fiscales, cuando en la etapa intermedia (art. 346 del CPPN), el fiscal instaba el sobreseimiento del imputado y el juez consideraba que correspondía la elevación a juicio del caso. La doctrina que de allí emana, en torno al apartamiento de un representante del Ministerio Público Fiscal, es de aplicación al presente.

La Corte sostuvo que “... no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art.120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en

favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar...” (consid. 30).

“...el sistema republicano supone que los funcionarios estén sujetos a algún mecanismo de control institucional relativo a cómo ejercen su función, pero ello no puede llevar a autorizar su sustitución en las funciones que le son propias por parte de quienes son ajenos a ellas...” (consid. 31).

“...es inadmisible la conclusión de que ‘los jueces puedan gobernar la pretensión punitiva del Estado, en detrimento del sistema acusatorio que organiza nuestra legislación vigente por el cual se pone en manos de un órgano especial, distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción’” (consid. 32).

“...Que aun cuando se entienda que el legislador puede válidamente organizar un proceso penal en el que la acción penal es indisponible, y estructurarlo con controles suficientes para que esto se cumpla, tales controles sólo pueden producirse en el estrecho límite trazado por la autonomía funcional de los fiscales (art. 120 de la Constitución Nacional), que no es respetado por la directiva del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación pues el procedimiento de control de la acusación que instaura concede a los jueces una facultad que la Constitución Nacional les veda: determinar el contenido de los actos del fiscal. El Ministerio Público del art. 120 supone no sólo independencia del Poder Ejecutivo, sino también del Poder Judicial, como correlato de una concepción dentro de la cual sólo dicha independencia permite estructurar un procedimiento penal en el que las garantías de la defensa en juicio y la imparcialidad del tribunal no estén en discusión” (consid. 33).

“Que el deber del Ministerio Público de actuar en ‘coordinación con las demás autoridades de la República’ no puede ser convertido en subordinación, a



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

riesgo de neutralizar el sentido mismo de su existencia. La posición contraria, como la que sostiene la cámara de casación, según la cual el Poder Judicial es el que debe ‘controlar’ el ejercicio que de la legalidad hace el Ministerio Público, es la que conduce, finalmente, a admitir la consecuencia extrema de que en el debate la imputación provenga, en definitiva, del propio tribunal que debe juzgar sobre su admisibilidad (conf. doctrina de la mayoría de esta Corte en el caso ‘Marcilese’, Fallos: 325:2005), o incluso, que se pueda llegar a una condena sin que el Ministerio Público haya manifestado su conformidad en este sentido en ninguna instancia procesal” (consid. 34).

De lo expuesto, resulta claro que los jueces no pueden, ni siquiera frente a la existencia de una norma infraconstitucional que les permita de oficio el apartamiento de un representante del Ministerio Público Fiscal, menos por propia voluntad, proceder de ese modo. Pues ello, es una clara violación a la independencia del Ministerio Público Fiscal, que afecta el debido proceso legal. Y por este motivo, la decisión de la Cámara tiene un vicio insubsanable que amerita su nulidad.

X. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicito:

1. Se tenga por interpuesto el recurso extraordinario federal.
2. Se lo conceda, se eleven los autos a la Corte Suprema para que ésta lo declare procedente y deje sin efecto la sentencia por esta vía impugnada.
3. Se trate el caso con la mayor celeridad posible en consideración a la situación de los menores en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Proveer de conformidad, será justicia.

**Javier Augusto De Luca
Fiscal General**