

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA JUSTICIA.

(A propósito de una decisión de la Cámara Federal de Casación Penal en la admisión de una denuncia)

Se trata de la admisión de una denuncia que había hecho el Fiscal Nisman en enero de 2015, por encubrimiento del atentado a la AMIA, a través de la firma de un Memorándum entre nuestro país e Irán, que fue no fue admitida por el Juez Federal Daniel Rafecas, desestimación confirmada por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones, cuyo recurso de casación fue desistido por el Fiscal General de Casación Dr. De Luca, denuncia que fuera admitida casi 2 años después de tal rechazo firme por la Sala I de la Cámara de Casación.

La Constitución jerarquizó las funciones del Ministerio Público Fiscal al establecer en el art. 120 que deberá "*...promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...*". La Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal No. 27.148 dispone en su art. 1º que "*es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes*".

En su art. 9º regula los principios funcionales de la organización y establece -entre otros- el de **unidad de actuación** al disponer que "*es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. Cada funcionario controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. Éstos actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y conforme a lo previsto en esta ley*" (inc.a). Que "*desarrollará su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales, respetando los derechos humanos y garantizando su plena vigencia*" (inc.c). Asimismo, establece que actuará de acuerdo al **principio de objetividad** y "*requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado*" (inc.d).

Roxin ha clasificado los fines que persiguió -y a su juicio logró- la creación del ministerio público: 1) **La lucha contra el absolutismo**: el ministerio fiscal fue un medio decisivo para la abolición del proceso penal inquisitivo antiguo, el cual concentraba en una persona toda la actividad judicial, esto es: perseguir y juzgar. 2) **El ministerio público como funcionario objetivo de instrucción**: en éste aspecto, se ve al rol del fiscal dentro del proceso penal como conquista del Estado de Derecho, toda vez que le acuerda una función vital para las garantías individuales, como es ser el custodio del fiel cumplimiento de la ley, rechazando la posibilidad de que sea un mero acusador. 3) **El control sobre la**

policía: señala finalmente la importancia que tiene la función del fiscal en su labor de control de la función policial, la que debe ser subordinada a la ley en el marco de un Estado de Derecho, con el propósito de garantizar la libertad de los ciudadanos.

Como señala Maier en la construcción del Estado de Derecho que se desarrolló con punto de partida en la revolución francesa el ministerio público fue construido como órgano objetivo e imparcial con la tarea de colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado, como custodio de la ley.

En el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990, se aprobaron las "Directrices sobre la Función de los Fiscales" donde, entre otras, cosas se establecía:

Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.

En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales: a) desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole. b) protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso.

Clariá Olmedo sostiene que el acusador público debe ser en un todo independiente en su función para evitar que los criterios políticos puedan incidir de alguna manera en perjuicio de la recta administración de justicia. Si el ministerio fiscal es un órgano de justicia, el ejercicio de sus poderes legales debe estar organizado con todos los recaudos propios de una función de esa jerarquía. En eso ha de radicar su prestigio y la confianza de los ciudadanos en los funcionarios. No son órganos de persecución sino de justicia; no procuran el castigo (a outrance) de quien sea sometido a proceso, sino la reconstrucción del orden alterado que más de una vez ha de conseguirse con la absolución. De ahí que ha de cumplir satisfactoriamente con su cometido legal cuando ejercita la acción en sentido desincriminador o cuando no obstante ser el órgano acusador, **evita la iniciación del proceso** o la acusación, cuando no existe fundamento para formular debidamente esas requisitorias. Considera que la posibilidad de provocar su apartamiento de la causa en la cual por ley le tocara intervenir es una consecuencia de su actuación como órganos públicos y, como tales, de sujetos imparciales del proceso.

Vélez Mariconde también afirma que no puede ser un acusador "á outrance", un interesado y ciego procurador de castigo, sino un mero demandante de justicia. Observa que su función es absolutamente objetiva, estrictamente jurídica y siempre ajena a toda consideración de conveniencia política, puesto

que, en la misma medida que el juez, carece de poderes discrecionales, desde el momento inicial de ella, durante su ejercicio y hasta el final está sometido al derecho penal, sustantivo y procesal, que al igual que el juez se inspira en la misma finalidad (administrar justicia conforme a derecho) y procura el imperio de la verdad que da base a la justicia.

Por su parte Maier expresa que es un órgano público cuyo interés se resume –como el de los órganos jurisdiccionales- en la correcta actuación de la ley penal; él tanto ampara al ciudadano, al incorporar la prueba de su inocencia y reclamar una decisión que lo libere de la persecución penal, como le imputa un hecho punible y demanda una consecuencia jurídica. De allí se desprende que no está situado frente al imputado para inquirir y requerir sólo en contra de él, sino, todo lo contrario, para aclarar la imputación procesal que soporta y requerir también a su favor cuando corresponde; solo con este concepto se puede comprender que el Fiscal deba procurar la incorporación de los elementos que sirvan para descargo del imputado, tenga la facultad de requerir el sobreseimiento o la absolución, si el resultado del procedimiento así lo indica y pueda recurrir también a favor del imputado.

La garantía de objetividad impone al fiscal que posea un criterio objetivo y cumpla con las garantías constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos en todos sus actos. Ello porque, como señala Cafferata Nores, el sujeto a quien se le atribuye participación en un hecho delictivo, es decir, el imputado, es reconocido por el sistema constitucional (Constitución Nacional y tratados internacionales incorporados a su mismo nivel, art. 75 inc. 22, CN) como titular de derechos que emanan de su condición de persona humana, la que se valoriza en su dignidad (Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos). De allí que se le reconozcan sus derechos de tal y se lo proteja aún durante el proceso penal, confiriéndoles además algunos especiales en virtud de su especial condición de penalmente perseguido, procurándole asegurarle un juicio justo.

Vázquez Rossi afirma que se trata de asegurar a las partes las condiciones de un juzgamiento del que estén ausentes motivos que funden sospecha en orden a que el tratamiento de las personas y cuestiones se encuentre de algún modo condicionado por afectos, circunstancias de interés, vinculaciones o actuaciones anteriores o concomitantes que influyan sobre las decisiones.

La función del Fiscal fue claramente delimitada en el dictamen que el Fiscal de Casación Dr. De Luca presentara, en ocasión del recurso de casación interpuesto por el Fiscal cuando fuera rechazada la denuncia de Nisman. En su Dictamen señalaba que en el caso eran dos las líneas argumentales de la pretensión fiscal. Una de naturaleza procesal, de prueba, consistente en el reclamo de iniciar una investigación para probar distintos extremos de la denuncia porque se consideraba que el rechazo del requerimiento de instrucción era prematuro y la otra era jurídica-penal, que consistía en determinar si esos hechos, aunque estuvieran probados, constituían o no delito. Y comenzaba por la segunda, porque si ésta no se presentaba en el caso, estaría vedado incursionar en el aspecto procesal.

