CAUSA N° FCR 3695/17/CA1/CFC1 “FISCAL FEDERAL DE USHUAIA, JUAN ARTURO SORIA EN AUTOS CARIAGA, VALERIA AILIN S/ CASACIÓN” SALA III CFCP. 3/4/2019

**SUMARIO**

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, por sentencia del 31 de octubre de 2017, confirmó, por mayoría, la resolución dictada por el Juez Federal de Ushuaia que había descartado el procedimiento de flagrancia incorporado al Código Procesal Penal de la Nación por la ley 27.272 y aplicado al caso el proceso común.

Esa opción procesal dictada en primera instancia se había basado en la falta de legitimación que el juez atribuyera al Secretario de Fiscalía, Dr. Fernando Rota, designado como “fiscal ad-hoc”, para asistir a la audiencia prevista en el artículo 353 ter del Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.272).

Además de confirmar esa resolución la Cámara dispuso: “Hacer saber ... que no se considerar(á) representado ni el Ministerio Público Fiscal ni el Ministerio Público de la Defensa en ningún acto procesal, sin la participación o presencia –según sea el caso- del titular o su subrogante legal en los términos que aquí se interpreta, ello a partir del 01 de febrero de 2018 a fin de posibilitar la reorganización interna de los ministerios de manera de no perjudicar el normal funcionamiento de la administración de justicia.”.

Pese a que esa decisión se había recurrido por ante esta Cámara, la causa siguió el trámite del proceso común y, el Juzgado Federal de Ushuaia, sobreseyó a Valeria Ailín Cariaga. Resolución apelada por la fiscalía quien a su vez solicitó que se suspendiera ese trámite, lo que así hizo la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia a las resultas del que ahora se examina.

El Fiscal General interpuso el recurso de casación.

-Reprochó, en primer término, el incumplimiento por parte del magistrado de primera instancia del trámite legal (ley 27272), previsto para los casos de flagrancia, incumplimiento ratificado por la cámara.

- Agregó que la resolución de la cámara era incongruente por apartarse del caso concreto y realizar una declaración general y extensiva sobre la representatividad de los ministerios públicos en toda la jurisdicción.

- Estimó, además, que lo decidido por el *a quo*, importó una intromisión en las potestades exclusivas del Ministerio Público Fiscal, relacionadas con la organización de las dependencias que lo integran y observó que por los efectos que produce la resolución impugnada, se ha configurado un supuesto de gravedad institucional.

La misma línea argumental siguió el defensor público oficial en su recurso.

**VOTO CATUCCI:**

-El avance del proceso, hasta haber llegado al sobreseimiento de Valeria Cariaga en primera instancia y suspendida su impugnación ante la Cámara de Apelaciones del fuero, impide resolver sobre los agravios atinentes a la no aplicación del procedimiento de flagrancia introducido por la ley 27.272 (preclusión)

*-El Fiscal Federal solicito en su recurso “Se revoquen las decisiones antes mencionadas emitidas por el Dr. Federico H. Calvete en el sentido de tenerse por válida la designación y participación del Dr. Fernando Rota en calidad de Fiscal Federal ‘ad hoc’ como también de que se continúe el trámite de la presente según lo prevé el art. 353 del CPPN.”*

Fue ese el límite que tenía la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para resolver el recurso de apelación ante ella concedido.

-El pronunciamiento de la CFA fue doblemente erróneo. 1) en lo que hace al contenido 2) en lo relativo al alcance que autoritariamente le dio. Se suma a ello la demora para decidir y la difusión a una medida que no estaba firme.

-de haber tenido el juez algún reparo respecto de la representación del Ministerio Público por la concurrencia a la audiencia de un fiscal ad hoc, debió haber procurado, en todo caso, con la diligencia propia de la citada ley, la intervención de un fiscal sustituto.

-La resolución de Cámara es arbitraria e incongruente. Esto es lo que resulta de medir la sideral distancia que existe entre el agravio del recurrente y la excesiva respuesta del aquo cuyos alcances se han proyectado sobre materias que conciernen a la organización de otra autoridad de rango constitucional (120 CN).

-Como si lo expuesto fuera insuficiente cabe sumarle la proyección de los efectos de la sentencia – incluso fijando un plazo para su debida ejecución- sobre la organización de otros poderes del Estado, con olvido de la máxima elemental, relacionada con el ejercicio de la jurisdicción y el respeto a la división de poderes, según la cual *“…la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional; y de ahí que un avance en desmedro de otras facultades revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.”* (Fallos: 321: 1187 y 1252; 324: 3358; 328: 3573 y 329: 1675).

-Confirmar una decisión como la impugnada –que incursiona en la organización interna del Ministerio Público, intimándolo para producir cambios dentro de un plazo que fija la misma resolución bajo apercibimiento de una sanción y coloca a ese órgano constitucional en una situación de subordinación, incompatible con la independencia y autonomía funcional que la Constitución, en forma expresa (art. 120 C.N.), le atribuyó

- En relación a los efectos que debe atribuirse a la anulación: 1) En este punto corresponde precisar que como consecuencia de la preclusión resultante del dictado del sobreseimiento en primera instancia, resulta inoficioso un pronunciamiento de este tribunal al respecto. 2) Con relación al segundo aspecto de la sentencia en revisión, el que hace saber que a partir del primero de febrero de 2018, no se considerarán representados en la jurisdicción de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia ni el Ministerio Público Fiscal ni el Ministerio Público de la Defensa en ningún acto procesal, sin la participación o presencia del titular o su subrogante legal, no se presenta ninguna razón que justifique atenuar el efecto de la nulidad que por esta esta sentencia se declara (art. 172, párrafo primero, del Código Procesal Penal de la Nación). Si, en cambio, se dispone que dicho tribunal dé a esta sentencia la misma difusión que dio a la que por este acto se revoca.

- Hacer notar al señor juez federal y a los señores magistrados de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que en los casos de flagrancia deberán aplicar sin dilación alguna las normas que regulan ese instituto -ley 27.272-.

**VOTO RIGGI:**

**-**En primer lugar, y por ser el más importante, tenemos el **exceso de jurisdicción** evidenciado por los magistrados en la resolución recurrida. Exceso que abarca, no solo la órbita de incumbencia vinculada con la designación del fiscal *ad hoc*, doctor Fernando Rota, sino a la de todo el Ministerio Público Fiscal de la jurisdicción y, por añadidura, al Ministerio Público de la Defensa, con la agravante de que en autos en ningún momento se discutió (ni el juez de primera instancia siquiera se refirió a ellos), la legitimidad de la intervención de los defensores oficiales subrogantes.

- es desajustado el análisis comparativo con el Fallo “De Martino”. Esto es así, ya que mientras en el caso que aquí nos ocupa, la cuestión giró en torno a la designación del doctor Fernando Rota como subrogante para intervenir en sustitución del fiscal titular durante los pocos días que duró la licencia de éste; la contienda que resolvió el Alto Tribunal versó sobre la **designación directa** de una Secretaria (la doctora Cordone Roselló) como Procuradora Fiscal ante la CSJN, **cargo que se encontraba vacante** y siendo que esta última ni siquiera se encontraba en el listado que prevé el art. 11 de la ley 24946.

- Normas que sustentan la designación de Rota: Art. 11 24946, Resolucion PGN 13/98, Resolución PGN 35/98, Resolución MPS 39/16, Resolucion MFGU 2/17, Resolución PGN 615/13.

-Luego, no podemos dejar de mencionar la referencia que el *a quo* efectuó acerca de la situación de los “auxiliares fiscales” previstos en la nueva ley orgánica del Ministerio Público Fiscal -27.148-, cuando sostuvieron que la falta de autonomía e independencia de esta clase de fiscales no permite considerarlos “verdaderos reemplazantes” respecto de aquellos que gozan de la investidura otorgada por el proceso de selección legal. Siendo que, por lo demás, -continuaron argumentando- fiscal auxiliar es un funcionario seleccionado por el titular en base a una delegación indebida.

Aquí, nuevamente advertimos la confusión en la que se incurrió al entender que el fiscal subrogante Rota, intervino en el carácter de “auxiliar” establecido en el artículo 51 de la nueva ley orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148. De una simple lectura del expediente, fácil se advierte que ello no fue así.

En primer lugar, porque -como ya vimos- el doctor Fernando Pedro Rota fue designado como **subrogante,** durante menos de una semana, **en sustitución** del titular de la fiscalía de Ushuaia, ya que éste estuvo de licencia. En otras palabras, sus tareas estaban dirigidas a cumplir las funciones de fiscal sin ningún tipo de limitación -como sí tienen los auxiliares fiscales v. art. 51 de la nueva ley orgánica del Ministerio Público Fiscal.

No obstante ello, el magistrado de primera instancia, y luego la cámara en la resolución que aquí revisamos, entendieron que la actuación del doctor Fernando Rota fue en los términos de “auxiliar fiscal” según los preceptos del artículo 51 de la ley citada.

-Expuesto lo anterior, corresponde, antes que nada, advertir la gravedad institucional que encierra el fallo recurrido, ya que ha quedado al descubierto un modo de resolver la cuestión -excesivamente delicada, por cierto- apelando a argumentos mediante los cuales se descontextualizaron no solo leyes, sino también resoluciones de la Procuración General de la Nación, fallos de esta cámara y hasta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, logrando con ello el dictado de una resolución con fundamentación aparente y conclusión dogmática, que apreciamos impide tenerla como una derivación razonada del derecho vigente.

Ello así, puesto que el voto mayoritario se inmiscuyó en la órbita de un órgano independiente extra poder (como es el Ministerio Público) afectándolo indebidamente al desplazar la intervención de sus miembros, por el simple hecho de no estar de acuerdo con el método de elección de sus funcionarios para que actúen como fiscales subrogantes, a raíz de una interpretación sesgada.

-Demás está decir -como a continuación veremos- que en ambos expedientes (“Blaquier” y el presente) la cuestión giró en torno a la validez o no de la intervención de un fiscal que no era el titular, pero -y esto es lo determinante- las particularidades fácticas en uno y otro distaban enormemente.

-ha quedado patentizada la extralimitación en la que incurrió no sólo la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sino también el juez federal de Ushuaia al resolver del modo en que lo hicieron, esto es, excluyendo arbitrariamente a todos aquellos funcionarios del Ministerio Público designados en carácter de subrogantes para intervenir durante un lapso de tiempo determinado sin reparar en las consecuencias institucionales que esa decisión causó a un órgano independiente como es el Ministerio Público (art. 120 CN).

*- “*[l]*a misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos: 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488; 339:1077, entre muchos otros).”*

***Mahiques adhiere al voto de Riggi.***

*- Re resolvió* **I) HACER LUGAR** a los recursos interpuestos por la fiscalía y la defensa oficial, sin costas; **II) CASAR** el fallo recurrido; **III) ORDENAR** a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que le otorgue la misma difusión a la presente resolución (arts. 456, 470, 530 y concordantes del C.P.P.N.) que la brindada a la resolución que aquí se revoca; y **IV) DECLARAR INOFICIOSO** expedirse sobre el planteo del Ministerio Público Fiscal para que se le aplique a la causa el trámite de “flagrancia”.