



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

Excma. Cámara de Casación:

Javier Augusto De Luca, fiscal general a cargo de la Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal, domicilio electrónico de la fiscalía 51000002082, en los autos FSA XXXX/2016/CFC1 del registro de la Sala 1, caratulada “OLIVA, SERGIO GERARDO s/ ABUSO DE AUTORIDAD Y VIOL. DEB. FUNC. PÚBL. (ART. 248) SOLICITANTE: DIVISIÓN DE ADUANA ORAN Y OTROS”, me presento y digo:

I. Que conforme lo dispone el art. 466 del Código Procesal Penal de la Nación vengo por el presente a emitir opinión sobre el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Sergio Gerardo Oliva. El recurso se interpone contra la sentencia condenatoria del 7 de septiembre de 2022 dictada por el Juez Federal de Tartagal en la que condenó al nombrado a la pena de seis meses de prisión en suspenso, inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de violación de deberes de funcionario público (arts. 20, 26, 40, 41 y 248 CP).

II.- En cuanto al hecho acaecido, el Juez tuvo por probado que en fecha 29 de abril de 2016 el Sr. Oliva, en aquel entonces intendente del Municipio de la localidad de Aguas Blancas, alquiló una máquina retroexcavadora, perteneciente al Municipio de Pichanal, y dio la orden para la realización de trabajos de apertura de una calle hacia la vera del río Bermejo en cercanías al “Área de Control Integral (ACI) Chalanas”, todo ello en ejercicio de sus funciones. El hecho fue denunciado por el Jefe de Escuadrón 20 “Oran” de Gendarmería Nacional, quien sostuvo que se habilitó una suerte de paso clandestino con acceso directo al territorio argentino.

El representante del Ministerio Público Fiscal entendió que la lesión al bien jurídico protegido ocurrió cuando el Sr. Oliva ordenó la apertura de un camino sin solicitar autorización a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad Nacional, conforme lo establece el artículo 9° del decreto ley 15.385/44. En cuanto a las pruebas presentadas, se valió tanto de las declaraciones testimoniales del conductor de la retroexcavadora y miembros de las fuerzas de seguridad, como de un acta suscripta en fecha 23 de mayo de 2016 en la que se dejó constancia de una

reunión celebrada entre miembros del ACI y el intendente, en donde este último reconoció haber dictado la orden de apertura del camino.

III.- La defensa pretende que se anule el fallo recurrido y se absuelva a su defendido. Así, plantea que la sentencia es arbitraria por contar con fundamentación aparente y por haber omitido valorar objetivamente el plexo probatorio, en base a la sana crítica racional. Subsidiariamente, plantea que no se probó la existencia de dolo directo del Sr. Oliva para la tipificación de su conducta, sino que se acreditó que la orden emanó del entonces Secretario de Servicios Públicos Cristian Romero.

Desde otra perspectiva, se agravia de la pena impuesta por considerar que el Juez se excedió en su actuación jurisdiccional. Cabe recordar que el representante de la vindicta pública había solicitado la pena de un mes de prisión en suspenso. Por ello, la defensa sostiene que se sobrepasó el límite de la pretensión acusadora como garantía de equilibrio, comprometiéndose así las garantías constitucionales de imparcialidad y defensa en juicio (Arts. 18 y 75 inc. 22 CN).

Por último, la defensa solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto ley 15.385/44.

IV.- Considero que los agravios referentes a la valoración de la prueba, a la inexistencia de dolo directo y el pedido de declaración de inconstitucionalidad deben ser rechazados. Por otra parte, entiendo que debe hacerse lugar al agravio atinente al monto de la pena impuesta.

En primer lugar, en cuanto al agravio planteado respecto de la valoración de la prueba, éste no puede prosperar pues de la lectura de la sentencia se advierte que su razonamiento es ajustado a las constancias de la causa, no presenta vicios de logicidad ni violación a las pautas de la sana crítica racional. Con este panorama, los agravios del imputado se presentan como meras discrepancias con la solución adoptada. A ello se agrega que el recurrente no introdujo argumentos ni una crítica razonada que logre conmover la decisión adoptada por el Juez Federal de Tartagal; máxime teniendo en consideración que el auto impugnado está razonablemente fundamentado, circunstancia que impide que sea descalificado como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 303:449 y 303:888, entre otros).

En segundo término, tampoco puede prosperar el pedido de declaración de inconstitucionalidad del decreto ley 15.385/44. Ello pues la defensa



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

se limita únicamente a requerir la declaración, más no esboza argumento alguno atinente a qué disposición constitucional se encuentra contrariada o menoscabada.

Por último, en cuanto al agravio que alude al *quantum* de la pena fijada, tal como adelanté precedentemente, estimo que debe hacerse lugar. Ello por cuanto el Juez no está facultado a exceder las pretensiones punitivas del Ministerio Público Fiscal por imperio del principio acusatorio que resguarda el debido proceso y la garantía de defensa en juicio, ambas con jerarquía constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.).

La pena que excede a aquella solicitada por esa parte constituye un castigo impulsado exclusivamente por el juzgador, en clara violación a los principios de contradicción e imparcialidad. En este sentido, el imputado se haya frente a un juez que lo juzga y además formula una pretensión punitiva independiente, pues ha descartado la formulada por la parte acusadora. Así, el juzgador estaría ejerciendo facultades reservadas constitucionalmente a este Ministerio Público Fiscal (art. 120 C.N.).

De lo contrario, estaría suplantando al acusador en su rol. Lleva dicho nuestro más Alto Tribunal que “el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella” (Fallos 327:5863, cons. 19). A su vez, el juez no puede inventar una pena que nadie ha reclamado, pues se generaría también una afectación directa al derecho de defensa en juicio, si se tiene en cuenta que el imputado no contó con la posibilidad de resistir y argumentar una pretensión punitiva sobre la que no hubo ni debate ni contradicción, y que sólo fue manifestada en el fallo.

En el precedente “Amodio” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 330:2658) los jueces Zaffaroni y Lorenzetti votaron en disidencia. Al respecto, manifestaron “que si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados “sistemas mixtos”, la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dadas las exigencias de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional

(arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art- 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”.

Asimismo, agregaron que “toda vez que el principio de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella -al punto de que en autos el juez correccional que dictó la condena decidió anular el alegato acusatorio formulado por la parte querellante precisamente por el hecho de que había omitido solicitar pena-, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o *ultra petita*”.

Consideraron también que “al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador –lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo- se vulnera también la prohibición de la *reformatio in pejus* cuyo contenido material intenta evitar precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que mediase requerimiento acusatorio en tal sentido”.

Desde otro ángulo, en relación a la regla del art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación, recordaron el principio según el cual “jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador, por lo que en cualquier caso, las normas de dicho cuerpo legal deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros)”. Es dable destacar que en el caso de autos el magistrado no modificó la calificación jurídica atribuida al hecho para luego aplicar una pena más gravosa, sino que simplemente impuso una pena superior a la requerida por la parte acusadora. En esa inteligencia, infiero que el juzgador aplicó en forma análoga el mentado artículo para un supuesto que no se encuentra allí preestablecido, lo cual contraría la prohibición constitucional de analogía. También, el magistrado, para así resolver, se apoyó en el fallo “Marcilese” de la Corte Suprema, más debe recalcarse que en el año 2004 en el fallo “Mostaccio” (Fallos: 327:120) nuestro Máximo Tribunal retomó el criterio adoptado en el precedente “Tarifeño” del año 1989, en el cual se



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

determinó que la acusación fiscal delimita el accionar del tribunal y, ante la ausencia de acusación, no puede proceder una sentencia condenatoria.

El Juez puede calificar los mismos hechos como lo considere pertinente, pero no está facultado por imperio constitucional, a imponer más pena que la peticionada por el fiscal. Es cierto que las decisiones de los magistrados deben ajustarse al cumplimiento de la ley; pero, en este caso, el Juez hizo lo opuesto al contravenir el principio contradictorio y la garantía de imparcialidad del juzgador. Su alegada independencia no puede servir de pretexto para dejar de lado arbitrariamente normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional. La independencia del poder judicial de ningún modo habilita a esta conducta.

Debe tenerse presente que el criterio que establece que el Tribunal –en este caso, el Juez– no puede fijar un mayor *quantum* punitivo que el solicitado por el fiscal fue seguido por la Sala I de esta Cámara en las causas “Aranea, Juan C. y otros s/rec. de casación”, rta. 25/06/2012 Registro N° 19685.1; causa N° 14130 y en “Martínez, Eduardo J. s/rec. de casación” rta. 31/07/2012 Registro N° 19825.1; “Hernández, Jhon Gabriel y otro s/recurso de casación”, rta.02/05/2011, Registro N° 14805.4, Causa N°: 11357. También existen múltiples precedentes de las demás salas en las que sostienen el criterio aquí adoptado.

V.- Por todo lo expuesto, solicito que, al momento de resolver, se rechacen los agravios referidos a la valoración probatoria y la inexistencia del dolo directo, así como el pedido de declaración de inconstitucionalidad, más se haga lugar al concerniente al monto de la pena fijada.

Fiscalía N°4, 14 de octubre de 2022.

FPM

Javier Augusto De Luca
Fiscal General