

Nº 6257/13

Juz. 1

28/06/13



FORMULA DENUNCIA

Señor Juez:

Carlos Miguel Kunkel, en mi carácter de Diputado Nacional, con domicilio legal en Riobamba 71, 3er. Piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.S. me presento y respetuosamente digo:

I. OBJETO

Que vengo en los términos de los artículos 174, 175 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación a formular denuncia contra los jueces integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Raúl Madueño, Liliana Catucci, Ana María Figueroa, Juan Carlos Gemignani, Eduardo Rafael Riggi y Mariano Borinsky, y contra el doctor Luis María Cabral, en virtud del ilícito cometido con motivo de la designación como juez subrogante del juez Luis María Cabral para la cobertura de la vocalía en la Sala I de la citada Cámara, por resultar constitutivo *-prima facie-* del delito de nombramiento ilegal y de aceptación ilegal de cargo público, que concurre idealmente con el de abuso de autoridad (arts. 253, 248 y ccds. del Código Penal), de acuerdo a las circunstancias de hecho y de derecho que seguidamente describo.

II. HECHOS

Que el pasado once de junio del corriente año la Cámara Federal de Casación Penal dictó la Acordada N° 1/2013 por la que se estableció, mediante mayoría, con la firma de los jueces Raúl Madueño, Liliana Elena Canucci, Ana María Figueroa, Juan Carlos Gemignani, Eduardo Rafael Riggi y Mariano Hernán Borinsky, que la subrogancia que está desempeñando el doctor Luis María Cabral en la vocalía n° 2 de la Sala I de la citada Cámara -en virtud de la vacante generada por la aceptación de la renuncia del doctor Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso- rige hasta tanto esa vacante sea cubierta según el sistema institucional.

Resulta palmario el apartamiento del régimen legal vigente por parte de los magistrados que suscribieron por mayoría la mencionada Acordada para designar a un juez subrogante en caso de vacancia en la Cámara Federal de Casación Penal. En el mismo sentido, cabe entender la aceptación por parte del juez Luis María Cabral al nombramiento acordado.

Las consideraciones siguientes no sólo dejan en franca evidencia el abierto desapego hacia el mecanismo legalmente establecido para supuestos de este tipo, sino que también demuestran -en virtud de la magnitud del flagrante apartamiento normativo- el carácter delictivo que cabe reconocerle a las conductas llevadas adelante por los citados jueces de la Cámara Federal de Casación Penal y por el doctor Cabral.

La gravedad de lo expuesto cobra mayor entidad si se advierte que ha tomado estado público que esta infracción fue señalada ante el mismo tribunal por un Fiscal General del Ministerio Público Fiscal de la Nación y

por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (Ver diario "Página 12", edición del 13 de junio de 2013, nota titulada: "Cabrol, el eterno subrogante", suscripta por Irina Hauser).

Recuérdese que el 4 de junio de 2008 se promulgó la ley N° 26.376 (B.O. n 31.420 del 5/6/2008), cuyo artículo 2° expresamente establece que: "*En caso de subrogancia por recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los integrantes de las Cámaras de Casación o de Apelación, Nacionales o Federales, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 31 del Decreto-Ley N° 1285/58. De no resultar ello posible, se realizará el sorteo entre la lista de conjueces prevista en el artículo 3°.*"

Al respecto, en el vigente artículo 31 del Decreto-Ley N° 1285/58 (texto conforme Ley N° 26.371) se establece que: "*La Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, los tribunales orales y las cámaras nacionales de apelaciones en lo criminal y correccional federal, en lo criminal y correccional y en lo penal económico se integrarán por sorteo entre los demás miembros de aquéllas; luego del mismo modo, con los jueces de la otra Cámara en el orden precedentemente establecido y, por último también por sorteo, con los jueces de primera instancia que dependan de la Cámara que debe integrarse.*" (El resaltado no es del original).

Por lo tanto, son las precitadas leyes las que precisamente establecen y completan el invocado "sistema institucional" al que refieren los aquí denunciados.

Es fácil advertir que la decisión llevada adelante por los jueces Madueño, Catucci, Figueroa, Gemignani, Riggi y Borinsky, de la Cámara Federal de Casación Penal, en el marco de la Acordada Nro. 1/2013, no se ajustó tan siquiera mínimamente a los postulados del artículo 2 de la ley 26.376.

Ello así, dado que el doctor Luis María Cabral se desempeña como Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9 de la Capital Federal, lo cual convierte su designación mediante la acordada mencionada en ilícita.

Puede verse que lejos de estipular un sistema discrecional de subrogancias, la ley 26.376 sencillamente establece que la Cámara Federal de Casación Penal se integrará en primer término por sorteo entre los demás miembros de aquélla; luego del mismo modo, con los jueces de las otras Cámaras indicadas en el orden establecido y, por último también por sorteo con los jueces que dependan de la Cámara que debe integrarse.