Y analizaba el deber de investigar de los fiscales, señalando que los fiscales tienen el deber de emplear criterios que conduzcan al mantenimiento de la acción penal y no a su extinción (Resoluciones PGN N° 3/86, 25/88, 96/93, 39/95, 20/96, 82/96, MP 27/99, MP 39/99, Res. PGN N° 32/02, entre otras). Pero estaba claro que la acción a mantener debía ser penal, es decir, haber nacido de un delito. De modo que si desde el inicio, de la denuncia o *notitia* surgía manifiesta e incontrovertible la conclusión de que los hechos puestos de manifiesto no eran delito, no existía acción penal a ejercer ni mantener, señalando que estaba vedado por la Constitución iniciar y mantener una acción penal para determinar si hubo un delito, cuando a simple vista la conducta no constituía delito alguno. La hipótesis requerida de demostración era si pudo o no haberse cometido un delito y, para ello, tal delito debía ser posible jurídicamente. Si no era jurídicamente posible, los magistrados de la Nación no tenían competencia constitucional ni legal para averiguar nada, porque ese tipo de sucesos quedaba exento de su autoridad (art. 19 CN).

Señalaba que en esta causa, por más que se recorrieran todas sus hipótesis una y otra vez -de la denuncia, del requerimiento de instrucción, de la apelación y del recurso de casación- no se lograba encontrar delito alguno a averiguar y demostrar, ya que la firma de un Tratado Internacional entre dos potencias soberanas nunca podían ser la base fáctica ni jurídica de un delito y las motivaciones, móviles o ultraintenciones que pudieran tener los distintos actores que intervinieron en las negociaciones previas, en su redacción y sanción, aprobación o ratificación, tampoco (arts. 27; 75, inc. 24, y 99, inc. 11 CN). Su acierto, conveniencia o error no es asunto que incumba al Poder Judicial, porque son cuestiones políticas, no justiciables, lo contrario implicaría menoscabar las funciones que corresponden a otros poderes (1).

Concluía que el caso no encajaba en el grupo de investigaciones cuya clausura es considerada prematura, porque lo que se pretendía era la investigación de conductas que no constituyen delito alguno y la legitimación de una investigación para determinar si en una situación hubo o no delito requería en *todos* los casos como requisito necesario tener en claro cuál es el delito al que esa investigación se refiere, lo que se pretende demostrar es que ocurrió efectivamente un delito, mientras que los hechos que se denunciaban no pueden constituir la base de un delito, porque se inscriben en la competencia constitucional de los otros poderes del Estado, ajenas al Poder Judicial. De conformidad con el principio de legalidad y los de reserva y lesividad (arts. 18 y 19 CN), nuestra ley exige que lo que se denuncie e investigue sean hechos que constituyan delitos y no cualquier hecho de la vida (artículos 174, 176, 183, 188 CPPN, entre muchos otros). En tal armonía, el art. 180 del CPPN dispone la desestimación de la denuncia y el art. 195 el rechazo del requerimiento de instrucción se refiere a hechos que no sean delitos, entonces por no darse los requisitos del art. 193 y cc. CPPN, y porque el juez puede rechazar el requerimiento fiscal de instrucción por auto (art. 195 CPPN), es que desistía fundadamente del recurso interpuesto por el colega que lo anteciedera en la etapa (art. 443 del CPPN).

LA RECUSACIÓN.

A través de la recusación y excusación de magistrados y funcionarios, la ley pone a resguardo la garantía del juez imparcial o la objetividad del integrante del Ministerio Público en el caso concreto. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema las causales de recusación no deben limitarse taxativamente a las expresamente previstas y deben admitirse otros motivos que hicieran temer que un magistrado no esté en condiciones de efectuar su tarea con la equidistancia respecto de las partes que ello requiere y, si bien estas citas se refieren a la procedencia de recusación respecto de los jueces, entendemos que en este punto pueden ser aplicables para considerar también la recusación de los fiscales.

Como señalaba el Procurador General en el dictamen en el caso "Ferreya, Osvaldo Raúl y Segovia, Carlos Martín s/cohecho" -causa N° 553 del 6/10/2009- la Corte había establecido que "*...la garantía de imparcialidad es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado*". Que, en particular, se ha señalado que "*en materia de imparcialidad lo decisivo es establecer si, ya desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad*", con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno y siguiendo el adagio 'justice must not only be done: it must also be seen to be done' ("Quiroga", Fallos: 327:5863, considerandos 27 y 28, con citas de los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos "Delcourt c/Bélgica" del 17 de enero de 1970, serie A, n° 11, párrafo 31°, y "De Cubber c/Bélgica" del 26 de octubre de 1984, serie A, n° 86, párrafo 24° y del Informe N° 5/96, caso 10.970, "Mejía c/ Perú" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

En el caso "Llerena" la Corte sostuvo que "*...si bien las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva (Fallos: 310:2845 y sus citas) esta interpretación no puede llegar a tornar ilusorio el derecho de los procesados si resulta contraria a la garantía constitucional del debido proceso...*" (Fallos: 328:1491). Dijo que se trataba de supuestos donde se controvierte la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional y de los tratados incorporados a ésta, en tanto estas cuestiones se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio. Que "*La opinión dominante en esta materia establece que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso*". Que si por razones legítimas se pudieran generar "*dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático*". Como señala Roxin un juez que no está ya excluido de pleno derecho, puede ser recusado por temor de parcialidad, cuando exista una razón que sea adecuada para justificar la desconfianza sobre su

imparcialidad, para esto no se exige que él realmente sea parcial, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable. Si ello sucede, corresponde en salvaguarda de la garantía apartar al juez del caso, para eliminar este temor de parcialidad que siente el imputado y restablecer su confianza en el juicio. Que *"En el conjunto de estos preceptos está la idea de que un juez, cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia"* (consid.13). Que la imparcialidad puede verse *"desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito"* (consid.10).

Es también la interpretación que ha mantenido la Procuración General de la Nación en el dictamen del caso "Zenzerovich", al considerar que la enumeración hecha en la ley no reviste esas características [de taxatividad e interpretación restrictiva] sino que debe permitirse a los interesados demostrar la existencia de un temor razonable por la posible parcialidad de un juez [en este caso temor razonable por la posible falta de objetividad del Fiscal], apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión (Fallos 322: 1941).

Asimismo la Cámara de Casación Penal ha entendido que el enunciado del art. 55 C.P.P.N. no puede ser considerado exhaustivo y que, además de los motivos allí enumerados, pueden admitirse otros de excusación en la medida en que las circunstancias del caso concreto pudieran dar lugar, razonablemente, a que los intervinientes se vean enfrentados a una duda razonable sobre la imparcialidad de sus jueces. Esa inteligencia concuerda, por lo demás, con la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reconocido causales de inhibición o recusación de los jueces no comprendidas en esa enumeración, en cuanto se presenten en el caso puntos de sustento objetivos que podrían llevar a los justiciables a formarse, razonablemente, un temor o duda sobre la imparcialidad de quien está llamado a decidir. Como señala Maier en rigor, los fiscales deben ajustar su actuación a la ley, están sujetos a las reglas de objetividad y lealtad en su actuación, entendida la primera como excluyente de intereses subjetivos o de utilidad política no contenidos o deducibles de la ley. Así en la causa N° 13.998 - "Alfonso, Eduardo s/recusación" -CNCP Sala II 18/08/2011- se había recusado al Fiscal Romero Victorica y, si bien los jueces admitían que no eran iguales las pautas para admitir la recusación de un Fiscal a las que se admitían la recusación de un juez, igualmente admitieron la recusación del Fiscal.

Así en su voto el juez García señaló que las causales de recusación del art. 71 CPPN eran de interpretación restrictiva, a diferencia de la interpretación más extensa que la que se aplica cuando se trata de la recusación o inhibición de jueces. En el caso de los jueces se trata de la concreción del derecho fundamental que tiene todo justiciable a ser oído por un juez o tribunal imparcial (art. 18 C.N., art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Sobre esta base, esa Sala había entendido que el enunciado del art. 55 CPPN no puede ser considerado exhaustivo y que, además de los motivos allí enumerados, pueden admitirse otros de excusación, lo que concordaba con la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema que había reconocido causales de inhibición o recusación de los jueces no comprendidas en esa enumeración (confr. Fallos: 328:1491, 329:909 y 329:3034 y causa L. 117, L° XLIII "Recurso de hecho "Lamas, Pablo Fernando s/homicidio agravado -recusación-causa n° 2370-", sent. del 8 de abril de 2008). En cambio no es aplicable el mismo estándar en el caso de los fiscales, porque no se infiere del art. 18 de la Constitución Nacional que las partes legitimadas para actuar en el proceso penal tengan derecho a que se garantice la "imparcialidad" del órgano estatal de la acusación pues la función de la fiscalía es incompatible con la imparcialidad. En rigor, los fiscales deben ajustar su actuación a la ley, pero no están sujetos a exigencias de imparcialidad, en el sentido y extensión en el que ésta se concibe como atributo del juez o tribunal como garantía judicial (confr. Trechsel, Stephan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Nueva York 2005, p. 175), sino a las reglas de objetividad y lealtad en su actuación y concluía que, más allá de las reservas o temores que expresaba, la querrela no había ofrecido en el caso ninguna razón suficiente para fundar una pérdida de objetividad o un indicio de actuación desleal del fiscal recusado en ese caso, que pudiera ser perjudicial o frustrante de la persecución penal.

La jueza Liliana E. Catucci dijo que no obstante que el planteo no se encontraba estrictamente previsto en la ley procesal, atento a los motivos alegados por la querrela y las particularidades del caso en relación a la situación de un representante del Ministerio Público Fiscal, al sólo efecto de proteger las garantías del debido proceso y del derecho de defensa de las partes entendía que se debía hacer lugar a la recusación deducida.-

A su vez el juez Guillermo J. Yacobucci dijo que concordaba con el juez Luis García en punto a que las causales de recusación del art. 71 CPPN son de interpretación restrictiva, pues la imparcialidad es un atributo jurisdiccional que trasciende la legalidad y se funda en el bloque de constitucionalidad. Esa circunstancia no puede extenderse a la actuación del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, observaba que el doctor Romero Victorica pidió se lo tuviera por apartado en la causa 13.957 "Noble Herrera, Marcela y otro s/recurso de casación", promovida en esa oportunidad por la querrela Asociación Abuelas de Plaza de Mayo bajo las mismas causales invocadas en este caso. En esa causa el fiscal había alegado razones de violencia moral, decoro y delicadeza y la analogía con este caso se presentaba en forma patente y, dada esa especial situación consideraba que, de acuerdo a la conclusión a la que arribaba en su voto la jueza Liliana Catucci, debía hacerse lugar a la recusación.

Asimismo en el fallo "Campagnoli, José María" (Sala III, 07/06/2006), recordó lo dicho por la Corte Suprema en "Llerena" acerca de que la

imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia.

Como dijo el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba -en un caso que se había recusado al Fiscal de instrucción por haber formulado declaraciones periodísticas ante el matutino “La Voz del Interior”- a través de la recusación y excusación de magistrados y funcionarios, la ley pone a resguardo la garantía del juez imparcial o de la objetividad del integrante del Ministerio Público en el caso concreto. Para que proceda el apartamiento del magistrado o funcionario, no ha de requerirse certeza sobre el trato inequitativo, sino que ha de bastar la sospecha del mismo, en función de la efectiva acreditación de la circunstancia objetiva contemplada por el legislador. Que, a falta de una expresa previsión de la situación objetiva que genere desconfianza, habrá de efectuarse una cuidadosa ponderación a los efectos de establecer si dicha circunstancia, objetivamente considerada, permite sostener una sospecha razonable acerca de la parcialidad del juez o funcionario. Es que aguardar una concreta y tangible afectación a raíz de la actuación interesada restaba eficacia a la garantía constitucional y por ello la sola acreditación de extremos objetivos que dieran base a razonables conjeturas sobre el proceder del magistrado o del miembro del Ministerio Público Fiscal resultaba suficiente para relevarlo de intervenir en dicha causa (Sent. n° 65 "Ramírez, Juana Beatriz p.s.a. portación de arma de guerra -Sala Penal- 5/07/2006).

Es por ello que, en ocasión de recusar al Fiscal Moldes -que como Fiscal de Cámara intervenía en la apelación del rechazo de la denuncia de Nisman- como defensora planteé que la actividad del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal debía integrarse dentro de los límites que establece la garantía del debido proceso legal, en tanto corresponde a este órgano la obligación de actuar en defensa de la legalidad y el efectivo cumplimiento del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional y las normas de la ley específica). Dichas prescripciones legales son las que determinan que su intervención deba regirse, sobre la base de nuestro actual sistema procesal, en función de un principio básico de objetividad. Esto es, en otras palabras, una exigencia que impone a los representantes del Ministerio Público Fiscal orientar su actividad funcional a la preservación y vigencia del estado de derecho, siendo la excusación y recusación los instrumentos que permiten asegurar acabadamente esta función.

Señalamos que el Fiscal Moldes había manifestado públicamente opinión sobre el valor de una de las piezas que fundamentaban la resolución apelada -la que además acompañaba documentos públicos importantes-, respecto de la cual la consideró como un delito. Que, por otra parte, había expresado públicamente el valor que le otorgaba a la denuncia cuyo rechazo era motivo de la apelación, antes de que fuera apreciada y rechazada por la justicia (2). Que otra circunstancia que daba sustento a nuestro temor era que teníamos en cuenta que una de las organizaciones de víctimas de la AMIA -“Memoria Activa”- lo había denunciado por un presunto interés que podría tener en otra causa de encubrimiento que tramitaba ante el Juzgado del Dr. Lijo, lo que daba lugar a robustecer la sospecha

acerca de la posibilidad de que pudiera existir un interés en el impulso de ésta causa. Por todo ello era que considerábamos que debía ser apartada su intervención en la causa y ser designado otro Fiscal que dictaminara sobre el mérito de la apelación interpuesta.

Por otra parte el Fiscal Moldes en ningún momento ocultó su clara posición frente al caso Nisman, respecto del cual siempre ha tenido públicas posiciones que han incluido la organización de actos, que lo alejaban notoriamente de una posición de objetividad en la consideración del caso como funcionario y que daban sustento al pedido de recusación, más allá de la valoración de la persona del Dr. Moldes con quien me unen muchos años de conocimiento que han incluido asimismo el trabajo conjunto en una lejana época.

Lo cierto es que el Fiscal Moldes intervino en la apelación y también intervinieron en el recurso de casación Magistrados que, en anteriores ocasiones, habían hecho conocer motivos que podían dar lugar a inhibición o recusación en causas vinculadas a la denuncia de Nisman, motivos que han considerado no aplicables a ésta última cuando hicieron lugar al recurso de casación -desistido por el Fiscal de dicha Cámara- y consideraron que podían revisar el mérito de la mentada denuncia que había sido rechazada hacía casi 2 años por las distintas instancias y no se presentaran nuevas pruebas que pudieran modificar el rechazo de la misma, circunstancia advertida por su colega de Sala.

Debe destacarse en tal sentido uno de los votos en el pronunciamiento de la Cámara de Casación -se trata del voto de la Jueza Figueroa- en el que, a diferencia de sus colegas, se advierte el cuidado del tema, al considerar que se trataba de una cuestión que hacía a la operatividad de las garantías del debido proceso y juez natural. Así, como cuestión previa, trata las cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia del Tribunal, que fueran planteadas por el Fiscal de Casación Dr. De Luca y por la defensa, en atención a la relevancia que tenía determinar de manera previa los jueces que se encontraban facultados para conocer en la causa, para lo cual recordaba que en tres de las cuatro Salas que conforman la Cámara Federal de Casación Penal había planteos de conexidad, vinculación o derivación en relación a diversos expedientes que tramitaban ante las Salas I, II y IV del Tribunal.

Manifiesta que tal planteo lo efectuaba, a fin de que se advirtiera que la intervención de esa Sala I a su entender constituía una irregular situación, que podía implicar que la decisión del juez o jueces que resolvieran la cuestión estuviera basada en criterios no objetivos y, por ello, contrarios a la garantía del juez natural y la imparcialidad que debía regir la actuación de los magistrados, tratándose de un tema no menor dado que el Poder Judicial de la Nación no puede ser utilizado a conveniencia de ninguna parte, sino que debe responder a un sistema estricto de organización interna conforme pautas y criterios previos, objetivos y uniformes.

Así señalaba que, mientras que en las causas No. 9728/2000 "*Galeano, Juan José y otros*" (por introducción de una falsa línea de investigación); No. 2925/1998 "*Vicat, Luis Ernesto y otros*" y 3446/2012 "*Velazco, Carlos Alfredo y*

otros” (por amenazas a testigos de la causa AMIA); No. 5624/1996 “*Castañeda, Carlos Antonio s/recurso de casación*” (por sustracción de medios de prueba) y No. 3184/2013 “*S/Amparo-Ley 16.986*” (conocida como “Memorándum”), en todas las cuales se habían denunciado irregularidades en la investigación de la causa AMIA intervenía la **Sala II**; en esta causa por la denuncia efectuada por Nisman lo hacía esa **Sala I** y la causa No. 14305/2015 por el recurso de casación de Héctor Timerman en los autos “*AMIA: Casación Federal habilita la continuidad de la investigación respecto de Héctor Timerman*” (por el delito de traición a la patria) tramitaba en la **Sala IV**. Por ello correspondía entonces prestar especial atención al fundamento por el que se sostuvo la radicación ante la Sala II de todas las causas vinculadas con el atentado a la AMIA, todas ellas por conexidad, vinculación o derivación tramitaba allí por tratarse de la Sala sorteada primigeniamente para intervenir en el atentado a la sede de la AMIA, siendo medular prestar atención a los objetos procesales que determinaron la formación de cada expediente y la razón por la cual **todos** ellos tramitaban ante la misma Sala II, por lo que habiéndose establecido una pluralidad de pautas y criterios, la ausencia de inhibición de esa Sala I para continuar entendiendo carecía de fundamentos y desatendía los principios que determinaban la conexidad de ese expediente con los radicados en la Sala II, que eran una mejor y más pronta administración de justicia, inspirada en razones de economía procesal, lo que aconsejaba que su investigación quedara a cargo de un único tribunal (Fallos: 330:1172, 1618) (3).

En tal marco relevaba los distintos elementos que fundaban su posición a favor de mantener el mismo criterio histórico que se había adoptado en casos de idénticas características, porque era la decisión que no solo exhibía mayor coherencia, sino porque disipaba sospechas de parcialidad que fueran planteadas por las partes y determinaba la aplicación de criterios objetivos en la distribución de las investigaciones, evitando el riesgo de multiplicidad de prueba y decisiones contradictorias por parte de distintos magistrados. Así a partir del atentado ocurrido el 18 de julio de 1994 y la formación de la correspondiente causa, en estos más de 22 años, se habían originado nuevas denuncias e investigaciones a consecuencia del trámite verificado en dicha causa originaria, las que siempre tuvieron radicación y resoluciones emanadas de la Sala II, hasta que -por la denuncia de Nisman- en el año 2015 ingresó la causa “*Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/encubrimiento (Art. 277)*” y fue sorteada la Sala I y luego, en el año 2016, para la causa No. 14305 fue sorteada la Sala IV. Es decir, que había operado la modificación de un criterio sostenido históricamente y por diversos magistrados, por lo que a partir del 2015 las nuevas causas donde se investigaran encubrimientos al atentado a la AMIA ya no serían conexas, ni vinculadas, ni derivadas, con su investigación.

Ahora bien, el **objeto procesal** de ésta causa se circunscribía a la hipótesis que el uso del “*Memorándum*” (del cual el análisis de su constitucionalidad tramitó en la Sala II) podía implicar una maniobra de encubrimiento del atentado. Entonces la pregunta que se imponía formularse es cuál era la diferencia respecto a las causas “*Galeano*”, “*Vicat*”, “*Velazco*”, “*Castañeda*”, “*Memorándum*”

s/amparo” -sobre las que medió declaración de conexidad, vinculación o derivación- que tramitaban en la Sala II por tratarse de investigaciones de hechos de encubrimiento o entorpecimiento de la investigación principal del atentado a la sede de la AMIA, con esta causa donde se denunciaron presuntos ilícitos por el uso el “Memorandum”. Ello así, por cuanto si para analizar el contenido del instrumento internacional y su constitucionalidad se consideró que debía hacerse por el mismo tribunal que tenía la causa principal del atentado, para el estudio de la hipótesis denunciada en orden a que la finalidad del instrumento internacional sería encubrir a los responsables, era congruente y razonable que el tribunal competente también sea la Sala II, porque puede tener vinculación con la causa principal. A lo que debe agregarse que la pretensa querellante alegaba como fundamento de su solicitud de reapertura de la denuncia la firmeza que adquirió la declaración de inconstitucionalidad del “Memorándum”, argumento que más allá de su acierto y pertinencia, evidencia que la “nueva prueba” se vincula con el amparo que tramitó ante la Sala II.

Asimismo trata este voto las anteriores **inhibiciones de los jueces de la Cámara en la causa AMIA**, señalando los motivos y los términos en que varios magistrados presentaron excusaciones en las causas *conexas o vinculadas* con la explosión, que demostraban el reconocimiento de conexidades y vinculaciones entre diversos expedientes que habían motivado la intervención de la Sala II y la aplicación de criterios extensivos a inhibiciones presentadas en algún incidente a los principales o en una causa a las vinculadas o conexas y señala que las excusaciones fueron aceptadas por parte de los magistrados de esa Cámara (4).

Agrega que, por otro lado, esa Cámara ya había tenido ocasión de pronunciarse en Pleno respecto a cuestiones idénticas a las que aquí planteaban las partes: las posibles conexidades, vinculaciones y derivaciones fueron resueltas en **Acuerdo Plenario el 18/5/2006** en la Resolución n° **65/06** adoptada por los jueces Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Ángela E. Ledesma, Amelia L. Berraz de Vidal, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, y Héctor Guillermo Vidal Albarracín –en calidad de conjuez- en el marco de la contienda negativa de competencia suscitada entre las Salas I y II en la causa “*Castañeda, Carlos A.*”, en la que se analizaban las denuncias por irregularidades por parte de funcionarios públicos en la investigación. En dicha resolución plenaria se dispuso la intervención de la Sala II para conocer en dichas actuaciones “...*en mérito a la previsión del artículo 41 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación que dispone que las causas serán conexas cuando un delito autónomo hubiese sido cometido para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad...*”, extremos que se consideraron presentes en el caso en el que se investigó la sustracción de diversos elementos de prueba destinados a servir de prueba en la causa AMIA. Y se concluyó que “... *ese especial acto de encubrimiento por el que se condenó al nombrado (art. 255 del Código Penal), no tendría otro destino que el de entorpecer la investigación del atentado a la entidad citada, sucesos estos actualmente en estudio en la Sala II...*”, haciendo referencia a las causas 5667 y 5673 “*Telleldín, Carlos Alberto*”. Se concluyó recordando que la prórroga de competencia por conexidad objetiva persigue la “*fusión de todas las actuaciones originadas en un mismo contexto en un solo proceso y se justifica*

con el fin de procurar que no existan pronunciamientos contradictorios”; que “las incriminaciones penales se encuentran de alguna manera vinculadas entre sí, independientemente de que medie relación entre los imputados, por lo que en estos supuestos la ley considera conveniente que sea un solo Tribunal el que intervenga en todos los casos, más aún cuando la prueba emergente de una investigación pueda influir en la otra habida cuenta la comunidad probatoria existente”; y que “al ser el mismo tribunal el que juzgue el contexto en que se habría producido la sustracción de los medios de prueba, va a estar en mejor posición para efectuar una valoración integral de su entidad probatoria”.

Agregaba la Dra. Figueroa la conexidad/vinculación entre la causa donde se analizó la constitucionalidad de la firma del memorándum, con el procedimiento de ésta causa donde se denuncia a diversos individuos por haber encubierto la investigación de la AMIA mediante la suscripción de ese instrumento, que lleva ínsito el análisis de algunos de sus artículos –alertas rojas, imputados alcanzados, entre otros- y las idénticas características que reviste esta causa con las caratuladas “Galeano”, “Castañeda”, “Vicat” y “Velazco”, todas conexas o vinculadas con AMIA y en trámite por eso ante la Sala II por compartir como elemento común el entorpecimiento de la investigación, por lo que no existía modo válido de establecer una excepción a lo que se había hecho históricamente en todas las causas conocidas como AMIA -principal, conexas o vinculadas-, durante muchísimos años, hasta el arribo en 2015 de esta causa, ocasión en la que operó un cambio radical de las reglas seguidas por la Cámara de Casación. Consideraba que no había fundamento para que excusaciones antes aceptadas en el seno del mismo Tribunal por parte de los mismos jueces, al día de hoy no signifiquen lo que significaban, ni alcance a situaciones expresamente mencionadas al momento de inhibirse.

Recuerda finalmente la multiplicidad de notas periodísticas recientes donde se aludiera al empleo del conocido mecanismo de “*forum shopping*”, cuya traducción sería “foro de conveniencia” en su acepción legal en el derecho internacional privado. Advertía que la posición expuesta se dirigía justamente a eliminar toda sospecha de empleo de dicho mecanismo, garantizar a las partes un trato sin favoritismos, el respeto de reglas a las que ese Cuerpo se había sujetado en situaciones idénticas a la aquí planteada y el llamado de atención sobre prácticas que debilitaban la credibilidad del Poder Judicial Argentino por parte de la sociedad, ya que el sistema de competencias, conexidades, vinculaciones y derivaciones no podía responder o variar según los tiempos al momento de ser resueltos. Es por ello que consideraba que correspondía suspender el trámite de los recursos hasta tanto se dirimiera la cuestión vinculada a la competencia. Sin perjuicio de lo cual entendía no correspondía a esa Sala resolver respecto del recurso de casación traído a estudio por la pretensa querellante. Cuestión en la cual quedó en minoría.

En otro de los planteos minoritarios, pero no por eso menos importante, la Dra. Figueroa agrega que no coincidía con la solución propuesta por el juez que lideraba el Acuerdo -y al que adhiriera su otro colega- en torno al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la

Cámara Federal de Apelaciones y el posterior desistimiento que de aquél efectuó el Fiscal General ante esa Cámara de Casación, Dr. Javier De Luca, refiriéndose al principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y a lo dispuesto en la ley 27.148. Por ello consideraba que su posición -así como la que efectuara en la anterior radicación de la causa en esa instancia- expresaba la posición que mantiene el Ministerio Público Fiscal en relación a la plataforma fáctica sobre la que se articuló la denuncia que dio inicio a la causa, donde concluye que los hechos que se describen no configuran delito. A partir de ello, advertía una seria contradicción entre la actuación de los fiscales de las instancias inferiores con el criterio jurídico penal sostenido por su superior, en conflicto con los principios funcionales del Ministerio Fiscal.

De tal manera, como consecuencia del principio de unidad de actuación y de la organización jerárquica del Ministerio Público Fiscal, resultaba de relevancia pronunciarse en concreto sobre el recurso de dicha parte, pues **una vez desistido en los términos y por los motivos expuestos por el Fiscal General ante esta Cámara en sus dos presentaciones, el organismo acotaba su intervención al control de la legalidad del proceso y a la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos** en los que la República sea parte, conforme se establece en el art. 120 de la CN y art. art. 1º Ley N° 27.148, en tanto había desistido de su pretensión acusadora y tal rol se mantiene en esos términos para todas las instancias procesales en que se radiquen las actuaciones y sin perjuicio de que intervenga uno u otro fiscal. En consecuencia y conforme lo dictaminado por el Fiscal en esa instancia, disenta con lo postulado por el juez Hornos en su voto, ya que no habiendo sostenido el recurso, **debía tenerse por desistido el recurso de casación interpuesto**, atento que sostener lo contrario implicaba una inadecuada interferencia del Poder Judicial sobre decisiones de otro poder, contraria a la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal establecida en la Constitución Nacional.

También la Dra. Figueroa trataba sobre la **legalidad de la prueba aportada**, ya que surgía un grave interrogante en torno a uno de los dos elementos de prueba invocados por la querrela como novedosos por la posibilidad de valorar la prueba respecto de la cual no se había podido descartar un posible origen ilegal, refiriéndose así al audio de la comunicación telefónica mantenida entre Guillermo Borger y el entonces Canciller Héctor Timerman y a la forma en que ésta fue introducida en este expediente para consideración de los magistrados. Ello porque consideraba que uno de los pilares del estado de derecho radica en que el Estado no puede beneficiarse por el resultado de un ilícito, lo que configura el fundamento ético que establece la exclusión probatoria de la prueba ilegalmente obtenida, de manera que no cabía sino dar a esta cuestión tratamiento prioritario cuando el Estado se encuentra frente a la posibilidad de que esa prueba sea utilizada en una investigación (o, como en el caso, para motivar la activación o reactivación de ella) (5). Afirmaba que, en este estado de las cosas, un estudio riguroso de la cuestión sometida a revisión de esa Cámara, debería conducir a los magistrados a estudiar primero la licitud del “nuevo elemento” aportado y, superado dicho estándar, recién allí analizar su

gravitación en la acreditación de la hipótesis denunciada. Es decir que no se podía sostener la decisión de reapertura de la investigación en el contenido de una comunicación telefónica, cuyo origen pudo haber sido subrepticio y cuya utilización podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En tanto ello no se investigue y descarte, toda decisión que importara la continuidad de la pesquisa debía fundarse en la justipreciación integral, correlacionada y armónica de los demás elementos invocados por el recurrente, excluyendo prueba de origen ilícito.

En ninguno de sus importantes planteos tuvo éxito, siendo su voto minoritario.

Por otra parte conformaron la Sala dos jueces los Dres. Hornos y Borinsky, quienes en otras causas se habían excusado. En el año 2012 el Dr. Hornos -en la causa No. 13.767 de la Sala II-, expuso las circunstancias que deberían producir su “*abstención*” en “*las causas relativas al criminal ataque terrorista a la sede de la AMIA y de la DAIA y respecto de los procesos en los que se investigan delitos cometidos en su tramitación*”, por haber tenido alguna intervención como Fiscal. Hizo saber que ya le habían hecho lugar a excusaciones que él solicitara en la Sala II y III como en el Pleno del Cuerpo al momento de decidir “*una cuestión planteada entre la Sala I y II receptó favorablemente mi excusación en la causa caratulada “Castañeda, Carlos Antonio s/recurso de casación”*. Ello porque por “*...la estrecha vinculación existente entre aquellas actuaciones y las presentes...*”; “*considero mi deber presentar a vuestro alto criterio mi excusación para conocer en esta causa y en aquellas relativas al criminal ataque terrorista a la sede de la AMIA y de la DAIA y respecto de los procesos en los que se investigan delitos cometidos en su tramitación*”.

Por su parte el Dr. Borinsky, en el año 2013 -también en la causa 13.767-, informaba que “*de la compulsa de las actuaciones, observo que en razón del objeto procesal investigado en la presente causa, existe una vinculación con el expediente nro. 9789/00 caratulado ‘Galeano Juan José y otros s/malversación de caudales’*”, y por advertir “*que algunas de las partes que integran aquel proceso, también se encuentran constituidas como sujetos procesales en la presente, motivo que también refuerza la vinculación entre ambos expedientes*”, por razones de decoro y delicadeza y en aras de procurar afianzar la confianza de las partes en el proceso de la administración de justicia, ponía a consideración de sus colegas que resolvieran si debía intervenir en las actuaciones.

Circunstancias en ambos casos que no advirtieran para su intervención en el año 2016 en el recurso por el rechazo de la denuncia de Nisman.

Considero que los jueces deberían ser más cuidadosos cuando se plantean recusaciones, para asegurar un adecuado servicio de justicia. En este caso no se admitieron respecto de jueces que ya anteriormente se habían excusado de intervenir en causas vinculadas al atentado a la AMIA, como asimismo se rechazó la recusación al Fiscal de Cámara Moldes, quien por otra parte se encargó de demostrar claramente su posición al organizar e intervenir en actos demostrativos de su parcial

posición en cualquier causa ligada a Nisman y que deja un amargo sabor de no haber recibido adecuada respuesta de la justicia a quienes actuamos en la causa.

Por otra parte cabe recordar y repetir una reflexión que la Dra. Figueroa planteara en su voto acerca de que, en la sociedad mediática en la que vivimos, debe recordarse que las “diligencias conducentes” para conocer los hechos del pasado, que podrían configurar eventualmente una conducta delictiva, jamás pueden ser los dimes y diretes publicados por la prensa o por los medios de comunicación masivos, cuya información y reproducción no tienen la rigurosidad, responsabilidad ni formalidad que impone todo proceso penal.

Lucila E. Larrandart

Profesora Consulta de Derecho Penal y Procesal Penal. Facultad de Derecho. UBA
Ex Directora del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. UBA.
Ex Jueza de Cámara de Tribunal Oral en lo Criminal Federal

(1) Ponía como ejemplo, la ley 23.521 de obediencia debida (más allá de su inconstitucionalidad o posterior nulidad), que significó en su momento la impunidad de varios cientos de personas y no era posible considerar que ese había sido un acto de encubrimiento por favorecimiento personal de parte de quienes la proyectaron, los legisladores que la votaron, el presidente que la promulgó y los jueces que, en su momento, la aplicaron en los casos sometidos a su jurisdicción.

El Memorándum entre nuestro país e Irán, motivo de la denuncia, había sido gestionado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Poder Legislativo, respecto de personas imputadas que estaban citadas a prestar declaración indagatoria, pero que se negaban a presentarse, que fueron declarados en rebeldía y tenían orden de captura, por lo que el proceso estaba detenido a su respecto en una etapa muy anterior al juicio oral, no pudiéndose avanzar. En ese contexto, se desprendía de la simple lectura del Memorándum que el acuerdo no pretendía otra cosa que traer a derecho a esas personas para que declararan ante el juez de la causa, para que ejercieran su defensa y el proceso pudiera avanzar.

Asimismo señalaba que la confabulación o conspiración no es la “ayuda” típica del encubrimiento. En nuestro derecho penal no existe el delito de conspiración (la vieja *conspiracy* anglosajona). Ni siquiera la asociación ilícita (art. 210 CP) es similar a la conspiración o confabulación, porque nuestro derecho positivo exige la pertenencia a una banda que debe tener cierta permanencia y el fin de cometer delitos indeterminados y no uno determinado. La confabulación o conspiración castiga conductas previas al comienzo de ejecución del delito al que refieren y no deben ser confundidas con las tentativas de esos delitos (art. 42 CP).

Acotaba el Dr. De Luca que en varios razonamientos de la hipótesis acusadora y en el voto en disidencia de la resolución de la Cámara Federal se observaba esta confusión, al pretender que ya constituían actos de tentativa de encubrimiento o de encubrimiento consumado, una serie de conductas que revelarían acuerdos entre dos o más personas para gestionar y concretar acuerdos con una potencia extranjera con el fin de favorecer a unos prófugos. Siendo que esas negociaciones o gestiones no constituyen delito en la Argentina, porque el objetivo a alcanzar es algo que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pueden constitucionalmente hacer. El verbo ayudar en el artículo 277 CP, que reprime el encubrimiento mediante el favorecimiento personal, nunca puede ser interpretado del modo amplio e impreciso en que se lo hacía en la hipótesis del requerimiento fiscal de instrucción.

(2) Así en el escrito presentado se señalaba que la relación entre la denuncia de Nisman y la denominada “marcha de los fiscales” había sido puesta de manifiesto de manera explícita por el Dr. Moldes. En declaraciones periodísticas, el Fiscal General se había presentado como activo organizador de la marcha y señaló: “Nosotros estamos rindiendo un tributo a la memoria de un colega, al que yo no conocí, que murió injustamente a raíz de un acto de coraje con una denuncia que el radicó” (<https://www.youtube.com/watch?v=5g0wYU7GAr8>), lo cual, indudablemente, expresaba la opinión previa que ya tenía el Fiscal Moldes sobre la denuncia presentada por Nisman.

Que, en este mismo sentido, en declaraciones al diario La Nación, había señalado: “Es imposible separar la muerte de Nisman de la denuncia previa que había presentado contra la presidenta Cristina Kirchner y de la presentación que al día siguiente de su muerte iba a hacer en el Congreso. Es una secuencia que se explica por sí sola que fue una muerte política. A Nisman no lo mataron por una deuda de juego, ni fue un motochorro”. (Domingo 15 de febrero de 2015. La muerte del fiscal / Polémica por la marcha del silencio). En la misma

nota se lee que Alberto Nisman tuvo valor al presentar una denuncia y ese coraje le costó la vida. “Su muerte fue política y nosotros marcharemos en silencio, como señal de congoja. No alentamos expresiones ni en favor ni en contra del Gobierno, sino silencio en señal de homenaje”, afirmó el fiscal ante la Cámara Federal porteña, Germán Moldes, uno de los funcionarios que se pusieron al frente de la marcha del 18-F.

Que en otra entrevista expresaba “a mí lo que me parece es que hay un sentimiento extendido no solamente aquí sino si uno lee los diarios del mundo, que dice que el Gobierno tiene una dosis alta de responsabilidad en esta muerte, yo no sé si directa o indirecta, si por acción, si por omisión, si por torpeza, si por descuido, si por ineptitud, no lo sé. Pero sí sé que dentro de esa responsabilidad que el público en general le asigna al Gobierno, la Procuración General de la Nación tiene una participación cuantiosa, enorme..... si un fiscal denuncia a la Presidente de la República, a su canciller, a su diputado estrella, a una secundaria galería de tristes personajes de sainete, que si usted quiere después más tarde los analizamos, y no se incrementa la protección, no se toman las medidas efectivas que eviten que ocurran hechos como los que han sucedido, bueno, evidentemente me parece que algo está mal” (Link audio: <http://www.goear.com/listen/67e3a05/moldes-miedo-radio-america-7-2-2015-moldes>).

(3) Así informaba que en la causa “**Galeano**” se encontraban imputados diversos funcionarios públicos, denunciados por haber encubierto la investigación del atentado, en la que se estaba celebrando el debate en el juicio y en el que la plataforma fáctica atribuida era el pago a uno de los acusados de la conexión local, Carlos Telledín, para que acusara a ex policías bonaerenses, que luego fueron absueltos de dicho atentado y haber introducido una línea de investigación falsa, denominada “pista siria”, todo ello con el objeto de encubrir a los verdaderos autores de la explosión. En la causa “**Castañeda**”, con fecha 29/6/2005 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 condenó a Carlos Antonio Castañeda como autor del delito de sustracción de objetos destinados a servir como prueba ante la autoridad competente en forma reiterada –dos hechos-, en la que el hecho era haber entorpecido la investigación mediante la sustracción de medios de prueba que formaban parte de la investigación del atentado a fin de lograr la impunidad de sus responsables.

Luego arribaron a la Sala II por conexidad/vinculación las causas “**Vicat**” y “**Velazco**”, que también involucraban a funcionarios y particulares, a quienes se les atribuía haber entorpecido la investigación de la explosión de la “AMIA”, mediante amenazas a testigos. Finalmente, se remitió por conexidad/vinculación la causa s/Amparo – Ley 16.986- a la Sala II, en la que el tema a resolver era la adecuación constitucional y convencional de dicho instrumento.

(4) Señalaba que en el año **2008** se excusaron en la causa n° 8990 “Galeano, Juan José”, en la Sala II, los jueces **W. Gustavo Mitchell, Juan E. Fégoli y Pedro R. David**. En el año **2011**, se excusó en la causa n° 13767 “Ribelli, Juan José” y “*del conocimiento de todas las causas relativas a tal ataque y a las irregularidades de su investigación*”, el **Juez Alejandro W. Slokar** por haber intervenido por el Ministerio de Justicia como querellante en las actuaciones vinculadas con el ataque a la sede de la AMIA. En el año **2012**, en la causa n° 13.767 de la Sala II el **Juez Gustavo M. Hornos** expuso las circunstancias que deberían producir su “*abstención*”. En el año **2013** se excusaron: la **Jueza Liliana E. Catucci** por encontrarse “*comprendida en la causal prevista en el artículo 55, inciso 9º del Código Procesal Penal*” en los autos n° 13767 “Ribelli” y sus acollarados; el **Juez Mariano H. Borinsky** manifestó que había vinculación de la causa 13767 con la causa 9789 caratulada “Galeano” por malversación de caudales, en la que había intervenido “*en cuyo marco se han sustanciado diversos incidentes que tramitan ante esa Sala de manera conexa*” y el **Juez Eduardo R. Riggi** en la causa 1173/2013 “Vicac, Luis Ernesto” “*y en sus vinculadas*” en razón de la relación de parentesco que en un breve lapso mantendría con su consuegro, imputado en las actuaciones.

Y actualmente en la totalidad de los expedientes en trámite ante la Sala II conexos o vinculados con “AMIA” (causa “Ribelli”) intervenían los Jueces **Ángela E. Ledesma, Juan C. Gemignani** y quien emitía este voto.

(5) Señalaba que en este caso, nos encontrábamos frente a la grabación de una comunicación telefónica cuyos intervinientes negaron haber grabado y cuyo origen se desconoce, que fue introducida en al menos dos expedientes penales y publicada en los medios de comunicación, todo ello sin que se conociera o se investigara su verdadera procedencia y legalidad. Que ya había tenido oportunidad de sostener en un anterior pronunciamiento que no debían convalidarse las intromisiones arbitrarias o ilegales en la esfera privada de las personas, bajo falsos pretextos de eficacia, contrariando garantías fundamentales que gozan de especial protección constitucional (causa “**Aguiar Luna, Iván Guillermo s/recurso de casación**” del 30/11/16).

Sobre esa base, afirmó que no constituye un acto jurisdiccional válido aquel que resulta ser derivación de una información contraria a los principios y garantías de intimidad. Ello pues resulta inválida la sindicación obtenida a partir de una declaración viciada, toda vez que el resguardo constitucional y convencional de los principios y garantías antes mencionados, conduce a la exclusión de las informaciones y elementos de convicción obtenidos por tales medios. Citaba fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “**Tristán Donoso**” y en el caso “**Escher y otros vs. Brasil**”. Que todo ello la conducía a concluir que la justicia no podía avanzar en la evaluación del contenido de un elemento probatorio -aportado por una de las partes como acreditación de un extremo incluido en la denuncia-, cuando existían serias dudas sobre la legalidad de su procedencia y por lo tanto, podía encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado

Argentino frente a la comunidad internacional por la trasgresión a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, tanto por su interceptación, grabación, divulgación o difusión y la pretensión de su utilización como prueba de cargo, en el marco de la acusación penal dirigida contra uno de los interlocutores.

Bibliografía

Bovino Alberto "La persecución penal pública en el Derecho Anglosajón" en Pena y Estado N°2. Bs.As., 1997

Cafferata Nores José I. "Garantías y sistema constitucional", en Revista de Derecho Penal 2001-1

"Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas" Fundamentos del proyecto presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación, expediente 1.581-D.-98 del 1 de abril de 1998. Imprenta del Congreso de la Nación.

Clariá Olmedo Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal T. I, II y III, Ediar, Bs.As. 1960, 1962 y 1963

Chichizola Luis M. "Criterio objetivo del Ministerio Público" Revista de Derecho Penal, Año 2001-1 Garantías constitucionales y nulidades procesales-I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2002.

D'Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación, Abeledo-Perrot, Bs.As., 2005

Donna Edgardo y Maiza María Cecilia Código Procesal Penal, Astrea, Bs.As., 1994

Grisetti Ricardo Alberto "El criterio de objetividad como exigencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal" eDial.com - DC16D3 27/09/2011

Maier Julio B.J. Derecho Procesal Penal t I y II Editores del Puerto, Bs.As., 1996 y 2003

"El Ministerio Público: ¿un adolescente?" en El Ministerio Público en el Proceso Penal, Ad-Hoc, 1993

Roxin Claus "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Bs. As., 2000.

"Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en El Ministerio Público en el Proceso Penal, AD.HOC., 1993

Vázquez Rossi Jorge E., Derecho Procesal Penal T.II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe

Vélez Mariconde Derecho Procesal Penal T I, Lerner, Bs.As., 1968
