



Ministerio Público de la Defensa

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Sres. Jueces de la Sala III:

Enrique María Comellas, titular de la Defensoría Pública Oficial nro. 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal, constituyendo domicilio legal en la sede de esta dependencia, sita en Av. Comodoro Py nro. 2002, piso 8°, de la Ciudad de Buenos Aires y por sistema de notificación electrónica bajo el CUID 50000000067 y CUIL personal 20-22362540-2, me presento en el expediente **FSA 62/2020/12** del registro de esa Sala, caratulado “**Fernández, Juan s/audiencia de impugnación**”, en representación del nombrado, y digo:

I. Objeto.

Que vengo a interponer recurso extraordinario federal, conforme a los arts. 14 y 15 de la ley 48 y 257 del CPCCN, contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 2021 por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, mediante la que 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”.

De esta manera, al declararse la nulidad del desistimiento fiscal realizado a tenor del art. 349 del Código Procesal Penal Federal, se impide ejecutar “*el extrañamiento anticipado en forma inmediata del país de Juan FERNANDEZ*” que había sido dispuesto, el 29 de diciembre de 2020, por parte del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Salta.

II. Procedencia.

USO OFICIAL

1 Tal como se detallará a continuación, se ha cumplido en el presente
2 con los requisitos exigidos para la procedencia del recurso extraordinario
3 por las siguientes razones:

4 **1.** La resolución que motiva esta vía recursiva fue notificada a esta
5 parte el 10 de marzo de 2021, por lo que se interpone en **tiempo oportuno**,
6 de conformidad al plazo establecido en el art. 257 del CPCCN.

7 **2.** La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal es el **superior**
8 **tribunal de la causa**, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de
9 Justicia de la Nación en el caso “Di Nunzio” (Fallos 328:1108).

10 **3.** La **resolución recurrida es una sentencia equiparable a**
11 **definitiva** en los términos del art. 14 de la ley 48, toda vez que sus efectos
12 se traducen en impedir el extrañamiento inmediato de mi defendido a su
13 país de origen.

14 De este modo, la sentencia impugnada provoca un perjuicio de tardía
15 reparación ulterior, ya que prolonga la situación de encierro carcelario de
16 Juan Fernández en el país. Específicamente, con relación a los autos que
17 restringen la libertad del imputado, la Corte Suprema de Justicia de la
18 Nación afirmó que esas decisiones se equiparan a sentencia definitiva en
19 los términos del art. 14 de la ley 48, ya que pueden ocasionar un perjuicio
20 de imposible reparación ulterior, por afectar un derecho que exige tutela
21 judicial inmediata (cfr. Fallos 280:297; 290:393; 307:359; 308:1631;
22 310:1835; 311:358; 314:791, entre otros).

23 **4.** La **cuestión federal** se fundamenta, en primer lugar, por una
24 **afectación al principio acusatorio** (art. 2 del Código Procesal Penal
25 Federal), integrante de la garantía del debido proceso legal (art. 18 de la
26 Constitución Nacional).



Ministerio Público de la Defensa

1 Asimismo, el temperamento adoptado por la Sala III implicó una
2 **afectación a la garantía de imparcialidad judicial** (art. 8 del Código
3 Procesal Penal Federal y arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 de la
4 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto
5 Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

6 Por último, a criterio de esta defensa, la sentencia impugnada
7 **resulta arbitraria**, no sólo porque los jueces se arrogaron potestades
8 ilegítimas para controlar la fundamentación de un desistimiento fiscal, sino
9 también porque incurrieron en vicios de logicidad para descalificar al
10 dictamen anulado.

11 **5.** La decisión atacada es contraria a los derechos federales
12 invocados y provoca el perjuicio de una mayor cantidad de encierro
13 carcelario, por lo que existe **una relación directa** entre lo que ha sido
14 resuelto por la Sala III y los derechos que esta parte estima conculcados.

III. Antecedentes del caso.

16 A fin de cumplir con el requisito de autosuficiencia, cabe ingresar en
17 el relato de los antecedentes del caso, acotados estrictamente a aquellos
18 que motivan esta apelación extraordinaria.

III.a) La sentencia del Tribunal Oral.

19 El 29 de diciembre de 2020, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal
20 Nro. 2 de Salta resolvió “*ORDENAR el extrañamiento anticipado en forma*
21 *inmediata del país de JUAN FERNANDEZ, de nacionalidad boliviana, CiBol*
22 *N° 6.544.296, con domicilio en calle (...) Cochabamba, Bolivia, a partir del*
23 *día de la fecha y con prohibición de reingreso al país por el plazo de 5 (cinco)*
24 *años desde la fecha de su efectiva expulsión (art. 63 Ley 25.871)”*.
25

1 Para así resolver, el tribunal consideró que, si bien mi defendido no
2 había cumplido la mitad de la pena de cinco (5) años de prisión que le
3 fuera oportunamente impuesta, debía tenerse especialmente en cuenta que
4 Juan Fernández es un padre -viudo- de dos menores de edad, que uno de
5 ellos padece una discapacidad mental, y que los niños actualmente se
6 encuentran al cuidado de una abuela de 85 años de edad, quien tiene
7 problemas de salud y no puede proseguir haciéndose cargo de ambos
8 menores. Además, remarco que, por esos mismos motivos, cuando se lo
9 condenó se le otorgó una prisión preventiva domiciliaria, que nunca pudo
10 ser efectivizada por los problemas burocráticos internacionales para llevar
11 adelante este tipo de medidas.

12 Agregó que los niños tienen el derecho a ser cuidados por sus padres,
13 que la madre de los mismos ha fallecido, y que si Juan Fernández fuese
14 argentino tendría derecho a cumplir con un arresto domiciliario, de
15 conformidad a lo previsto en el art. 10, inc. f, del Código Penal.

16 Frente a dicha situación extraordinaria y excepcional, el tribunal
17 entendió que la solución más equitativa -que garantice la plena vigencia de
18 los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino,
19 conforme la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre los
20 Derechos de las Personas con Discapacidad- es disponer la expulsión
21 anticipada del Sr. Juan Fernández, prohibiéndole el reingreso al territorio
22 nacional.

23 Concluyó señalando que la ley migratoria argentina demuestra un
24 privilegio de los intereses migratorios por sobre los intereses punitivos,
25 toda vez que acepta resignar a la mitad de la pena para que la persona
26 extranjera sea devuelta a su país de origen.



Ministerio Público de la Defensa

III.b) La impugnación fiscal.

Dicha resolución fue recurrida por el fiscal, quien se agravió por no haberse cumplido con los requisitos legales establecidos en el art. 64 de la ley 25.871. En ese sentido, no sólo se agravió por el no cumplimiento previo de la cantidad de pena necesaria para poder realizar una expulsión del país (cfr. acápites I y II del art. 17 de la ley 24.660), sino porque, a su entender, no se acreditaron debidamente los motivos excepcionales que fueron invocados para disponer el extrañamiento anticipado.

III.c) El desistimiento fiscal.

Una vez conferida la intervención del fiscal general Javier De Luca, el día 3 de febrero de 2021 procedió conforme lo autoriza el art. 349 del C.P.P.F.

En aval a su decisión, el fiscal comenzó precisando que no debe perderse de vista que la expulsión es una pena, cuando su causa es una condena por un hecho criminal. Consideró que, además, en el presente 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 alcance universal.

Con relación a la supuesta falta de acreditación de las circunstancias excepcionales que planteó su colega de instancia anterior, remarcó que es obligación del estado, a través del órgano designado por la Constitución Nacional para el ejercicio de la acción penal pública -esto es, el Ministerio Público Fiscal-, probar que no son correctos o satisfactorios los informes ambientales y sociales procurados por la defensa, lo cual entendía que no ocurrió en autos.

1 Por dichos motivos, el fiscal actuante en etapa casatoria entendió que
2 “la decisión del magistrado se encuentra debidamente fundada y adecuada
3 al caso particular”, motivo por el que solicitó que “se tenga por desistido el
4 recurso del fiscal”.

5 **III.d) La sentencia de la Sala III.**

6 El primer sufragante, el juez Juan Carlos Gemignani, señaló que el
7 art. 90 del C.P.P.F. dispone que el Ministerio Público Fiscal “tiene la
8 obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones”. Como
9 consecuencia de ello, consideró que “en caso de verificarse que el debate de
10 la observancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución
11 Nacional o la letra de la ley penal vigente queda trunco con motivo de su
12 dictamen, es potestad de los magistrados, aun de oficio, privar de efectos a
13 ese acto procesal fulminándolo con nulidad (cfr. arts. 129 y 132 del C.P.P.F.)
14 de la misma manera en que corresponde, en esta instancia, anular
15 resoluciones de otros jueces...”.

16 Partiendo de tal premisa, con relación al desistimiento presentado
17 por el fiscal general De Luca, consideró que “se advierte su manifiesta
18 incompatibilidad con lineamientos expuestos anteriormente, al allanar el
19 camino a la firmeza de una decisión cuya aplicación de la ley penal se
20 encuentra debatida. En efecto, desistir del recurso ante esta instancia,
21 echando mano a alegaciones genéricas vinculadas a cuestiones
22 humanitarias y de “política criminal”, no puede ser de modo alguno
23 convalidado”.

24 Concluyó su voto señalando que “un proceder licencioso de los
25 responsables de la vindicta pública genera incerteza sobre la efectiva
26 vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social



Ministerio Público de la Defensa

1 según la definición de la ley, esto es, anomia, y entonces suelen suceder
2 episodios indeseados para la pacificidad de dicha organización”.

3 Por su parte, los jueces Eduardo Riggi y Liliana Catucci emitieron un
4 voto conjunto en el que recordaron que el agravio del fiscal recurrente
5 consistía en que se había dispuesto un extrañamiento anticipado de
6 manera ilegal, por haberse omitido el cumplimiento de los requisitos
7 establecidos en el art. 64 de la ley 25.871.

8 Ante ello, expresaron que “no obstante la gravedad de los agravios
9 expuestos, el Sr. Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto De
10 Luca, desistió de la impugnación incoada por el Fiscal de la instancia
11 anterior (art. 349 del CPPF)”, reseñando los argumentos de este último para
12 así proceder.

13 Frente a ello, los citados magistrados recordaron que el art. 1 de la
14 ley orgánica 17.148 dispone que “el Ministerio Público Fiscal de la Nación es
15 el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la
16 legalidad y los intereses generales de la sociedad...”, por lo que deben
17 ejercer sus funciones de acuerdo con el principio de objetividad,
18 requiriendo “...la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo
19 equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio
20 racional y ponderado del poder penal del Estado” (art. 9, inc. “d”).

21 A partir de dichas normas, los jueces establecieron cuáles son, a su
22 entender, los deberes de todo fiscal, afirmando que “sin esfuerzo se
23 desprende de las normas citadas que al representante del Ministerio Público
24 Fiscal le compete la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder
25 punitivo del Estado al que él representa. De ahí que su deber es vigilar el
26 estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de las cuales deben

1 *valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro principio, pero no*
2 *sobre la ley penal. Ese es su deber. Es así que cuando ese deber de*
3 *custodiar la legalidad no se observa en sus dictámenes, fácil se concluye en*
4 *que éstos adolecen de la debida motivación y resultan descalificables por*
5 *arbitrariedad”.*

6 Así, concluyeron que *“resulta a todas luces evidente que, en su escrito*
7 *de desistimiento, el Sr. Fiscal General se apartó inequívocamente de la ley*
8 *expresa aplicable al caso, extremo que constituye un supuesto de*
9 *arbitrariedad manifiesta que determina la anulación de lo dictaminado. El*
10 *confronte de la observancia de esos preceptos en el dictamen fiscal de fecha*
11 *3 de febrero del corriente resulta negativo en tanto se aprecia que el Sr.*
12 *Fiscal General dejó inerte el agravio invocado por su colega de la instancia*
13 *previa sobre el extrañamiento anticipado decidido por el magistrado a quo*
14 *con argumentos supralegales que dejan en letra muerta la ley por cuya*
15 *legalidad está encargado constitucionalmente de velar en los procesos*
16 *penales. Grave defecto de motivación que contamina de arbitrariedad su*
17 *dictamen a punto de provocar su nulidad conforme lo autoriza el artículo 132*
18 *del Código Procesal Penal Federal, en sintonía con lo dispuesto en el 129 del*
19 *mismo texto legal”.*

20 De este modo, la resolución de la Sala III dispuso **DECLARAR LA**
21 **NULIDAD** del dictamen por el cual el Sr. Fiscal General ante esta instancia,
22 Dr. Javier A. De Luca, desiste del recurso intentado por el fiscal de grado,
23 **APARTAR** al Sr. Fiscal General actuante del conocimiento de la causa y
24 **ORDENAR que se lo SUSTITUYA por el colega que corresponda,**
25 debiendo remitirse las actuaciones a la Oficina Judicial, a sus efectos.



Ministerio Público de la Defensa

1 Contra dicha resolución se interpone el presente recurso
2 extraordinario federal.

3 **IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.**

4 **Afectación al principio acusatorio (art. 2 del C.P.P.F.), integrante**
5 **de la garantía del debido proceso legal (art. 18 de la Constitución**
6 **Nacional). Afectación a la garantía de imparcialidad judicial (art. 8 del**
7 **C.P.P.F. y arts. 18 de la C.N., 8.1 de la Convención Americana sobre**
8 **Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles**
9 **y Políticos). Arbitrariedad por fundamentación dogmática y abstracta.**

10 En aras de una mayor claridad expositiva, habré de desarrollar el
11 presente recurso de manera progresiva, explicando los motivos por los que
12 en el presente caso se produjo **(a)** una violación al principio acusatorio y a
13 la imparcialidad judicial, **(b)** por qué motivo los jueces no se encuentran
14 legalmente habilitados para controlar la fundamentación de un
15 desistimiento fiscal realizado en los términos del art. 349 del C.P.P.F, **(c)**
16 que -pese a ello- en el presente caso dicho dictamen estaba fundado, y -por
17 último- **(d)** los vicios lógicos que demuestran la arbitrariedad de la
18 resolución impugnada.

19 **a) De la violación al principio acusatorio y a la garantía de**
20 **imparcialidad judicial.**

21 En primer lugar, debe tenerse especialmente en cuenta el cambio
22 radical que implicó la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal
23 (según ley 27.482) con relación al modelo hasta entonces vigente.

24 El art. 2 consagra los “**Principios del proceso acusatorio**. Durante
25 *todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes,*

1 oralidad, publicidad, **contradicción**, concentración, inmediatez,
2 simplicidad, celeridad y desformalización” (el remarcado me pertenece).

3 Dicha norma no se trata de una mera declamación abstracta o
4 expresión de buena voluntad, sino que produce numerosas consecuencias
5 concretas, novedosas, a lo largo de todo el ordenamiento procesal.

6 En efecto, adviértase que con el dictado del nuevo C.P.P.F., el
7 representante el Ministerio Público Fiscal asume diversas facultades que se
8 encuentran totalmente exentas del control jurisdiccional. Veamos:

9 * Una vez que el fiscal recibe una denuncia, puede desestimarla por
10 inexistencia de delito, archivarla por no poder individualizarse a su autor o
11 aplicar un criterio de oportunidad, lo que sólo es revisable, a pedido de la
12 víctima, ante el superior del fiscal (arts. 251 y 252). Es decir, fiscal “*puede*
13 *disponer de la acción penal pública*” (art. 30 y ss.), provocando con ello la
14 extinción de la acción penal, y dicha decisión se encuentra ajena al control
15 de los jueces.

16 * Ninguna medida de coerción puede ser impuesta de oficio por el
17 juez, sino que su imposición sólo resulta viable ante el expreso pedido del
18 fiscal o querellante (art. 209 y ss.). El juez tampoco puede imponer un
19 embargo u otra medida cautelar sin pedido de parte (art. 2109 y ss.).
20 Adviértase, entonces, que si un juez está convencido que en un
21 determinado caso existe un fundado riesgo de fuga o un peligro de
22 entorpecimiento de las investigaciones, sólo podría disponer un encierro
23 cautelar si así fue solicitado por los acusadores, más nunca podría primar
24 su criterio por sobre quienes cumplen un rol acusador.



Ministerio Público de la Defensa

1 * A su vez, una vez finalizada la investigación preparatoria, si el fiscal
2 solicitase el sobreseimiento y “no existiere oposición, el juez **deberá** resolver
3 *el sobreseimiento del imputado*” (art. 272, el remarcado me pertenece).

4 * En etapa de juicio, se consagró un respeto mucho más amplio al
5 principio de congruencia, puesto que el tribunal de juicio “*tampoco podrá*
6 *dar al hecho una calificación jurídica distinta* [a la pretendida por el fiscal],
7 *salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de*
8 *debate*”. El sentenciante también está imposibilitado de “*imponer una pena*
9 *más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso*
10 *en que ambos así lo requieran*”.

11 De esta manera, el nuevo ordenamiento procesal configura un rol del
12 fiscal dentro del proceso penal en consonancia con el art. 120 de la
13 Constitución Nacional, norma de jerarquía superior que dispone que el
14 Ministerio Público “...*tiene por función promover la actuación de la justicia*
15 *en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en*
16 *coordinación con las demás autoridades de la República*”.

17 El reciente Código ha efectuado un reparto de competencias y
18 funciones propias, de conformidad con los lineamientos establecidos en la
19 Constitución Nacional, a fin de posibilitar el ejercicio del poder punitivo, de
20 modo tal que para ello deben observarse ciertas reglas de organización y
21 distribución de las facultades en el ámbito del proceso penal. Así como el
22 Ministerio Público Fiscal es el encargado de ejercer la respectiva acción
23 penal, asumiendo la representación del interés persecutorio estatal, el juez
24 asume la posición de un tercero independiente e imparcial, ajeno a los
25 intereses persecutorios de aquél (art. 18 CN, art. 8.1 C.A.D.H., art. 14.1
26 P.I.D.C.yP., art. 10 D.U.D.H.).

1 A su vez, resulta innegable el interés directo de la defensa para que
2 exista una correlación entre un aspecto esencial de la pretensión punitiva
3 solicitada por el fiscal y la finalmente aplicada por el juez. Pues esa pugna
4 de posiciones propia del **contradictorio** (art. 2 del C.P.P.F.) requiere, como
5 escenario propio del debido proceso penal que garantiza su normal
6 desenvolvimiento, la presencia de **un tribunal de carácter imparcial** (art.
7 8 del C.P.P.F.) que no asuma temperamentos sorpresivos en perjuicio del
8 imputado, más gravosos que los reclamados por el propio fiscal
9 interviniente.

10 Teniendo en cuenta los citados principios, el agravio de esta defensa
11 radica en que la Sala III **declaró la nulidad** del dictamen del fiscal actuante
12 y **lo apartó del proceso**, simplemente porque no compartía los motivos por
13 los que declinaba su interés punitivo en el caso concreto (en el sentido de
14 una prolongación del encierro carcelario en suelo argentino), imponiendo la
15 intervención de un nuevo fiscal y, con ello, obligando al Ministerio Público
16 Fiscal a reasumir una persecución que a la ya había renunciado, y de
17 manera fundada.

18 Lamentablemente, pese a haber entrado en vigencia un nuevo
19 ordenamiento procesal que resulta claro en sus disposiciones, seguimos
20 siendo testigos de jueces que, lejos de entender que su función ha sido
21 acotada dentro de los precisos límites establecidos por la acusación,
22 consideran que debe primar su opinión personal acerca de cuál es la forma
23 correcta en la que el fiscal debe llevar adelante su tarea. Como
24 consecuencia de ello, resuelven en un sentido más gravoso al pretendido
25 por quien la Constitución Nacional ha establecido para representar al



Ministerio Público de la Defensa

1 interés punitivo del Estado. Básicamente, porque consideran que el fiscal
2 "se equivocó", pero menos mal, que ellos están ahí para enmendarlo.

3 Dicho proceder, además de desoír el principio consagrado por el art.
4 8 del C.P.P.F. (*Imparcialidad e independencia. Los jueces deben actuar con*
5 *imparcialidad en sus decisiones*"), constituye una clara afectación a la
6 garantía consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 de la
7 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto
8 Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9 **b) De los límites al control judicial del deber de fundamentación**
10 **de los dictámenes fiscales.**

11 Esta defensa cuestiona al postulado afirmado por la Sala III, atinente
12 a que el deber de fundamentación de los dictámenes fiscales -previsto en el
13 art. 90 del C.P.P.F.- también debe extenderse a los desistimientos
14 autorizados en el art. 349 del C.P.P.F. Ello implica un error, por los
15 siguientes motivos.

16 El citado art. 90 estipula que *"El MINISTERIO PÚBLICO FISCAL tiene*
17 *a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal*
18 *pública contra los autores y partícipes. Le corresponde la carga de la prueba*
19 *y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su*
20 *acusación. **Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y***
21 ***resoluciones**"* (el remarcado me pertenece).

22 Por su parte, el art. 129 del C.P.P.F. -norma invocada por los jueces
23 Gemignani, Catucci y Riggi como habilitante del supuesto poder
24 jurisdiccional para invalidar el desistimiento del fiscal general De Luca-
25 sostiene que *"No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni*
26 *utilizados como presupuesto de ella, **los actos cumplidos con***

1 ***inobservancia de los derechos y garantías previstos en la***
2 ***Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de***
3 ***Derechos Humanos y en este Código.*** *Tampoco podrán ser valorados los*
4 *actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del*
5 *derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes*
6 *del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL”* (el remarcado me
7 pertenece).

8 Del cotejo armónico de ambas normas, claramente se establece que
9 los jueces sólo se encuentran facultados a controlar la fundamentación de
10 aquellos actos que impliquen una “*inobservancia de los derechos y*
11 *garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos*
12 *internacionales de Derechos Humanos y en este Código”*.

13 Ateniéndonos, entonces, al correcto control judicial de los dictámenes
14 fiscales, sólo podrían invalidarse aquéllos que pretendan una restricción
15 ilegítima de derechos y garantías (v.g.: cuando involucren pedidos de
16 medidas cautelares, o manifiesten una oposición a beneficios solicitados
17 por la defensa, o cuando formulan una determinada acusación).

18 Así pues, la primera valla normativa que encuentra el
19 pronunciamiento aquí impugnado, es que el desistimiento presentado por
20 el representante del Ministerio Público Fiscal el día 3 de febrero de 2021,
21 simplemente provocaba la inmediata ejecución de la expulsión anticipada
22 dispuesta por el tribunal oral interviniente, medida que no conllevaba
23 ninguna lesión o afectación en los derechos o garantías de mi defendido.

24 Por otro lado, debe tenerse presente que el art. 349 del C.P.P.F.
25 autoriza a que “*las partes que hubieran interpuesto una impugnación podrán*
26 *desistirla antes de su resolución, sin perjuicio de responder por las costas. El*



Ministerio Público de la Defensa

1 *defensor no podrá desistir de los recursos interpuestos sin mandato expreso*
2 *de su representado, posterior a su interposición. El desistimiento no afectará*
3 *a quienes hubieran adherido a la impugnación”.*

4 Su lectura revela que el Ministerio Público Fiscal tiene la facultad de
5 desistir de las impugnaciones deducidas, sin imponerle requisito alguno.
6 Dicho artículo implicó un cambio sustancial con su norma análoga del
7 Código Procesal Penal de la Nación, que estipulaba, en su art. 443, que “*El*
8 *ministerio fiscal podrá desistir, **fundadamente**, de sus recursos, inclusive si*
9 *los hubiere interpuesto un representante de grado inferior”* (el remarcado me
10 pertenece).

11 Para la defensa, en cambio, adviértase que se continúa exigiendo la
12 presentación de un mandato expreso del representado.

13 Por ello, la exégesis asumida por la Sala III, en el sentido que los arts.
14 90 y 129 del C.P.P.F. autorizarían al juez a controlar la fundamentación de
15 un desistimiento fiscal formulado a tenor del art. 349 del mismo código, no
16 sólo carece de respaldo legal, sino que simplemente obedece a la resistencia
17 de los jueces a perder ese rol protagónico que siempre han tenido dentro
18 del proceso penal, para así poder imponerle al fiscal su criterio personal
19 acerca de lo que entienden que debería hacer.

20 **c) De la debida fundamentación del dictamen del fiscal general** 21 **interveniente.**

22 El doctor De Luca fundó su desistimiento en tres razones principales.

23 En primer lugar, aclaró que la expulsión de un condenado extranjero
24 no se trata de una simple medida migratoria de carácter administrativa que
25 pueda ser interpretada como un beneficio, sino que consiste en una
26 específica modalidad de ejecución de una pena, que obedece -entre otros

1 motivos- a las relaciones diplomáticas y convenios internacionales
2 celebrados entre todos los países.

3 En segundo término, consideró que en el presente caso debían
4 tenerse especialmente en cuenta las cuestiones humanitarias involucradas.
5 En este punto, no podemos omitir que el fundamento por el que se dispuso
6 la expulsión anticipada de Juan Fernández es que -conforme se acreditó
7 mediante los informes presentados por la defensa oficial- se trata de un
8 padre viudo de dos hijos menores de edad, uno de ellos con una
9 discapacidad mental, y que actualmente se encuentran al cuidado de una
10 persona de 85 años de edad, quien se encuentra imposibilitada de poder
11 asistirlos debidamente. El fiscal entendió que dichos motivos de salud y
12 atención de niños menores de edad *“hoy en día también tienen jerarquía
13 constitucional y, lo más importante, alcance universal”*, motivo por el que *“en
14 tales condiciones, no pueden prevalecer las disposiciones de la legislación
15 argentina para acceder al extrañamiento”*.

16 Así pues, fácilmente se advierte la fundamentación del dictamen
17 fiscal: que el presente caso debe ser resuelto teniendo en cuenta los
18 compromisos asumidos por la Convención sobre los Derechos de las
19 Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 y con rango
20 constitucional, cfr. art. 75, inc. 22, de la C.N.) y por interés superior del
21 niño (art. 3.1 C.D.N.), el derecho de todo menor a mantener contactos
22 directos con los padres que se encuentren en otro país (art. 10.2 C.D.N.),
23 su derecho al disfrute del más alto nivel de salud (art. 24.1 C.D.N.), así
24 como el deber de los Estados por preservar sus relaciones familiares (arts.
25 8.1 C.D.N., 17.1 C.A.D.H y 23.1 P.I.D.C.y.P), pues dichas normas tienen
26 **una jerarquía legal superior a la ley 25.871**. Por ello, los plazos



Ministerio Público de la Defensa

1 establecidos en su art. 64 no pueden constituir un límite para que el
2 Estado argentino vele por sus compromisos internacionales asumidos, y
3 que revisten rango supremo.

4 Por último, con relación al agravio recursivo de su colega de
5 instancia anterior, referido a que no se habían demostrado debidamente las
6 circunstancias excepcionales que justificarían una expulsión anticipada, el
7 doctor De Luca precisó que *“no puede soslayarse que es obligación del*
8 *estado, a través del órgano designado por la CN para el ejercicio de la acción*
9 *penal pública (MPF), probar que no son correctos o satisfactorios los informes*
10 *ambientales y sociales procurados por la defensa, lo cual no ocurrió en*
11 *autos...”*. De ese modo, el representante del Ministerio Público Fiscal
12 reconoció la propia inactividad procesal de la institución a la que
13 pertenece, considerando que ello no podía erigirse en un motivo para
14 desacreditar el esfuerzo probatorio llevado a cabo por la defensa pública.
15 Máxime en un escenario adversarial, donde cada parte debe asumir la
16 carga de demostrar y avalar su pretensión concreta.

17 La reseña hasta aquí realizada revela que el temperamento asumido
18 en el desistimiento fiscal en modo alguno fue llevado a cabo de manera
19 infundada o irreflexiva. Antes bien, se brindaron razones jurídicas y se
20 ponderaron las concretas circunstancias de la causa para cimentar la
21 motivación del proceder realizado.

22 **d) De la arbitrariedad en los fundamentos brindados por la Sala** 23 **III.**

24 El juez Juan Carlos Gemignani descalificó al desistimiento fiscal de
25 fecha 3 de febrero, afirmando que *“se advierte su manifiesta*
26 *incompatibilidad con lineamientos expuestos anteriormente, **al allanar el***

1 ***camino a la firmeza de una decisión cuya aplicación de la ley penal***
2 ***se encuentra debatida***” (el remarcado me pertenece).

3 Esta frase del juez pone en evidencia la arbitrariedad del
4 razonamiento efectuado. Repárese en que el mismo magistrado reconoció
5 que el fiscal general De Luca, en definitiva, simplemente coincidió con la
6 resolución dictada por el tribunal oral. Por ello, con su desistimiento,
7 consolidaría la firmeza de una “*decisión cuya aplicación de la ley penal se*
8 *encuentra debatida*”.

9 El problema, entonces, es que esa decisión del tribunal oral no
10 resultaba compartida por la opinión personal del doctor Gemignani, pero
11 dicha circunstancia no la convierte, *per se*, en infundada o nula.

12 Resultaría gravemente preocupante que los jueces procedieran a
13 anular todos aquellos dictámenes fiscales que versan sobre cuestiones
14 opinables, simplemente porque se cimentan sobre una postura que no
15 comparten. Convalidar dicho proceder sería un respeto al principio
16 acusatorio caprichoso, exclusivamente limitado para aquellos casos en los
17 que el fiscal coincide con el criterio personal del juez.

18 El doctor Gemignani también criticó al desistimiento del doctor De
19 Luca por considerar que “*echó mano a alegaciones genéricas vinculadas a*
20 *cuestiones humanitarias y de política criminal*”. Lo cual, vale aclarar, que no
21 es cierto, conforme lo expusiera en el acápite anterior.

22 Sin embargo, fundamentó su propiciación de nulidad afirmando que
23 “*un proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera*
24 *incerteza sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la*
25 *organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia,*
26 *y entonces suelen suceder episodios indeseados para la pacificidad de dicha*



Ministerio Público de la Defensa

1 *organización*". **Argumento que, por cierto, adolece del mismo vicio que**
2 **le endilgó al desistimiento fiscal.** Pues, ¿a qué tipo puntual de incerteza
3 sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de
4 la vida social se refiere? Además, que el desistimiento del fiscal general De
5 Luca supuestamente haya provocado "*anomia*" y un "*episodio indeseado*
6 *para la pacificidad de la organización*" de la vida social, resulta, cuanto
7 menos, **una frase genérica y abstracta**, que en modo alguno se esforzó en
8 demostrar por qué motivo dicho dictamen habría proyectado consecuencias
9 externas, que trascienden a las circunstancias específicas del caso
10 concreto.

11 Los jueces Eduardo Riggi y Liliana Catucci, por su parte, luego de
12 citar al art. 90 del C.P.P.F. (deber del fiscal de fundamentar sus
13 requerimientos) y los deberes del Ministerio Público Fiscal emanados de su
14 ley orgánica (ley 27.148), consideraron que el acusador público "*le compete*
15 *la estricta observancia de los preceptos que hacen al poder punitivo del*
16 *Estado al que él representa*".

17 El problema es que dicho análisis resulta fragmentado, pues
18 numerosas normas del C.P.P.F. -que también resultan, claro está, ley
19 vigente- ponen en cabeza del representante del Ministerio Público Fiscal la
20 disponibilidad de la acción penal, sin posibilidad de control judicial (cfr.
21 puntos IV.a y IV.b del presente recurso). Dicho aspecto de la cuestión fue
22 totalmente **omitido**.

23 Los señalados magistrados agregaron que el deber de todo fiscal
24 supone "*vigilar el estricto cumplimiento de las leyes pertinentes, dentro de*
25 *las cuales deben valorarse las cuestiones humanitarias o cualquier otro*
26 *principio, pero no sobre la ley penal (...)* resulta a todas luces evidente que en

1 su escrito de desistimiento, el Sr. Fiscal General se apartó inequívocamente
2 de la ley expresa aplicable al caso, extremo que constituye un supuesto de
3 arbitrariedad manifiesta que determina la anulación de lo dictaminado”. Lo
4 que **omiten** en dicha reflexión es que existen principios humanitarios que,
5 precisamente, tienen un rango legal superior a la ley interna del Estado
6 argentino. Sólo a partir de esta ponderación, incumplida por la Sala III, es
7 que puede entenderse la fundamentación del desistimiento del Dr. Javier
8 De Luca.

9 Tales déficits constituyen una causal de arbitrariedad que descalifica
10 a la sentencia impugnada, toda vez que “*el acto jurisdiccional carece de los*
11 *requisitos mínimos que lo sustenten como tal, en razón de arbitrariedad*
12 *manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la*
13 *causa, **omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas***
14 *por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o*
15 *cuando media una fundamentación aparente, apoyada, sólo en*
16 *conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén*
17 *jurídico o fáctico con el sólo sustento de la voluntad de los jueces”*
18 (CSJN Fallos 330:4983, el resaltado me pertenece)

19 Los sufragantes concluyeron su voto afirmando que el cuestionado
20 dictamen “...dejó inerte el agravio invocado por su colega de la instancia
21 previa sobre el extrañamiento anticipado decidido por el magistrado a quo
22 con argumentos supralegales que dejan en letra muerta la ley por cuya
23 legalidad está encargado constitucionalmente de velar en los procesos
24 penales. Grave defecto de motivación que contamina de arbitrariedad su
25 dictamen a punto de provocar su nulidad...”



Ministerio Público de la Defensa

1 El problema de dicha afirmación es que, con ese criterio,
2 prácticamente deberían anularse a todos los desistimientos fiscales
3 presentados a tenor del art. 349 del C.P.P.F., puesto que, en todos ellos,
4 siempre se deja *“inerte el agravio invocado por su colega de la instancia*
5 *previa”*.

6 Por otro lado, y con relación a este último tema, tampoco se entiende
7 el criterio “selectivo” de la Sala III para decidir controlar la fundamentación
8 de los desistimientos fiscales.

9 Resulta oportuno señalar que, con motivo de la reforma de ejecución
10 penal operada mediante la ley 27.375 -que estableció nuevas redacciones
11 en el art. 56 bis de la ley 24.660 y art. 14 del Código Penal, a partir de las
12 cuales se impide el acceso al instituto de la libertad condicional para los
13 condenados por cierta clase de delitos-, muchos jueces de ejecución penal
14 de todo el país comenzaron a declarar su inconstitucionalidad, para así
15 otorgar, en consecuencia, el egreso anticipado solicitado en favor del
16 penado. Dichas resoluciones motivaron los respectivos recursos de
17 casación interpuestos por los fiscales federales intervinientes en cada
18 jurisdicción. Ahora bien, cada vez que salió sorteado el fiscal general De
19 Luca, formuló los correspondientes desistimientos, por entender que la ley
20 27.375 resulta incompatible con los principios constitucionales de igualdad
21 (art. 16 CN), y progresividad y reinserción de las penas (art. 5°, inc. 6,
22 C.A.D.H.), dado que la consecuencia punitiva más gravosa (de no acceder a
23 la libertad condicional en los plazos generales y después de haber
24 observado los reglamentos carcelarios), no se corresponde con su
25 comportamiento durante su ejecución.

USO OFICIAL

1 En todos esos casos, la Sala III siempre resolvió “**tener por**
2 **desistido**” al recurso fiscal, consolidando -de este modo- a la declaración
3 de inconstitucionalidad realizada y al otorgamiento de la libertad
4 condicional (cfr. causa FGR 27411/2017/TO1/5/4/1/CFC13 “Rodríguez,
5 Jesús s/recurso de casación”, rta. el 14/07/2020; causa FCR
6 3991/2018/CFC1 “Kiernan, Arturo Bernardo s/recurso de casación”, rta. el
7 04/08/2020; causa FRE 56/2018/TO1/5/1/CFC1 “Aguirre, Ramón Alberto
8 s/recurso de casación”, rta. el 04/08/2020; causa FSA
9 12880/2018/TO1/1/CFC1 “FERNANDEZ, Daniel Federico s/recurso de
10 casación”, rta. el 19/08/2020; causa FSA 14430/2018/TO1/2/CFC1
11 “HUANCA, Diego Rodrigo s/recurso de casación”, rta. el 19/08/2020; causa
12 FRE 19100/2018/TO1/7/1/CFC1 “PUCHETA, Jonathan Xavier s/recurso
13 de casación”, rta. el 19/08/2020; causa FPO 11624/2019/1/CFC1 “Da
14 Rosa, Cristián F. s/recurso de casación”, rta. el 29/09/2020; causa FCR
15 8141/2018/TO1/46/1/CFC1 “Sánchez, Alcides s/recurso de casación”,
16 rta. el 18/11/2020; causa FMZ 39548/2017/TO2/2/2/CFC3 “MAMANI
17 FLORES, Miguel Ángel s/recurso de casación”, rta. el 17/02/2021; entre
18 otras). En dichos pronunciamientos, los integrantes de la Sala III señalaron
19 que “sin perjuicio de señalar que no se comparte el criterio del señor
20 representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, Dr. Javier
21 Augusto De Luca, no cabe sino tener por desistido el recurso de casación que
22 planteara el señor Fiscal ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de
23 Mendoza, sin costas (arts. 443, 530 y 532 del C.P.P.N.)”.

24 Resulta llamativo que en todos esos precedentes se replicó ese mismo
25 escenario que, repentinamente, ahora la Sala III considera como
26 inaceptable. Esto es, un fiscal general de casación que deja “*inerte*” al



Ministerio Público de la Defensa

1 recurso de su colega de instancia anterior, “con argumentos *supralegales*
2 [en aquellos casos, los principios derivados del art. 5.6 de la C.A.D.H.] *que*
3 *dejan en letra muerta la ley* [27.375] *por cuya legalidad está encargado*
4 *constitucionalmente de velar en los procesos penales*”.

5 Sin embargo, y a pesar de tener un criterio disidente con relación a la
6 postura del desistimiento fiscal -lo que se encargaron de remarcar-, en
7 todos aquellos casos la Sala III resolvió tenerlos por desistidos. Incluso
8 cuando el art. 443 del C.P.P.N. claramente estipula que “*el ministerio fiscal*
9 *podrá desistir, **fundadamente**, de sus recursos, inclusive si los hubiere*
10 *interpuesto un representante de grado inferior*”. Nuevamente, repárese en
11 que dicha exigencia de motivación no ha sido replicada en el art. 349 del
12 C.P.P.F. aquí aplicado.

13 De tal modo, la otra arbitrariedad que se evidencia es clara: en todos
14 los casos en los que el fiscal debía desistir “*fundadamente*” del recurso
15 (C.P.P.N.), la Sala III lo tuvo por desistido automáticamente, sin efectuar
16 control alguno de motivación. Y cuando dicho desistimiento se realizó con
17 un nuevo marco legal que no exige la fundamentación de dicho dictamen
18 (C.P.P.F.), la misma Sala procedió a considerarlo infundado y declararlo
19 nulo.

20 En sintonía con ello, tampoco podemos dejar de observar que, al
21 menos una de las integrantes de la Sala III, recientemente, en una causa
22 que también tramitaba con el nuevo C.P.P.F., ante la conformidad fiscal
23 formulada por el doctor Mario Villar -durante la audiencia celebrada a
24 tenor del art. 362 del C.P.P.F.- para que se haga lugar al recurso
25 interpuesto por la defensa, y se proceda a una “perforación” del monto
26 mínimo de pena legalmente previsto para el delito previsto en el art. 5, inc.

1 c, de la ley 23.737, en atención a la existencia de una “imputabilidad
2 disminuida”, señaló que “...la posibilidad de aplicar una pena inferior al
3 mínimo legal establecido por la ley resulta a todas luces ilegal más aun
4 cuando no se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma sustantiva
5 que rige el caso, es decir el artículo 5° inc. “c” de la ley 23.737”. Sin
6 embargo, la jueza Catucci concluyó que “zanjada la imputabilidad
7 disminuida y **señalada la ilegalidad de aplicar una pena no prevista**
8 **en la ley de fondo**, a tenor de cualesquiera de las interpretaciones
9 novedosas de las partes, que podrán ser tenidas en cuenta de lege ferenda,
10 pero no de lege data **sólo cabe remarcar que atento a que la fiscalía,**
11 **titular de la acción penal pública se avino a la postura subsidiaria**
12 **de la defensa, y al límite que trae la segunda parte del artículo 307**
13 **del Código Procesal Penal Federal, aplicable en la especie, he de**
14 **aplicar la pena por ellos convenida, dejando a salvo mi criterio personal**
15 **antes expuesto”** (cfr. causa FSA 1370/2020/6 “SANTILLAN, Nicolás
16 Maximiliano s/Impugnación”, Reg. Nro. 16/2020, rta. el 19/08/2020; el
17 remarcado me pertenece).

18 Así pues, el presente caso revela la misma arbitrariedad, evidenciada
19 por un respeto selectivo al principio acusatorio, toda vez que no se entiende
20 por qué motivo, con un mismo marco legal (C.P.P.F.) en un precedente se
21 acepta la postura fiscal aunque se considere “ilegal” (esto es, imponer una
22 pena por debajo del monto de pena legalmente previsto) y luego, en esta
23 causa, se reputa como infundado al consentimiento fiscal para que
24 simplemente se “perfore” el plazo legalmente previsto para que se realice
25 una expulsión del condenado extranjero.

26 **Conclusión.**



Ministerio Público de la Defensa

1 Por las razones hasta aquí expuestas, a criterio de esta defensa, en el
2 presente caso el señor fiscal general interviniente formuló un desistimiento,
3 conforme lo autoriza el art. 349 del C.P.P.F. Además, brindó las razones
4 jurídicas, analizando las circunstancias fácticas del caso, para así
5 pronunciarse, de manera fundada.

6 Las razones esgrimidas por los jueces de la Sala III en modo alguno
7 demostraron la nulidad declarada, y tan sólo manifestaron una opinión
8 discrepante con la del fiscal que no compartían, pero que igualmente
9 pretendieron imponer, en franca violación al principio acusatorio que rige
10 en el nuevo paradigma procesal, y en perjuicio de la garantía de
11 imparcialidad judicial.

V. Petitorio.

12 Por todo lo expuesto, solicito a esa Sala que:
13

14 **1.** Se tenga por deducido en tiempo y forma el recurso extraordinario
15 que regula el art. 14 de la ley 48 contra la sentencia dictada por la Sala III
16 de la Cámara Federal de Casación Penal.

17 **2.** Se conceda el recurso interpuesto, previo traslado de ley,
18 disponiéndose la elevación de los autos a la Corte Suprema de Justicia de
19 la Nación, a fin de que ese Alto Tribunal acoja los agravios explicitados en
20 esta presentación y deje sin efecto la resolución impugnada, mandando a
21 dictar un fallo conforme a derecho.

22 Defensoría Pública Oficial nro. 1, 17 de marzo de 2020.