En este sentido, queda claro que los magistrados aquí denunciados se apartaron de lo fijado por la mencionada norma, al establecer *sine die* la designación como subrogante en la Cámara del doctor Cabral -juez de un Tribunal Oral en lo Criminal- sin respetar el sorteo y el orden establecido para la cobertura de vacantes.

En efecto, la mencionada vacante se debería haber cubierto por sorteo con un juez titular de la Cámara Federal de Casación Penal (como es sistema y costumbre con las restantes vacantes existentes) o, en su defecto, también por sorteo con otro magistrado en el orden que establece la ley 26.376. Pero, además, cabe advertir que en virtud de los estándares establecidos por la Corte Suprema

de Justicia de la Nación *in re* "Rosza" (del 23/5/07), las subrogancias judiciales resultan de excepción y meramente transitorias.

Que el art. 18 constitucional consagra el principio de juez natural, prescribiendo que ningún habitante podrá ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, como también que está en juego la legitimidad y la confianza que recae en la justicia al momento de integración de los órganos jurisdiccionales, tanto más en el máximo tribunal penal que tiene a su cargo las integraciones por subrogancias de la totalidad de órganos inferiores que de él dependen en todo el país.

En el caso, palmariamente -sin fundamento ni cita legal alguna- se acordó la espuria designación permanente (sin términos) de un juez subrogante -que fue aceptada por el magistrado- en abierta confrontación con las resoluciones anteriores y con el legal procedimiento de prelación entre jueces de la propia Cámara de Casación o, en su defecto, del sorteo entre otros jueces de Cámara de la jurisdicción.

Por lo demás, llegados al reconocimiento de lo acordado en contra de la ley expresa, es importante destacar la disidencia en la mencionada Acordada de los doctores Pedro David, Ángela Ledesma y Alejandro Slokar, quienes manifestaron que: *"Corresponde atender a la existencia de tres vacantes... que deben ser cubiertas conforme al régimen legal vigente (artículo 2 de la ley 26.376 y 31 del Decreto Ley 1285/58 texto según Ley 26.371)"*.

Por último, es muy relevante tener presente que situaciones ilícitas de esta categoría han sido categóricamente descalificadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Puede verse, en efecto, que el 30 de diciembre de 2009 el

Máximo Tribunal anuló una decisión de superintendencia adoptada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba porque ésta no se había ajustado a los preceptos de la ley 26.376 (Acordada 53/09).

Concretamente, dado que el tribunal de alzada cordobés se había excedido en las facultades que la norma citada le confiere para designar subrogantes, la Corte Suprema expresó que era necesario declarar: *"la nulidad de esa designación, pues si así no fuere, se daría la posibilidad de que se plantease la invalidez de los actos procesales realizados con la intervención del magistrado cuya designación está viciada, con el grave perjuicio que ello ocasionaría en el desarrollo de las causas —algunas de gran repercusión pública— en trámite por ante el juzgado de vacancia inminente"*.

Dijo también la Corte en ese caso *"Que reiteradamente ha sostenido esta Corte que 'cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación' (Fallos: 320:1909 y 2145) y que 'los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal cual éste la concibió' (Fallos: 332:752). En el sentido indicado no se observa que la acordada 252/2009 de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, contenga argumentos razonables que justifiquen, dentro de la hermenéutica del texto legal en cuestión la necesidad de acudir —como sucedió en este caso— a un orden de prelación distinto del que la ley establece"*.

En suma, la Acordada no expresa fundamentos ni citas legales que justifiquen el apartamiento del sistema legal vigente. La designación y aceptación del doctor Luis María Cabral como juez subrogante sin límite temporal de la Cámara Federal de Casación Penal, llevada adelante por los denunciados, se efectuó por un burdo nombramiento con violación

manifiesta a lo prescripto por la ley N° 26.376, por no haberse adoptado el orden de prelación requerido, ni tampoco el sorteo entre otros jueces exigido por la norma.

III. DERECHO

La conducta aquí descrita encuadra, *prima facie*, en el delito de nombramiento ilegal y en el de aceptación ilegal de un cargo público, en concurso ideal con el de abuso de autoridad (arts. 253 y 248 del Código Penal).

En efecto, es el tipo penal establecido en el artículo 253 del Código Penal el que establece que:

“Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales”.

En este sentido, la doctrina especializada enseñó que:

“La acción del primer párrafo consiste en proponer o nombrar para un cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales para ese cargo”.

"El delito se consuma al proponer o nombrar al funcionario; lo primero ocurrirá en los casos en que el funcionario actuante debe recurrir a ese procedimiento, sea porque es preciso el acuerdo de otro poder, como, por ejemplo, ocurre con los jueces y ministro plenipotenciarios, los que son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 86, 5° y 10° C.N.), sea porque el funcionario debe elevar la propuesta a una autoridad o consejo superior. Se entiende una propuesta oficial y no un pedido de recomendación particular. La no aceptación del propuesto es irrelevante para el funcionario que ha hecho la designación o propuesta, puesto que tal circunstancia es posterior a la consumación".

"La acción típica descrita en el segundo párrafo para la persona propuesta o designada, consiste, simplemente, en aceptar el nombramiento; no la propuesta. Si el cargo se asume o ejercen funciones públicas, el hecho caerá en el artículo 246, inciso 1°, como usurpación de autoridad". (FONTÁN BALESTRA, Carlos "Tratado de Derecho Penal", Tomo VII, Parte Especial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1975, pág. 241/242).

Por su parte, Soler entendió que:

"El delito consiste en proponer o en nombrar, de acuerdo con el procedimiento establecido para cada caso: propuestas de profesores por los consejos directivos; propuestas de jueces por el P.E." (el resaltado no es del original).

"El delito se consuma por la mera proposición, esto es, tan pronto como se ha cumplido legalmente el acto procesal o administrativo que constituye oficialmente la propuesta ... La otra forma de consumación consiste en la designación misma ... Por parte del designado, la aceptación".

"Subjetivamente el hecho se integra por el conocimiento de la deficiencia; pero basta el dolo eventual". (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo V. Ed. TEA, Buenos Aires, 1992 (10ª reimprisión total) pp. 197 y 198).

En igual sentido, Buompadre indica que:

"Al igual que sucede en el Código Español y siguiendo el pensamiento del profesor Polaino Navarrete, podría decirse que el Código Penal incrimina estas conductas con un carácter "bifronte", esto es, por un lado, tipifica la propia conducta del nombramiento y, por otro, se comina la aceptación por el particular del nombramiento ilegal, o más exactamente, al que se ha hecho destinatario del nombramiento sin ser jurídica ni legalmente acreedor de ello".

Asimismo, y en lo que respecta al nombramiento aquí denunciado, el mismo autor refiere que:

"La segunda conducta prevista por el tipo penal es la de nombrar, esto es, designar a una persona para que desempeñe una función determinada en el ámbito de la administración pública. A los fines de la consumación típica, poco importa el carácter administrativo del acto;

puede ser permanente, transitorio, interino, rentado o ad honorem. Lo decisivo es la idoneidad legalmente requerida”.

“Se trata de un delito especial propio, de pura actividad, que limita el círculo de autores sólo al funcionario público que posee facultades legales para proponer o designar” (ZAFFARONI, Raúl Eugenio – BAIGÚN, David (directores) “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. BUOMPADRE, Jorge E. – Ed. Hammurabi, Tomo 10. Buenos Aires, 2011, pág. 389/393).

La conducta referida concurre con la de abuso de autoridad por encontrarnos frente al dictado de una resolución contraria a las leyes nacionales, tipificado en el artículo 248 del Código Penal.

El artículo 248 establece que:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

En este sentido, la doctrina especializada entendió que:

“El delito se comete cuando se usa indebidamente del poder que se ha puesto en manos del funcionario público”. (...) “La primera modalidad delictiva prevista en la norma se caracteriza porque, en la realización de la acción típica, el funcionario actúa

contrariando lo que expresamente establecen las Constitución y las leyes". "Como el funcionario debe ajustar su accionar a las exigencias del orden jurídico preestablecido, el apartamiento de ese orden implica siempre el ejercicio arbitrario de la función pública. Cabe señalar, sin embargo, que un acto no es abusivo por la mera disconformidad con el orden jurídico, o, como dice Soler, por el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica, sino porque su esencia radica en un mal uso de la autoridad dentro de la propia función; en el uso de un poder que, con arreglo a la Constitución o la ley, la propia función no atribuye".

"La tercera forma típica prevista en el precepto legal describe, contrariamente a los dos supuestos anteriores, un tipo omisivo consistente en no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario".

"La acción material no es ejecutar las leyes, esto es, no aplicarlas en el caso concreto. La conducta revela una inobservancia expresa de la norma; el funcionario no deja de aplicar la ley por una interna convicción de que su aplicación no corresponde al caso en particular, sino porque directamente ignora su existencia. La ley existe, pero el agente actúa como si no existiera. Por ejemplo, no resolver respecto de un acto administrativo viciado de nulidad o regular cuando el funcionario tiene funciones de control". (ZAFFARONI, Raúl Eugenio – BAIGÚN, David (directores) "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial".

BUOMPADRE, Jorge E. – Ed. Hammurabi, Tomo 10. Buenos Aires, 2011, pág. 366/370).

IV. PETITORIO

Por lo expuesto solicito:

- 1) Se tenga por efectuada formalmente la denuncia por delito de acción pública;
- 2) Se de curso a la misma, ordenándose la investigación con la compilación de todos los antecedentes vinculados a la maniobra.

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA.