

REGISTRO NRO. 19.062

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Sol Déboli, a los efectos de resolver la presente causa, a raíz de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 14 de septiembre del 2010 en los autos L. 336.XLIV, “Lona, Ricardo s/recurso de casación” del registro de ese tribunal y 7942 de esta Sala. Representa el Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Ricardo Wechsler. La defensa particular de Ricardo Lona es ejercida por los doctores Enrique Paixao y Luis Héctor Santander. Por la querella intervienen los doctores Oscar P. Guillen y Marcelo Premoli en representación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Salta; los doctores Eduardo Duhalde y Martín Rico por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y los doctores Matías Duarte, Alberto Javier Alderete, Lilian Esther Mazzone y Eduardo Costello por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Provincia de Salta. Por otra parte, también se encuentran representados los querellantes particulares Clotilde Custodia Ragone y Fernando Pequeño por el doctor Matías Duarte.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Luis M. García y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

**-I-**

Que el 14 de septiembre del 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que “(...) *se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto por la defensa, se declaran improcedentes los recursos extraordinarios interpuestos a fs. 210, 236 y 253, y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente.*”.

Dicha disposición fue firmada por los señores ministros Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay, según su voto.

En los fundamentos de esa decisión en el voto de la mayoría se señaló que “(...) *las cuestiones planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en los autos A.2655. XXXVIII “Amarilla, Javier O. s/causa n°4330” (votos respectivos de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) del 23 de diciembre de 2004, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad. El juez Lorenzetti se remite al voto de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco en el citado expediente. Que asimismo, cabe remitir en lo pertinente a los fundamentos y conclusiones de la causa “Mattio, Celina Edith” (Fallos: 327:5959) (...)*” (fs. 350).

Por su parte la señora ministra Carmen M. Argibay sostuvo que “*Las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal resultan sustancialmente análogas a las resueltas en el precedente ‘Alas, Leonardo Fabián’ (voto de la jueza Argibay), registrado en Fallos: 328:3271, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en lo pertinente (...)*”.

## -II-

Que el 6 de febrero de 2008 esta Sala resolvió respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa de Ricardo Lona, quien solicitaba la nulidad de todo lo actuado por dos motivos (cfr. fs. 200/203).

En primer lugar, se cuestionó el trámite de consulta previsto en el artículo 348, CPPN aplicado por el juez de primera instancia, ante la disparidad de opinión entre el magistrado y el fiscal, sobre si correspondía o no instruir la acción

penal respecto del nombrado. En segundo lugar, atacó la instrucción formalizada por el Fiscal General Domingo José Batule, en base a que se encontraba recusado en otras causas, donde Ricardo Lona es imputado –“Palomitas”.

De esta forma, se focalizó el problema en determinar la validez de la elevación en consulta –realizada por el juez de grado a fs. 3349/52-, para que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta resolviera, a través de una aplicación analógica del art. 348 CPPN, si correspondía o no apartar al fiscal que intervenía en la investigación y designar a otro para que formulara acusación respecto de Lona.

La interpretación sobre la constitucionalidad del mecanismo de consulta llevó a esta Sala, con distinta integración, a aseverar que había habido un avasallamiento por parte del magistrado instructor en las funciones acusatorias que le correspondían al fiscal, al disponer dicho trámite. *“La utilización del procedimiento de consulta –sea a la Cámara de Apelaciones o al representante de la vindicta pública en esa instancia- desconoce la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción penal pública y cuyos alcances fueron precisados por el legislador al sancionar la ley 24.946 que veda toda posibilidad de que su accionar sea condicionado por indicaciones, instrucciones o directivas de otros organismos, prohibición que incluye al Poder Judicial.”* (fs. 201).

Así en esa decisión se afirmó que *“El trámite que se le imprimió a las actuaciones no encuentra recepción en ninguna de las restantes cláusulas del catálogo instrumental, de suerte tal que la elevación en consulta del sobreseimiento propiciado por el fiscal de grado a la fiscalía de esa Alzada significó en los hechos la implementación de un control inexistente en la normativa procesal aplicable, lo cual se traduce en una arrogación de facultades propias de la labor legislativa y por ende ajenas al ámbito de incumbencia del poder judicial”*(fs. 201vta.).

Además, se dispuso que de acuerdo al precedente “Santillán” de la Corte Suprema la querrela podía continuar con el impulso acusatorio de la causa,

en solitario y que para ello el Fiscal se mantendría como figura de contralor del proceso, pero limitándose a esa actividad, quien sería ya no el Fiscal General, doctor Domingo José Batule, puesto que se hizo lugar al pedido de la defensa, disponiendo su apartamiento de la causa.

### **-III-**

Con motivo de lo decidido por esta Sala, apuntado en el punto II de este voto, las partes interpusieron recursos extraordinarios, que fueron concedidos a fs. 321/323.

Por su parte, las querellas –Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación; Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Salta y Clotilde Custodia Ragone y Fernando Miguel Pequeño- cuestionaron la decisión en torno a la invalidez de la consulta del art. 348, CPPN y el apartamiento del Fiscal General, doctor Domingo José Batule. Este último agravio bajo el argumento de que en el marco de otra causa, la Corte Suprema ya se había expedido en favor de que continuara interviniendo.

La defensa de Ricardo Lona se agravio por la posibilidad de que la querella promoviera el impulso de la acción, en contra de lo sostenido primigeniamente por el fiscal de la causa, y en total ausencia de la instrucción de la acción por parte del acusador público.

Como ya fue señalado al inicio de este voto, la Corte resolvió, con remisión a los fundamentos expuestos en los casos “Amarilla” y “Mattio”, hacer lugar al recurso de la defensa y rechazar los recursos de las querellas, dejando sin efecto el pronunciamiento de esta Sala –con anterior integración.

### **-IV-**

Sentadas estas cuestiones me encuentro en condiciones de poder ingresar al fondo del asunto.

En primer lugar, corresponde analizar las citas referidas en la sentencia de la Corte Suprema del 14 de septiembre de este año que dejó sin efecto la decisión de esta Sala del 6 de febrero de 2008 –con anterior integración.

En el caso “Amarilla” del 23 de diciembre del 2004 la Corte resolvió que eran aplicables al caso los fundamentos vertidos en “Quiroga”. Esa decisión fue firmada por los ministros Enrique Santiago Petracchi, Carlos Fayt, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco, quienes por separado se remitieron a sus votos en el caso citado. El señor juez Augusto César Belluscio entendió que no procedía el recurso por no provenir del superior tribunal de la causa.

En la causa “Mattio” de la misma fecha que la anterior, el Alto Tribunal asumió el mismo temperamento con la única diferencia destacada en el voto del ministro E. Raúl Zaffaroni quien señaló *“Que sin perjuicio de sostener íntegramente los argumentos expuestos en el voto mencionado precedentemente, el caso en examen difiere del anterior por incluir la figura del querellante, que en esta oportunidad se presenta solicitando la elevación a juicio de las actuaciones.*

*Que tal como se consignó en el voto mencionado precedentemente, habiendo querellante, la discrepancia se plantea entre la pretensión de éste de elevar la causa a juicio y el pedido de sobreseimiento fiscal. En tal caso, no puede presumirse parcialidad en el tribunal, ya que su intervención sólo tiene por objeto, asegurar al querellante el derecho que le otorga la ley a ser oído en juicio oral y público.*

*Que aun cuando la elevación en consulta a la cámara de apelaciones resulta viable en este supuesto, ello no habilita al órgano judicial a ordenar el apartamiento del fiscal actuante, facultad de la que carece por tratarse del representante de un organismo distinto y autónomo”.*

Si bien Zaffaroni advierte una diferencia en el caso por la presencia de la querrela y su derecho a exponer sus pretensiones en el marco de un juicio, no es esta la situación que se plantea en la presente causa, pues la pretensión de la querrela estaría vinculada con el impulso de la acción penal, lo cual marca una

gran diferencia con aquella situación donde sí hubo un impulso de la acción y la discusión se centró en la elevación a juicio.

Los precedentes tenidos en cuenta por el superior remiten, en síntesis, al fallo “Quiroga”. La doctrina en ese caso de Fallos 327:5863 determina que los jueces no pueden instruir a los fiscales para que formulen un requerimiento de instrucción. En el Considerando 30 de la sentencia se expuso que “... dentro de este marco..., 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. Desde este punto de vista, una regla procesal como la del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, que “unifica” la potestad de acusar en cabeza de la cámara de apelaciones se torna insostenible”.

Se establece así la contradicción entre el art. 348 CPPN y el art.120 CN “en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio” (voto de los jueces Petracchi y Highton considerando 38; del juez Fayt, en su considerando 47; del juez Boggiano, en su considerando 15; del juez Maqueda, en su considerando 39; y del juez Zaffaroni, en su considerando 27). En sentido explícito el juez Zaffaroni ha sostenido que “la función de acusar recae de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal” (cfr. Considerando 13 de su voto).

Si bien en el mismo fallo se precisó que el mecanismo de consulta promovido en virtud de las exigencias de la parte querellante podía provocar la intervención de la Cámara para asegurarle el ejercicio del “derecho que la ley le concede a ser oído en un juicio oral y público” (voto de los jueces Petracchi y Highton en su considerando 37; del juez Maqueda, considerando 21 y del juez Zaffaroni, considerando 24), en el precedente “Mattio, Celina Edith” (Fallos:

327:5959) que tiene por objeto esa situación procesal, la Corte aplicó exactamente la misma doctrina del caso “Quiroga”. En esa línea entendió que resultaba inconstitucional el art. 348 del CPPN en tanto permitía que la Cámara apartara al fiscal que había pedido el sobreseimiento.

De esa forma, a través de un control “negativo” de constitucionalidad la Corte puso en relación este mecanismo previsto en el CPPN con las exigencias del art.120 de la CN. Sin embargo, no se advierte en ninguno de los dos fallos que el más alto Tribunal haya promovido una integración “positiva” de la institución del particular ofendido –o sus representantes- en términos que permitan una actuación autónoma de la querrela para llevar adelante, en contradicción con la opinión fiscal, la acción penal.

En síntesis, del fallo del Superior Tribunal, a estudio, sólo puede deducirse la confirmación en cuanto a la inconstitucionalidad del sistema de consulta. Ahora bien, en torno a la posibilidad de la querrela de impulsar la acción deduzco que al hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa y dejar sin efecto el pronunciamiento de esta Sala, a pesar de que no se haya profundizado sobre el tema, está claro que la querrela no podrá continuar sin la actuación necesaria e irremplazable del Fiscal.

En base a estas consideraciones deberá declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del trámite de consulta (art. 167, inc. 2º, CPPN). No obstante ello, cabe advertir que la decisión que se adopte no impide *per se* que, si así lo considera el Ministerio Público Fiscal, se vuelva a requerir por el comportamiento observado por Ricardo Lona.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

**-I-**

Vuelve el caso a la decisión de esta Sala, a raíz de la sentencia de la Corte Suprema de fs.350/351, que hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto

por la defensa de Ricardo Lona y dejó sin efecto la sentencia dictada por esta Sala, con otra integración (fs. 200/203), y mandó dictar nuevo pronunciamiento.

A fin de establecer el alcance de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se hace imperioso distinguir la cuestión acerca de la promoción de la acción penal, de la cuestión acerca de la habilitación para intervenir en el proceso del Fiscal General Domingo José Batule, y examinar, en lo que sea pertinente, las incidencias procesales del caso.

En cuanto a lo segundo, habida cuenta de que la Corte Suprema ha declarado improcedentes los recursos extraordinarios que habían interpuesto los querellantes (fs. 210/222, 236/250 y 253/272) que entre otros puntos habían cuestionado la sentencia que había apartado a aquel representante del Ministerio Público, esta cuestión debe considerarse precluida.

En cuanto a lo primero las circunstancias relevantes son las siguientes:

a) El fiscal federal que actuaba ante el Juzgado Federal de Salta, doctor Ricardo Rafael Toranzos había requerido la instrucción de proceso, en los términos del art. 180 C.P.P.N., con el objeto de requerir la instrucción de la acción penal e indagatoria de Miguel Raúl Gentil. En ese marco había solicitado la acumulación del expediente con la causa 87.078/76, caratulada “Homicidio, secuestro y lesiones leves –víctimas: Santiago Arredes, Dr. Miguel Ragone y Margarita Martínez de Leal” del registro del Juzgado Federal n° 1 (confr. fs. 646/673).

b) El juez federal apreció que “(...) surge a fs. 279 y 315 expediente n° 87.078/76 la supuesta responsabilidad penal que le cabe a quien en ese momento se desempeñaba como juez federal de Salta, el Dr. Ricardo Lona, hecho que deberá escindirse del proceso principal y corrersele vista al Sr. Fiscal en los términos del art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación, habida cuenta que podrían haberse cometido los delitos previstos en los artículos 249-269 y 277 inciso 1° del Código Penal. Tal circunstancia no surge de la requisitoria fiscal.” (cfr. fs. 676).

c) A instancias del mismo fiscal que había promovido el requerimiento de fs. 646/673, el juez federal dispuso: “[...] *cúmplase con la escisión ordenada en el punto antes mencionado, extrayéndose copias de la totalidad de estas actuaciones y córrase nuevamente vista para que se expida respecto de la posible responsabilidad que le cupo al otrora titular del Juzgado Federal de Salta, Dr. Ricardo Lona, en la presunta comisión de los delitos previstos y reprimidos en los artículos 249, 169 y 277, inc.1° del Código Penal; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del CPPN.*” (fs. 673/679).

d) Sin embargo la vista no se hizo efectiva de inmediato, sino mucho más tarde, a raíz de que el juez federal dispuso: “*Remítanse las presentes actuaciones a la Fiscalía Federal de Orán a fin de su titular, Dr. José Luis Bruno, se notifique de las resoluciones obrantes a fs. 2085, 2156/2164 y 2392/2393 y cumpla con las vistas ordenadas a fs. 759, 1168, 1350, 2016 y 2088.*”

*Asimismo, y en cuanto a la vista dispuesta a fs.759 respecto del doctor Ricardo Lona –ex titular del Juzgado Federal de Salta-, y toda vez que podrían constituir delitos los hechos que se detallarán, respecto de los cuales la acción penal no se encuentra promovida, se requerirá dictamen fiscal de acuerdo a los artículos 180, 188, 199 y sptes del C.P.P.N.. Esos hechos son:*

1) *La orden impartida para hacer entrega del cadáver de Santiago Catalina Arredes a sus deudos, sin que se le hubiera practicado la autopsia, tal como surge de las actas de fs. 1/2y fs. 8.*

2) *La omisión de hacer comparecer a Margarita Martínez de Leal a prestar declaración como damnificada y testigo privilegiada del hecho, pues de acuerdo a lo manifestado por la nombrada a fs. 1053/1056, nunca se presentó a declarar en ese carácter y dicha medida recién fue cumplida por el Juez Federal Actuante Dr. Abel Cornejo luego de la reapertura de las presentes actuaciones.*

3) *La entrega del automóvil del Dr. Miguel Ragone y de los automóviles que habrían intervenido en el hecho fs. 154, fs. 176, fs. 177, fs. 183 sin haber dispuesto pericias tendientes a determinar la presencia de sangre o algún otro material de interés para la causa.*

4) *La omisión de hacer comparecer a prestar declaración testimonial testigos presenciales, tales como Jorge Albrecht, Antonio Arce y Sandra Siegrist, como así también de disponer tareas de investigación en las inmediaciones del lugar donde sucedieron los hechos con el objeto de recabar información fundamental para dar con los autores de los mismos.*

5) *El dictado de la resolución de sobreseimiento provisional en los términos del artículo 435, inciso 2 del Código de Procedimientos en Materia Penal, sin haber dispuesto ninguna medida para procurar el esclarecimiento del hecho y la identificación de los supuestos autores y partícipes” (fs. 3264).*

d) El fiscal al que se le confirió la vista, doctor José Luis Bruno, presentó dictamen el día 11 de marzo de 2005, en el que después de examinar los puntos detallados en el párrafo anterior, concluyó que “(...) *en relación a los cinco hechos que V.S. ordena que se analicen; considero que no existe mérito suficiente para abrir instancia en contra del Sr. ex Juez Federal Dr. Ricardo Lona, por cuanto los hechos referidos en los puntos analizados ut supra no constituyen delito, de conformidad a lo prescripto por el art. 188 tercer párrafo primer supuesto del C.P.P.N.*” (fs. 3304/3311).

e) En discrepancia con la instancia de desestimación, el mismo juez que había descripto los hechos que a su juicio debían ser objeto de instrucción, elevó el caso en consulta a la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, por aplicación analógica del art. 348 C.P.P.N (fs. 3349/3352).

f) Antes de que se hubiese pronunciado, y a instancias del Fiscal General subrogante doctor Domingo José Batule, quien sostuvo que correspondía que la cuestión fuera resuelta en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, según la interpretación que asignó al art. 120 CN, remitió el caso a ese magistrado para que se expidiera (cfr. fs. 3707).

En definitiva, éste presentó directamente ante el juzgado federal a cargo del juez Medina dictamen de fecha 6 de junio de 2006 (fs. 4238) en el que examinó el objeto fijado por el magistrado en los puntos 1 a 5 del auto de fs.3264 y concluyó “*Que las circunstancias señaladas denotan la posible comisión de los delitos de ‘abuso de autoridad’, ‘incumplimiento a los deberes de funcionario*

*público*, *prevaricato* y *encubrimiento*, previstos y sancionados por los arts. 248, 249, 269 y 277 incs. 1° y 2° del Código Penal –versión vigente en la época de los hechos-, y resultan suficientes para disentir con el dictamen fiscal desestimatorio, pues cabe promover acción para la investigación de los mismos” (fs. 4242).

En ese entendimiento resolvió apartar al Fiscal General de Orán José Luis Bruno “por no compartir su dictamen desestimatorio” y “remitir copia de las actuaciones al fiscal federal de Jujuy, doctor Mario Francisco Snopek, por subrogancia legal, a fin de que tome debida participación en la causa y promueva acción con relación al entonces Juez Federal Ricardo Lona” por los hechos detallados en ese dictamen.

g) El juez instructor, doctor Miguel Antonio Medina, obró en consecuencia de ese pedido y remitió el caso al fiscal allí designado (fs. 4262).

h) En la causa se habían constituido como querellantes la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Salta (fs. 1324), la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación (fs. 1670/87), y la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Provincia de Salta (1232/33vta.). Esos órganos que habían sido tenidos por tales por el juez, se habían ceñido al objeto del requerimiento de instrucción del fiscal Ricardo Rafael Toranzos (fs. 646/673), y no habían realizado ninguna instancia que implicase requerir del Ministerio Público que promoviese acción contra el ex Juez Federal de Salta Ricardo Lona por su actuación como juez en la causa n° 87.078/76, ni por los hechos que aparecían descritos de oficio por el juez federal a fs. 3264.

i) La defensa de Ricardo Lona había articulado la nulidad de todo lo actuado a partir del dictamen de desestimación del fiscal federal José Luis Bruno y recusado al entonces Fiscal General subrogante doctor Domingo José Batule (escrito de fs. 2/11 que encabeza el presente incidente).

j) Contra la decisión del juez federal que –en cuanto aquí interesa– rechazó la nulidad promovida (fs. 45/46 vta.), los defensores habían interpuesto recurso de apelación (fs. 66/69), que fue confirmado por la Cámara Federal de

Apelaciones de Salta (fs. 109/113), decisión que a su vez fue impugnada mediante recurso de casación (fs. 122/129).

k) Esta Sala II, con anterior integración, concedió parcialmente razón a los recurrentes (fs. 200/203). Haciendo lugar al recurso de la defensa declaró que el trámite impreso al caso, a partir del requerimiento de desestimación de fs. 3304/3311, *“no encuentra recepción en ninguna de las [...] cláusulas del catálogo instrumental, de suerte tal que la elevación en consulta del sobreseimiento propiciado por el fiscal de grado a la fiscalía de esa Alzada significó en los hechos la implementación de un control inexistente en la normativa procesal aplicable, lo cual se traduce en una arrogación de facultades propias de la labor legislativa y por ende ajenas al ámbito de incumbencia del poder judicial”*.

Sin embargo, no hizo lugar a la nulidad de lo actuado declarando – según la interpretación que se asignó al caso de Fallos: 321:2021, y lo decidido por la Sala I en la causa n° 7721, “Linares, Martín Maximiliano s/ recurso de casación”, rta. 06/06/05, Reg. n° 7721- que *“Cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querella, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo del asunto, conforme lo establecen los arts. 180 y concordantes del C.P.P.N., al finalizar la instrucción, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener la elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes”*.

En definitiva se decidió anular la resolución recurrida que no había hecho lugar a la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 3304/3311, y reenviar el caso para que se dicte nuevo pronunciamiento *“manteniendo al Sr. Fiscal José Luis Bruno como parte necesaria no acusadora y a la querella como parte acusadora”*.

l) La Corte Suprema ha dejado sin efecto esa sentencia de esta Cámara Nacional de Casación Penal y ha ordenado dictar nuevo pronunciamiento.

La Corte ha declarado que *“las cuestiones planteadas en la presente*

*causa resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en los autos A.2655.XXXVIII "Amarilla, Javier O. s/ causa n° 4330" (votos respectivos de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) del 23 de diciembre de 2004, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad [...] asimismo, cabe remitir en lo pertinente a los fundamentos y conclusiones de la causa "Mattio, Celina Edith" (Fallos: 327:5959)". El juez Lorenzetti se ha remitido allí al voto de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco en la sentencia del caso "Amarilla", y la jueza Carmen Argibay concurrió a la solución declarando que "Las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal resultan sustancialmente análogas a las resueltas en el precedente "Alas, Leonardo Fabián" (voto de la jueza Argibay), registrado en Fallos: 328:3271, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en lo pertinente".*

Al decidir de ese modo la Corte no acogió la pretensión del Procurador Fiscal doctor Eduardo Ezequiel Casal que había promovido la desestimación del recurso extraordinario de la defensa y que se hiciese lugar a los recursos promovidos por los querellantes.

El Procurador Fiscal había sostenido que “*el planteo de estos últimos respecto de la validez de la consulta al Fiscal General debe prosperar, pues se ajusta, mutatis mutandis, al criterio sostenido por esta Procuración General al dictaminar el 18 de junio de 2004, en los autos caratulados "Campana, Luis Santiago s/recurso de casación", causa n° 2975, letra C, libro XXXIX; mantenido en las causas S. 222, L.XL, "Solomianski, Gerardo s/ recurso de casación", del 21 de marzo de 2005 y "Santos Caballero, María Isabel y otros s/ recurso de casación", letra S, n° 1966, libro XLII, del 2 de julio de 2007 [...]"*”.

**-II-**

A partir del relevamiento anterior corresponde indagar el alcance de la sentencia de la Corte Suprema, dictada a fs. 350/351 de esta causa, ordenando se emita nuevo pronunciamiento por esta Cámara Nacional de Casación Penal,

que se ha remitido a las sentencias del caso “Amarilla, Javier O. s/ causa n° 4330” y a la del caso de Fallos: 327:5959 (“Mattio, Celina Edith”).

Por lo pronto, al dictar sentencia en el presente caso la Corte Suprema no ha atendido a la pretensión del Procurador Fiscal ante ese tribunal que, en consonancia con la posición de la Procuración General de la Nación en otros dictámenes, sostenía la regularidad de la promoción de un procedimiento de consulta ante el fiscal de la instancia superior cuando el fiscal de grado promovía la desestimación de la denuncia (confr. dictámenes del mismo Procurador Fiscal en las causas C. 2975, L. XXXIX, “Campana, Luis Santiago s/recurso de casación”, y S.1966, L. XLII, “Santos Caballero, María Isabel y otros s/ recurso de casación”, y dictamen del Procurador General de la Nación en la causa S. 222, L.XL, “Solomianski, Gerardo s/ recurso de casación”).

La opinión de los fiscales de la Procuración General de la Nación había sido desarrollado anteriormente a partir del dictamen de 18 de junio de 2004, emitido en la causa C. 2975, L. XXXIX, “Campana, Luis Santiago s/recurso de casación”. Esa opinión había sido sostenida más tarde por el Procurador General de la Nación en su dictamen de 21 de marzo de 2005 en la causa S. 222, L.XL, “Solomianski, Gerardo s/ recurso de casación”, donde tomando nota de la sentencia de Fallos: 327:5863 (“Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302) había afirmado que *“dado que la inconstitucionalidad declarada por V.E. no se refiere a la existencia misma de un sistema de control de la actuación de los agentes del Ministerio Público, sino al órgano encargado de realizarlo [...] la solución propuesta en el dictamen de esta Procuración General en la causa C. 2975, L. XXXIX, “Campana, Luis Santiago s/recurso de casación” emitido el 18 de junio de 2004, se complementa con el criterio sostenido por el Tribunal en el precedente “Quiroga”, citado, al postular un sistema de control jerárquico, con base en el artículo 1° , último párrafo, de la ley 24.946, que se ajusta a la doctrina de ese fallo”*.

No obstante, la Corte Suprema no acogió esa postulación y dejó sin efecto la decisión recurrida, cuya mayoría consideró aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en Fallos: 327:5863 (“Quiroga, Edgardo Oscar”), mientras que los jueces

Zaffaroni y Argibay arribaron a la misma decisión remitiéndose –respectivamente– a su votos en el caso de Fallos: 327:5959 (“Mattio, Celina Edith”), y en la causa A.138, L. XL, “Alas, Leonardo Fabián s/ recurso de casación” (sent. de 30 de agosto de 2005). Esa decisión concuerda con las decisiones de las causas S. 222 XL “Solomianski, Gerardo s/recurso de casación” del 9 de mayo de 2006; A. 138 XL “Alas, Leonardo Fabián s/recurso de casación” del 30 de agosto de 2005 y el caso “Santos Caballero, María Isabel y otros s/recurso de casación” del 4 de marzo de 2008, en las que la Corte tampoco había acogido postulaciones análogas de la Procuración General al dictar sentencia en la causa C. 2975, L XXXIX “Campana, Luis Santiago s/recurso de casación” del 18 de junio de 2004. También, en fecha más reciente la Corte Suprema ha mantenido el mismo abordaje (cfr. causa T. 49 XLIV, “Tarraubella, Rodolfo Alejandro y otra s/defraudación por retención indebida –causa n° 8335-“ del 19 de mayo de 2010).

Al dictar la sentencia de fs. 350/351 la Corte Suprema se ha remitido, en lo pertinente, a las sentencia del caso “Amarilla, Javier O. s/ causa n° 4330” (sent. de 23 de diciembre de 2004). Según surge de los términos de esta última, se trataba de un supuesto en el que una cámara de apelaciones había rechazado los planteos de nulidad e inconstitucionalidad de la aplicación analógica del procedimiento previsto por el art. 348 C.P.P.N. ante el pedido de desestimación de denuncia del fiscal no compartido por el juez de instrucción. Allí la Corte declaró que resultaban aplicables al caso, *a fortiori*, los fundamentos vertidos en el caso de Fallos: 327:5863 (“Quiroga, Edgardo Oscar”), y dejó sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenando se dictase nueva sentencia (confr. votos de los jueces Petracchi y Highton de Nolasco, y votos concordantes de los jueces, Fayt, Boggiano, Maqueda y Zaffaroni).

Ahora bien, en el caso “Amarilla” no aparecía específicamente debatida la cuestión acerca de si la inadmisibilidad de resolver el caso por aplicación analógica del art. 348 C.P.P.N. impedía la promoción pretoriana de un control jerárquico del requerimiento de desestimación por un representante del ministerio público de superior grado. En efecto, la Corte Suprema hizo lugar a la

queja del ministerio público y dejó sin efecto el pronunciamiento apelado, a instancias del entonces Procurador General que había sostenido la queja con remisión a su dictamen en la causa B.320, L. XXXVII, “Banco Nación sobre averiguación defraudación”, dictamen cuyos fundamentos no discurren en modo alguno sobre la posibilidad de tal control jerárquico, sino sobre la improcedencia de la aplicación analógica del art. 348 C.P.P.N., y su incompatibilidad con ciertas disposiciones constitucionales.

Por otra parte, no se infiere de la sentencia del caso de Fallos: 327:5863 (“Quiroga, Edgardo Oscar”), ni de la sentencia del caso de Fallos: 327:5959 (“Mattio, Celina Edith”), que la mayoría de la Corte Suprema hubiese declarado admisible un procedimiento de control jerárquico interno del Ministerio Público como sucedáneo pretoriano del art. 348 C.P.P.N. cuya inconstitucionalidad declaró. Tal posibilidad sólo había sido considerada y desechada por el juez Maqueda que había declarado que *“Esa forma de control, absolutamente compatible con el art. 120 de la Constitución Nacional, es coincidente con el establecido en muchos códigos procesales provinciales”*, había tomado nota del proyecto enviado al Congreso *“para modificar el sistema previsto en el art. 348, para que ante la disconformidad del juez respecto de la decisión del fiscal de no instruir, en vez de elevar en consulta a la cámara, lo haga al fiscal general, o sea a un funcionario jerárquicamente superior pero propio del Ministerio Público”* y había concluido que *“Lo cierto es que esas son todas cuestiones de política criminal ajenas a las labores de la rama judicial.”* (confr. considerando 27 del voto del juez Maqueda). No puede leerse pues de la sentencia del caso “Quiroga”, ni de la del caso “Mattio”, cuya mayoría remite en lo sustancial a los votos emitidos en el primero, ninguna indicación clara sobre la posibilidad de crear pretorianamente una vía de control como subrogado del art. 348 C.P.P.N. fulminado de inconstitucionalidad en sus dos supuestos.

Se desemboca pues en la pregunta de cuál es el alcance de la sentencia dictada por la Corte Suprema a fs. 350/351 de la presente causa. Infiero de ella, de modo concluyente a falta de declaración explícita, que la inconstitucionalidad del art. 348 C.P.P.N. no puede ser suplida por la creación

pretoriana de un procedimiento de consulta jerárquica interna del Ministerio Público. Esta inferencia se funda tan pronto se examina el alcance de lo decidido por esta Sala –con otra integración- en la decisión de fs. 200/203 que la Corte ha dejado sin efecto. Allí la Sala había declarado que a falta de requerimiento de instrucción la consulta jerárquica al Fiscal General que actuaba por subrogación en la Cámara Federal de Apelaciones no tenía base legal, pero que “*sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querella, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo del asunto, conforme lo establecen los arts. 180 y concordantes del C.P.P.N. [...]*”, y que por ende correspondía reconocer la intervención de la querella como parte acusadora, y mantener la intervención del Ministerio Público “*como parte necesaria no acusadora*”.

Ahora bien, si la Corte hubiese entendido que el control jerárquico creado de modo pretoriano no planteaba ningún problema constitucional, entonces debía haberlo declarado expresamente, porque ni en “Quiroga”, ni en “Mattio”, tal cuestión había sido objeto de deliberación, debate y decisión. Al no hacerlo, no cabe sino inferir que la Corte ha concluido: a) que el procedimiento seguido en el caso no permite suplir por esa vía pretoriana el vacío legal que crea la declaración de inconstitucionalidad del art. 348 C.P.P.N.; y b) que las pretensiones persecutorias que la querella hubiese presentado eventualmente en el caso no son hábiles para habilitar la jurisdicción de los tribunales a falta de un requerimiento de instrucción, cuando la fiscalía ha pedido la desestimación en los términos del art. 180 C.P.P.N. Esta última conclusión es forzosa, porque, de lo contrario la Corte no habría dejado sin efecto la decisión de fs. 200/203 que declaraba que la querella tenía facultades autónomas para promover la acción aun a falta de requerimiento de instrucción.

En esas condiciones, debe concederse razón a la defensa en punto que el juez federal obró en exceso de jurisdicción cuando decidió promover una vía de consulta por aplicación analógica del art. 348 C.P.P.N. y que, por ende, todo lo

actuado a partir de allí es nulo en defecto de requerimiento de instrucción válidamente promovido, por la vía legal establecida. La sanción de nulidad es imperativa, en tanto el juez ha asumido una jurisdicción que no tenía habilitada y ha desconocido la intervención de la fiscalía (arts. 167, inc. 2, C.P.P.N.).

Esta solución, por lo demás, no sólo atiende a interpretar lealmente el alcance de la decisión de la Corte Suprema de fs. 350/351 que ha ordenado dictar nuevo pronunciamiento, sino que, además, se ajusta a la interpretación que vengo sosteniendo a partir de mis intervenciones al concurrir al dictado de las sentencias de las causas n° 9386 (“Suarez, Diego Nicolás s/recurso de casación”, rta: 22/02/2009, reg: 14.314); causa n° 12.215 (“Arias, Cristian Gustavo s/recurso de casación”, rta: 29/04/2010, reg: 16.339) causa n° 9150 (“Sánchez, Julio José s/recurso de casación”, rta. 11 de julio de 2008, Reg. N° 12.075); causa n° 8268 , (“Toledo, Alcides Ramón s/ recurso de casación”, rta. 05/02/2009, Reg. N° 13.800) y causa n° 8869 (“Grondona, Daniel Eduardo s /recurso de casación”, rta. el 05/02/09, Reg. N° 13.799).

Es evidente que además, el exceso de jurisdicción del juez ha sido craso porque, sin requerimiento fiscal, el juez promovió de oficio un nuevo proceso en el marco de otro en el que inicialmente no estaban comprendidas imputaciones de encubrimiento a las autoridades judiciales que habían investigado originariamente el secuestro y desaparición del gobernador de la provincia de Salta doctor Miguel Ragone (confr. requerimiento de instrucción del fiscal Toranzos de fs. 646/673). En efecto, el juez federal, por propia iniciativa, fijó la hipótesis de una nueva instrucción, describió separadamente los hechos que entendía debían *prima facie* atribuirse al ex juez federal Ricardo Lona, y después de ello corrió vista a la fiscalía a tenor del art. 180. Cuando la fiscalía presentó finalmente su requerimiento de desestimación (fs. 3304/3311), el juez, descontento con los términos del dictamen promovió, también de oficio, una vía carente de base legal para obtener un requerimiento de instrucción que lo habilite a definir su hipótesis de investigación, diseñada por propia iniciativa.

En esas condiciones, a falta de procedimiento legal de control del dictamen de la fiscalía, y proscripta toda posibilidad de actuación de oficio sin

requerimiento fiscal de instrucción, debió archivar el caso declarando que no podía proceder (confr. *mutatis mutandis* sentencia del causa n° 12.215 “Arias, Cristian Gustavo s/recurso de casación”, rta: 29/04/2010, reg: 16.339).

**-III-**

Aunque se ha señalado ya que las eventuales instancias y pretensiones de un querellante no habilitan a los jueces a iniciar la instrucción de un sumario por delito de acción pública en defecto de requerimiento de instrucción del Ministerio Público, es adecuado dejar claro aquí que el juez federal actuó de oficio, y que no tenía como antecedente ningún requerimiento específico de un querellante que hubiese propuesto, como objeto de investigación y persecución, nada parecido al que el juez fijó de oficio en la providencia de fs. 3264.

En efecto, antes del requerimiento de instrucción presentado por el entonces fiscal doctor Ricardo Rafael Toranzos (fs. 646/673), se había presentado por apoderado Miguel Ragone hijo, pidiendo ser tenido como querellante (fs. 398/399). En esa escueta presentación no se hacía alusión alguna a posibles encubrimientos por autoridades policiales que investigaron el secuestro y desaparición de su padre. Presentado aquel requerimiento, por escrito de 3 de noviembre de 2004, había insistido en su pretensión de ser tenido como querellante (fs. 791), presentación en la que no había realizado ninguna precisión fáctica sobre el objeto que pretendía perseguir a pesar de que el juez federal ya había introducido un objeto fáctico distinto en su providencia de fs. 676/679. El señor Miguel Ragone hijo fue tenido por el juez como querellante (fs. 797).

Más tarde, por presentación de 26 de noviembre de 2004, un diputado provincial, invocando representación de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Provincia de Salta, pidió que tal comisión fuese reconocida como querellante (fs. 1232/1233). El objeto de persecución fijado en la presentación promovía la investigación de la conducta de “*los primigenios investigadores policiales*” (cfr. fs. 1233vta.). Ninguna alusión se hacía, sin

embargo, a la investigación judicial ni a conductas atribuidas a los jueces que investigaron el secuestro y desaparición del gobernador Ragone.

A su vez, por presentación de 1 de diciembre de 2004 había pedido ser tenida por parte querellante la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Salta (fs. 1324), presentación cuyo objeto aparecía más definido de un modo que no comprendía ninguna imputación de encubrimiento atribuido a autoridades judiciales en la investigación de aquel caso.

La Comisión de la Cámara de Diputados local, y la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Salta fueron tenidos como querellantes (fs. 1331).

Por presentación de 14 de diciembre de 2004 también pidió ser tenida como querellante la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación (fs. 1670), presentación en la que tampoco hay alusión a hipótesis de delitos que pudiesen ser atribuidos al juez que previno en la investigación del secuestro y desaparición de Miguel Ragone. El juez también tuvo como querellante a esa Secretaría del Estado Nacional.

En la presentación ulterior de Alfonso Ragone, Clotilde Custodia Ragone y Fernando Miguel Pequeño Ragone adhiriendo a la querrela de Miguel Ragone, tampoco se observa como hipótesis de persecución alusión alguna a delitos que pudiesen ser atribuidos a aquél juez (fs. 1844).

Sobre la actuación y pretensiones ejercidas por estos últimos destaco dos presentaciones ulteriores.

Por un lado, a raíz de una sucesión de excusaciones de diversos jueces para integrar la Cámara Federal que debía decidir sobre los recursos de apelación entablados contra el auto de procesamiento de Luciano Benjamín Menéndez, Carlos Alberto Mulhall, Miguel Raúl Gentil, Joaquín Guil, Pedro Javier Herrera y Rubén Nelson Herrera; así como el trámite de consulta formulado por el juez instructor y los recursos de apelación de las defensas de los imputados en las incidencias de prescripción de la acción penal y sobre legitimación para querrellar. Los anteriormente nombrados realizaron una presentación en la que promovían el rechazo de las excusaciones fundadas en la relación de amistad o

enemistad con el juez Ricardo Lona (fs. 3931) y acompañaron una copia de una nota presentada al Consejo de la Magistratura de la Nación en el que ponían en su conocimiento las dificultades de integración de la Cámara Federal de Salta a raíz de las excusaciones presentadas, y destacaban que estaba pendiente la decisión del trámite de consulta promovido por el juez federal a fs. 3349/3352, afirmando que “*ni siquiera había sido indagado en estas actuaciones*” (fs. 3929).

Por otro, que sólo una vez que la Cámara de Apelaciones había accedido al pedido del Fiscal General subrogante doctor Batule en el cual desautorizaba el pedido de desestimación del fiscal doctor Bruno e instruía la intervención de un nuevo fiscal para que promoviese la instrucción por los hechos definidos por el juez federal a fs. 3264, se presentaron los querellantes Clotilde Ragone y Fernando Pequeño Ragone promoviendo se recibiese declaración indagatoria a Ricardo Lona, aunque sin especificar los hechos por los cuales se pretendía fuese recibida esa declaración (fs. 4600).

Este relevamiento permite constatar que ni hasta el momento en que el fiscal Bruno pidió la desestimación (fs. 3304), ni cuando el juez federal, en disidencia con ese pedido, promovió el procedimiento de consulta sin base legal alguna (fs. 3349/3352) había habido pretensión de los querellantes admitidos, ni de ningún otro pretense querellante, dirigida a promover la investigación de delitos hipotéticamente cometidos por las autoridades judiciales que tuvieron originariamente a su cargo la investigación del secuestro y desaparición de Miguel Ragone.

#### -IV-

Las particulares circunstancias relevadas conducen a decidir que el requerimiento de la fiscalía de fs. 3304 considerando que no había mérito para abrir la instancia respecto de Ricardo Lona, pidiendo la desestimación y el archivo de las actuaciones en relación a los hechos descritos en la providencia judicial de fs. 3264 impedía al juez iniciar una instrucción por esos hechos, y le imponía que, aun dejando a salvo su opinión divergente, declarase que no podía proceder por

defecto de requerimiento de instrucción que lo habilite. Entiendo, en concordancia con lo que propone el juez Yacobucci en el primer voto, que así corresponde declararlo, anulando todo lo actuado en relación a esos hechos por los que no hay acción legalmente promovida a partir de fs. 3349/3452.

De acuerdo con la interpretación que he sentado antes de ahora en casos análogos (confrontar causa n° 12.215 “Arias, Cristian Gustavo s/recurso de casación”, rta: 29/04/2010, reg: 16.339), una declaración de que no se puede proceder por inexistencia de requerimiento fiscal de instrucción no obsta a que un fiscal competente promueva la acción penal en legal forma por los mismos hechos, en la medida en que, si el proceso nunca fue legalmente promovido, lo que aquí se decide no podría constituir obstáculo procesal a una persecución promovida en legal forma.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso** dijo:

**I.** Paréceme claro que al declarar improcedentes los recursos extraordinarios de fs. 210, 236 y 253, es decir los articulados por los acusadores, el Alto Tribunal ha validado, sin margen para volver sobre el punto, cuanto resolviera la Sala II de esta Cámara en su anterior integración respecto de la nulidad de lo actuado a partir del trámite de consulta, incluyendo el apartamiento del fiscal a quien a tales fines se había dado intervención.

En trance, pues, de dictar un nuevo fallo, sólo podrán reeditarse los argumentos con los que la Sala se hubo expedido sobre los aspectos aludidos, ya que con la cita de “Mattio” -doctrina mayoritaria- la Corte ha reiterado los criterios ya establecidos sin que quepa excepcionarlos por existencia, en el caso, de acusadores particulares.

**II.** El recurso de la defensa al que el Tribunal Supremo ha hecho lugar fue dirigido contra una declaración de la Sala que -según lo veo y lo señalo respetuosamente- significó un exceso en la jurisdicción. Ello así, porque la decisión de “mantener a la querrela como parte acusadora” era ajena a los agravios

traídos a esta Alzada, entonces ceñidos a la nulidad del procedimiento de consulta y del apartamiento del fiscal.

En esta convicción y habiendo sido dejado sin efecto íntegramente el pronunciamiento en base a las consideraciones de la defensa, creo pertinente omitir la mentada declaración y expedirme exclusivamente en los términos homologados por la Corte Suprema al rechazar la impugnación extraordinaria de los acusadores.

Así lo voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Declarar que lo resuelto por la mayoría de la Corte Suprema conduce a anular todo lo actuado a partir de fs. 3349/3352; ello sin perjuicio de que, en su caso, la acción sea promovida legalmente por un Fiscal en las condiciones señaladas en los fundamentos de esta decisión, sin costas atento a la naturaleza de lo decidido (arts. 530 y 531 C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmas: Guillermo J. Yacobucci, Luis M. García y Carlos Rodríguez

Basavilbaso. Ante mi: Sol Déboli