

"Recurso queja n° 1 – Incidente n° 1 – Imputado: G , Facundo Nahuel s/incidente de recurso extraordinario".

CCC 35/2016/1/1/1/RH1.-

### Suprema Corte:

Los argumentos que sustentan la posición de este ministerio fiscal han sido minuciosa y suficientemente desarrollados por el señor fiscal general recurrente, en sus presentaciones de fojas 2/23, 26/41 y 44/47.

A los fundamentos desarrollados por el magistrado apelante, a los que me remito y doy por reproducidos en beneficio de la brevedad, estimo conveniente agregar las siguientes consideraciones.

Ante todo, es menester insistir en que la decisión que declaró desierta la apelación del fiscal por considerar inválida la designación del funcionario que concurrió a mantenerla, es equiparable a sentencia definitiva en la medida en que ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior, pues no cabe duda de que el ejercicio de la facultad recursiva y la intervención que la ley expresamente confiere a este ministerio fiscal sólo puede ser objeto de tutela útil en la etapa prevista para esa actividad procesal.

A su vez, sobre la cuestión en debate, relativa a la validez del título en virtud del cual el fiscal *ad-hoc* concurrió a mantener el recurso en la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal y del acto procesal que practicó, parece claro también que se hallaba en discusión la observancia de las normas que ese código establece bajo pena de nulidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 167, incisos 1° y 2°, y 456, inciso 2°, del ya citado cuerpo legal.

En esta inteligencia, concuerdo con el fiscal apelante en que los agravios que motivaron su recurso de casación debieron ser considerados por el tribunal *a quo*, pues se hallaban reunidos los requisitos de impugnabilidad subjetiva y objetiva que habilitaban su procedencia.

A ello se debe añadir que la decisión que adoptó la cámara de apelaciones implicó prescindir de la solución que imponen las normas de la ley 24.946 que regulan el procedimiento de designación de fiscales, de modo que en atención al carácter federal de las normas en juego y del vicio de arbitrariedad que afectaba a ese pronunciamiento, era también aplicable al *sub lite* la doctrina del precedente "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108), todo lo cual lleva a concluir que la negativa del *a quo* a ejercer su jurisdicción importó asimismo un apartamiento arbitrario de esa doctrina que descalifica, también desde esta perspectiva, a la resolución apelada como acto jurisdiccional válido.

En relación con este último punto, creo oportuno recordar que la reforma constitucional de 1994 no estableció ningún mecanismo de designación de fiscales, sino que prefirió que ello, como tantos otros temas, fuera objeto de la ley que habría de dictarse para regular la organización y el funcionamiento del ministerio fiscal. El legislador cumplió esa tarea al dictar la ley 24.946 y en ella, con toda claridad, estableció dos mecanismos para el nombramiento de fiscales: por un lado, el de designación por el Presidente con acuerdo del Senado, previa sustanciación de concurso público de oposición y antecedentes, contemplado en los artículos 5 y 6; por el otro, el mecanismo de designación del artículo 11 de esa ley. Esta última disposición establece que en los casos de recusación, excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia los fiscales se reemplazarán entre sí, pero en caso de no ser ello posible también habilita al Procurador a designar como fiscal *ad-hoc* a abogado que reúna las condiciones para ser miembro del ministerio público e integre una lista conformada a tal fin. Precisamente, en ejercicio de esa potestad el entonces Procurador General, anticipando la posible superposición de audiencias que podría generarse en el nuevo sistema instaurado por la ley 26.374, dictó las resoluciones PGN n° 65/08 y 103/08 por las que delegó en los fiscales generales la facultad de designar a sus respectivos secretarios como fiscales subrogantes *ad-hoc*,

"Recurso queja n° 1 – Incidente n° 1 – Imputado: G , Facundo Nahuel s/incidente de recurso extraordinario".

CCC 35/2016/1/1/1/RH1.-

en caso de ser necesario y en los términos del segundo párrafo del artículo 11 de la ley 24.946, a fin de garantizar la representación del ministerio fiscal ante las cámaras de apelaciones.

Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en el fallo de V.E. en la causa "De Martino" (Fallos: 336:1172), la cámara de apelaciones no fundó la declaración de invalidez de la designación del fiscal *ad-hoc* en la ausencia de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 11 de mención, sino en consideraciones que o bien no tenían ninguna atinencia al caso o bien prescindían directamente de la normativa específica que la ley 24.946 ofrecía para su solución.

En efecto, no se comprende qué pertinencia podía tener para el caso que "hubiesen transcurrido ocho años desde la entrada en vigencia de la actual legislación" o que los jueces consideraran que ése había sido un tiempo "por demás suficiente para que las tres fiscalías generales que actúan ante estas cinco salas de esta Cámara de Apelaciones [...] adecuen sus recursos internos a fin de contar en las audiencias orales con la presencia del Fiscal General", si el ministerio fiscal estaba autorizado por la ley 24.946 para adecuar su representación mediante la designación de fiscales *ad-hoc* en tanto se dieran los requisitos del artículo 11 de mención.

El deseo expresado por los magistrados de que asistan a sus audiencias fiscales generales designados con arreglo a los artículos 5 y 6, luce por ello como una mera preferencia incompatible con el respeto de la autonomía externa del ministerio fiscal que consagra el artículo 120 de la Constitución Nacional, de modo que mal podía constituir base idónea para la decisión adoptada. Por lo demás, que se trata de una preferencia sin base legal queda más aun de manifiesto cuando se advierte que los propios jueces reconocen que hasta entonces habían aceptado la legalidad de la intervención de esos funcionarios y que su cambio de opinión se debía únicamente a que habían transcurrido ocho años, sin explicar por qué esa circunstancia que,

naturalmente, ninguna incidencia tiene en el mecanismo previsto en el artículo 11, podría ahora habilitarlos para adoptar una decisión contraria a las anteriores.

Por estas mismas razones, los jueces prescindieron también de la ley aplicable al caso cuando afirmaron que los funcionarios designados como fiscales subrogantes *ad-hoc* "no cumplen con los requisitos para llevar adelante el impulso de la persecución penal a través de sus peticiones", pues "para actuar legítimamente requieren una norma de habilitación" ausente, por no contar "con la designación prevista en las leyes que reglamentan la citada norma constitucional" (artículo 120 de la Constitución Nacional). Estas afirmaciones desconocen que la ley 24.946, como se ha dicho, establece no uno sino dos mecanismos para la designación de fiscales, ambos igualmente válidos, en tanto se cumplan los requisitos mencionados por cada uno de ellos, y que la designación invalidada había sido efectuada con sustento en el reglado en el artículo 11, ya mencionado, cuya constitucionalidad y aplicación al caso los jueces no cuestionaron. Esta circunstancia determina precisamente la inaplicabilidad del precedente del Tribunal invocado en el voto del doctor Pinto, pues *in re* "De Martino" (Fallos: 336:1172) la decisión de V.E. se basó en una ausencia de esos requisitos que aquí, en cambio, en ningún momento se verificó. De allí que la decisión de la cámara importó un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista en la ley para el caso, lo cual descalificaba también desde esta perspectiva al fallo como acto jurisdiccional válido.

Hasta aquí los temas de índole federal cuyo conocimiento, como indiqué al inicio, soslayó el *a quo*. De nuevo ahora con relación a su decisión, coincido también en la arbitrariedad en que incurrieron sus integrantes al ampararse en que la cuestión había devenido abstracta, pues la actualidad del agravio que debió tomar en cuenta no era la que derivaba de la pretensión de que se revocara la falta de mérito recurrida, sino del agravio, subsistente, originado como cuestión incidental suscitada

"Recurso queja n° 1 – Incidente n° 1 – Imputado: G , Facundo Nahuel s/incidente de recurso extraordinario".

CCC 35/2016/1/1/1/RH1.-

por la decisión que impidió a este ministerio fiscal la intervención que la Constitución y la ley expresamente le confieren.

En cualquier caso, en atención a que la controversia acerca de la validez constitucional de la intervención de los fiscales *ad-hoc* subrogantes ha continuado suscitándose en otras causas similares, algunas de las cuales ha arribado también a esta instancia, es posible aseverar que tal situación habrá de mantenerse hasta tanto no exista un pronunciamiento del máximo Tribunal sobre el fondo del asunto. Esa reiteración, precisamente, es la que me persuade para proponer a V.E. –de no compartir el criterio anterior– haga aplicación del criterio excepcional de Fallos: 310:819 y 324:4061, también aplicado al resolver el 13 de julio de 2007 *in re* "Bussi" (causa B. 903, XL), pues aun cuando con arreglo a la doctrina de Fallos: 321:3646; 329:297 y su cita, entre muchos otros, pueda considerarse que el pronunciamiento resulta inoficioso, es evidente la utilidad de una decisión de la Corte ante la razonable expectativa de que continuarán generándose impugnaciones sobre la cuestión federal aquí discutida.

En tal sentido, no es posible además soslayar que al hallarse comprometidos valores de interés institucional y ante la posibilidad de un conflicto revestido de estas características entre dos de los principales responsables del sistema de administración de justicia, la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y se proyecta sobre la regularidad y estabilidad de los procesos y la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, todo lo cual reafirma la utilidad de una resolución que ponga fin a la cuestión planteada (Fallos: 156:283; 317:462, 335:2379 y 337:354).

Por todo ello, mantengo la presente queja.

Buenos Aires, 27 de febrero de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIAN W. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación