

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

//////////nos Aires, 15 de agosto de 2014.-

I.-) Celebrada la audiencia y la deliberación pertinentes previstas en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, trataremos el recurso de apelación interpuesto por la querrela (ver fs.127/132), contra los puntos II y III del auto de fs.120/124 que decretó el sobreseimiento de R. A. G. e impuso las costas a la vencida.-

II.-) En la audiencia estuvieron presentes por un lado, los acusadores privados, Dres. Francisco D'Albora y Mariana Sica y, por el otro, la Defensora Oficial, Dra. Viviana Paoloni, quien ejerció el derecho a réplica.-

En primer lugar, los recurrentes dijeron que el dictamen fiscal no era vinculante para el juez pues la instrucción fue impulsada y el querellante podía actuar en solitario.-

Expusieron que la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires promovió un proceso, no contradictorio, ante el Juez Contencioso Administrativo y Tributario, Dr. R. A. G., a fin de solicitar la autorización judicial para inhumar cadáveres depositados en las morgues de distintos hospitales públicos.-

Hicieron hincapié en que la petición se sustentaba en hechos no controvertidos por lo que no era necesario que el magistrado practicara ninguna diligencia probatoria.-

A criterio de la parte, si G. advirtió irregularidades en la documentación aportada por la actora que podían constituir delitos, debió extraer testimonios para que la justicia penal llevara a cabo la pertinente investigación. Sin embargo, de oficio allanó y secuestró libros de nosocomios, restos humanos de la morgue del Hospital, fetos, etc, documentos a la propia Procuración, desconociéndose su destino y comprometió con su actuar, la validez procesal de toda la prueba que incorporó.-

Calificó su conducta en el tipo legal previsto en el art.248 del Código Penal al entender que el Juez se excedió en el ejercicio de su jurisdicción.-

Fundó su postura, por un lado, en el art.13 inc.8° de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires que prescribe que “*el allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenados por el juez competente*” (sic), en tanto el Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario carecía de jurisdicción para concretar esa medida de coerción, máxime cuando el allanamiento sólo está previsto en los supuestos de ejecución de sentencias.-

Por otra parte, también lo hizo en el art.302 del citado cuerpo normativo que indica que “*la prueba debe producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el tribunal disponga (...) siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso*” (sic), pues no hay duda que en el caso se ha afectado los intereses de terceros, sobre todo de la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires que era la única parte en un proceso no contradictorio.-

Por último, en su art.29 inc.2 d.-), por cuanto si bien esa norma faculta a los jueces a “*ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos*”, ello lo es en aras de buscar exclusivamente la verdad de los “hechos controvertidos”, extremo que no se verificaba por las razones indicadas.-

En cuanto al segundo evento, al que calificó de violación de secretos, explicó la querrela que G. había ordenado a la Policía Federal la filmación de las diligencias y, el 18 de agosto de 2013, el canal la emitió por televisión cuando ello no debió haber ocurrido pues, para entonces, ya se había radicado la denuncia penal y debía evitarse la publicidad de esa prueba a terceros.-

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

La Procuración solicitó que se escuchara a los funcionarios y al secretario del juzgado para que explicaran quién había entregado la copia del video a los medios de comunicación pero no tuvo éxito.-

Finalmente y en caso de que el Tribunal entendiera que corresponde confirmar la decisión adoptada, considera la apelante que no debió imponerse las costas a la vencida pues el organismo público efectuó la denuncia pertinente porque era su deber legal.-

La Dra. Paoloni, Defensora Pública Oficial en su réplica, solicitó se confirme la resolución apelada. Explicó que la decisión que adoptó G. (ver copias de fs.71/75), fue producto de las graves y reiteradas irregularidades advertidas en diez expedientes en los que la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires peticionaba la inhumación de cuerpos y que las medidas se practicaron de forma “global” en un incidente que se formó especialmente para tal fin.-

Señaló que hubo razonabilidad en lo dispuesto y que todo giraba en torno a una disputa entre dos organismos administrativos. No se trató de allanamientos de moradas, por lo que no había expectativa de privacidad para oponerse y, en definitiva, la Sala III de la Cámara en lo Contencioso y Tributario de la ciudad rechazó la recusación articulada.-

Como sustento normativo de su alegato, la defensa citó el art.29 inc.2° del código de procedimientos que prevé la facultad de dictar medidas de mejor proveer como así también un artículo de Carlos F. Balbín relacionado con aquella disposición que comenta que se trata de un instrumento básico del Juez para conocer la verdad real.-

Concluyó que no se utilizó la función pública para violar la constitución, que las Salas IV y V de esta Cámara han confirmado los sobreseimientos de G. en otras actuaciones y que, concluir que los allanamientos por él ordenados fueron producto de un

delito, generaría consecuencias perjudiciales en la causa penal que actualmente tramita en el fuero federal donde se investiga la presunta comisión de los delitos de supresión de identidad, infracción a la ley de residuos patogénicos, etc.-

El Juez Ricardo Matías Pinto dijo:

En primer término corresponde reseñar que pese a la solicitud de sobreseimiento propuesta por el Sr. Agente Fiscal la querrela se encuentra facultada para recurrir ante esta Cámara de acuerdo a la postura de esta Sala expuesta en distintos precedentes en tanto se le acuerda esta facultad al querellante. Por otro lado también se advierte que el Sr. Agente Fiscal quien tenía delegada la investigación realizó medidas de prueba, por lo cual se constata que existe impulso inicial del proceso y es así que también por esta razón la querrela se encontraba habilitada para continuar con el proceso con independencia del criterio del Sr. Fiscal.

Resuelta esta primera cuestión ante el planteo de la defensa, para analizar el recurso debe evaluarse la hipótesis delictiva propuesta por el quejoso a la luz de la doctrina. En este sentido el artículo 248 del Código Penal que se peticiona resulte aplicado a la conducta reprochada es considerado como un *abuso funcional*, es decir, el empleo de la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes.

Sebastián Soler explica que “(...) *el funcionario que se equivoca sea cual sea la fuente de su error, no comete abuso, ya que aun cuando pueda afirmarse que ese acto hay error, no comete abuso, ya que aun cuando pueda afirmarse que ese acto hay error, no podrá decirse que hay falsedad, mentira y, en consecuencia malicia (...) Sólo así es posible explicar porque no son abusos de autoridad ciertos hechos groseramente contrarios a la ley y hasta la Constitución...*” (Derecho Penal Argentino, Tomo V, p. 154 y ss, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951)

Un acto no es abusivo por su mera disconformidad con el orden jurídico o por su uso incorrecto, sino porque su esencia

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

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 (Buompadre, Jorge E., “Delitos contra la Administración Pública”, págs.137 y ss., Editorial Mave, Buenos Aires, 2001).-

Se ha señalado que la conducta del funcionario implica un abuso genérico de autoridad cuando constituye una facultad que ni la Constitución ni la ley le atribuyen, pues, o está prohibida específicamente o no ha sido concedida a ningún funcionario o cuando la actividad de aquél se apoya en una facultad concedida por la ley pero se ejerce arbitrariamente por no darse los supuestos de hecho requeridos para su ejercicio.-

“No se abusa simplemente aplicando mal o equivocadamente la Constitución o la ley, sino cuando el acto funcional que se realiza está prohibido por el orden jurídico o, no estándolo, se lo ejerce arbitrariamente” (Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Código Penal” y normas complementarias, págs.366 y ss., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011).-

La ilegalidad del acto no radica meramente en su contradicción con las normas que refiere el texto legal. Por el contrario, *“es esencial considerar que lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública, en tanto es utilizada como instrumento para violar la Constitución o las leyes”*. En esta inteligencia debe repararse que el tipo subjetivo del delito permite delimitar el contenido ilícito a las conductas en tanto se exterioriza allí el carácter abusivo o arbitrario del actuar descripto en el tipo objetivo. *“Teniendo en cuenta que la finalidad de esta figura consiste en sancionar conductas que impliquen la utilización de la función pública como instrumento para violar la Constitución y las leyes, se han establecido exigencias subjetivas con el objeto de adecuar la interpretación de este tipo penal a la referida intención legislativa y evitar que sea aplicado desmedidamente alcanzando situaciones que no revistan la relevancia*

penal mencionada. En consecuencia, se ha sostenido que este delito requiere ser cometido maliciosamente, es decir a sabiendas de la contrariedad del acto o la omisión con la Constitución o la ley” (D’Alessio, Andrés José, “Código Penal”, Parte Especial, comentado y anotado, Divito, Mauro, Coordinador, págs.795 y ss., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004).-

La situación expuesta por la doctrina no se presenta en el caso de autos. Para llegar a esta solución debe repararse en lo debatible de la decisión adoptada por el imputado en su condición de Juez Contencioso Administrativo y Tributario que surge de la normativa procesal que le brindaba competencia y el asunto sometido a su conocimiento como se expondrá.

El acto cuestionado se exterioriza en el marco de un proceso especial, radicado en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°....., iniciado a instancias del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires que solicita la autorización judicial para inhumar óbitos depositados en diversas morgues de hospitales públicos de este éjido capitalino. El informe actuarial de fs.65/70, cuya confección dispuso el magistrado y cuyo contenido no fue cuestionado por la parte actora, ilustra las numerosas irregularidades que habrían sido halladas en la documentación presentada por la Administración, lo que impedía, a criterio del juez, otorgar la autorización judicial requerida. Es que, la falta de identificación de los cadáveres, la ausencia de consignación de las fechas de las muertes y/o el modo en que se había verificado ese extremo, imposibilitaba la inscripción de las defunciones en el Registro Civil y/o el otorgamiento de las licencias de inhumación pedidas.-

En este contexto, con sustento a lo normado en el art.29 inc. 2° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires y para “llegar a la verdad material” (ver fs.72 “*in fine*”), el imputado G. ordenó diversos allanamientos en hospitales públicos a fin de determinar si los cadáveres cuya inhumación se solicitaba estaban efectivamente allí depositados e

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

incautar las historias clínicas y documentos que permitieran su identificación.-

La decisión del magistrado que la querrela califica como abusiva debe ser analizada entonces en el marco en la que ha sido dictada y para ello resulta necesario examinar la situación planteada en el legajo sometido a su estudio y la normativa que podía aplicarse. Es así que más allá de su acierto o error no se advierte una conducta que pueda ser considerada como un acto abusivo pues no aparece dictado con el propósito de contrariar la constitución o las leyes sino ejecutado en el ámbito de aquella normativa que puede interpretarse faculta la concreción de diligencias de oficio aún, eventualmente, ante la oposición de las partes (Balbín, Carlos F., Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, págs.257 y ss., Editorial Abeledo Perrot, 2012).

Téngase en consideración que el Código Contencioso Administrativo y Tributario en el art. 302 prescribe que *“la prueba debe producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por lo que el tribunal disponga ... siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligencian aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el tribunal”*. Dentro de las medidas para mejor proveer que establece el art. 29 del código citado la doctrina explica que son el instrumento que tiene el juez para buscar la verdad real y tienden a satisfacer el interés público. (Balbín, ob. cit. P. 259). Este autor señala que la discusión se plantea en lo referente a la aplicación de medidas de oficio prevista en el art. 29 inc. 2º en los procesos no prescriptos. Justamente éste es el supuesto analizado por cuanto la intervención en función del pedido de inhumación de cadáveres no se advierte claramente en la norma procesal, por lo cual la doctrina no tiene una solución clara en este aspecto (Balbín, ob. cit. p. 263 y ss). De allí que el argumento usado por el quejoso en tanto el pedido no versaba sobre

una demanda que aparejaba un contradictorio no puede prosperar porque lo cierto es que no puede descartarse en forma categórica que el Juez en búsqueda de la verdad para resolver el pedido pudiera ordenar el secuestro de la documentación de la forma cuestionada máxime ante el interés público en consideración de acuerdo a las irregularidades que había advertido. Por ello, esta manera de recolectar documentos y prueba no puede ser descripta como abusiva porque constituyó el diligenciamiento de requerimientos en hospitales públicos y una oficina pública que tal como lo postuló la Sra. Defensora Oficial Paoloni en la audiencia no revisten lugares en los cuales existe una expectativa razonable de privacidad que pueda ser evaluada como afectación a derechos de terceros ni de la parte, la aquí denunciante la procuración general del gobierno de la ciudad de Buenos Aires. Las diligencias impugnadas resultaron ser la consecuencia de utilizar una herramienta procesal que no resultaba claramente prohibida, que no lesionó los derechos de los afectados por cuanto no resultan parte en el proceso administrativo, y la evaluación de la validez de estas medidas en su caso resulta materia de evaluación en el proceso criminal formado a raíz de la denuncia efectuada. Dentro de este marco el dolo exigido por la figura del abuso de autoridad debe ser descartado.

De esta manera el planteo no puede prosperar y corresponderá confirmar la resolución impugnada al no advertirse arbitrariedad en el proceder sobre la base de la inobservancia de la normativa procedimental local.

En definitiva, el cuestionamiento de esa medida podrá encontrar respuesta a través de las vías recursivas previstas por el código de procedimientos de la ciudad -lo que efectivamente ha ocurrido a la luz de lo que surge del planteo de nulidad agregado en las copias del expediente “GCBA sobre otros procesos incidentales”-, en tanto las disconformidades con las decisiones adoptadas y aplicadas al caso *“en modo alguno pueden generar repercusión en esta sede penal, convirtiéndola en una instancia*

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

superior para la revisión de las decisiones adversas dispuestas en otra” (C.C.C., Sala IV, la causa N°52.885/2013 “G., R. A. s/sobreseimiento”, rta: 4/6/2014). Todo ello, sin perjuicio de que la evaluación de la conducta del imputado pueda ser sometida a consideración de los órganos institucionales que deben examinar su conducta en la faz institucional y disciplinaria a la luz de los hechos denunciados por la querrela.

En cuanto al segundo hecho, considero que no hay elementos de prueba que permitan acreditar que ha sido el juez G. quien proporcionara el video en cuestión al canal, máxime cuando su emisión por televisión se produjo recién varios días después de practicados los últimos allanamientos. Además la filmación fue producida en el marco del proceso contencioso administrativo sin que surjan elementos agregados al legajo que permitan sostener que ha existido una violación de un secreto, razón por la cual no se verifica la tipicidad objetiva del art.157 del Código Penal (Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio, ob. cit., págs.800 y ss.).

En relación a las costas, se advierte que la querrela, que actuó en su rol institucional, pudo haberse creído con razón a litigar y presentar el asunto a estudio de la justicia represiva dado lo discutible de la cuestión sometida a la jurisdicción y la entidad de los episodios. De esta forma debe acudirse a la excepción prescripta en el art.531 del código adjetivo y amerita que no se impongan costas.

Así voto.-

El Juez Mario Filozof dijo:

Con razón sostiene el apelante que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 13 inciso 8° que *“el allanamiento de domicilio (...), el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenadas por el juez competente”*.

No obstante esa Carta Magna no distingue cuál es el magistrado competente y menos aún que sólo lo sea el que posee intervención en materia penal, como se argumentó en la audiencia.

Previamente debe ponerse el acento en que el “enfrentamiento institucional” entre el Juez G. y la autoridades del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mencionado por quien cuestiona la decisión de la instancia anterior, aparece al menos desde la óptica con que se aplican las normas y los fines de cada proceso.

Lo cierto es, conforme surgiera de la audiencia y, ello fue preguntado a la querella, no existe disposición que prohíba de manera expresa a dicho magistrado el actuar que se cuestiona en estas actuaciones.

Siendo así el juez natural de la causa, como se analizará infra, proceder a la investigación, es un derecho y un deber, incluso para la propia Ciudad de Buenos Aires y sus autoridades, pues pasarían inadvertidas serias deficiencias que oscurecerían el actuar de los funcionarios públicos. Más aún, aquellos ajenos a las irregularidades podrían ver salpicado su actuar por el no esclarecimiento en tiempo oportuno.

Va de suyo, habrá a continuación de verificarse si las normas reglamentarias le impedían librar órdenes de allanamiento y paralelamente si se está ante un accionar que cuestionable o no, se enmarca en la órbita del derecho penal.

Así el artículo 27 inciso 5° a. del Código Contencioso Administrativo Tributario establece que son deberes de los Jueces/zas concentrar en un mismo acto “todas las diligencias” que sea menester realizar. El b.: señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca (...) y disponer de oficio “toda diligencia” que fuere necesaria para evitar nulidades.

Por su parte, el artículo 29 del texto recién referido faculta a adoptar medidas de oficio para “esclarecer la verdad de los hechos controvertidos” y en esos términos, podríamos detenernos en la etimología y significado de la palabra “controvertido”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

La Real Academia Española destaca que su procedencia es del latín, de palabras en castellano tales como: inverso y converso y que, aquello que resulta ser controvertido es lo que emana de una discusión que da lugar a opiniones contrapuestas. No es posible soslayar entonces, que esclarecer la verdad sobre un hecho “controvertido” propone y otorga al magistrado un compendio amplio de facultades cuyo límite se encuentra estipulado en todas y cada una de las garantías que consagra la Carta Fundamental. No es menos cierto que tradicionalmente “controvertido” se asimiló a “traba de litis” pero ello no quita una aceptación más amplia del texto de marras.

Permítase estimar que estas facultades, traducidas en medidas, no son otra cosa que “medidas para mejor proveer” siendo estas, el instrumento básico que un Juez/za posee para asegurarse el conocimiento de la “verdad real” en el marco de ese proceso o controversia, ordenando por ende, diligencias probatorias de distinta índole, siempre que sean necesarias, para evitar situaciones inciertas. En esa dirección también el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificando antiguas tesis, ha previsto la potestad del Juez de actuar de oficio (ver artículo 34, inciso 5º, punto II del mentado cuerpo legal).

Asimismo las medidas para mejor proveer en el juicio contencioso-administrativo, tienden a algo más, esto es, satisfacer el interés público, que no pertenece a ninguna parte, ni aun a la que participa en el proceso (“Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado. Director: Carlos F. Balbín, 3era edición, Abeledo Perrot”, pág.258/260, citado en la audiencia por la Dra. Viviana Paoloni, Defensora Oficial).

En otras palabras, si la verdad es el objeto y el interés público es el fin, la función investigadora no tiene límites salvo los que se dispongan en las normas superiores a modo de prohibición (Obra citada más arriba).

En la presente no se halla en discusión que cuando las autoridades del Gobierno de este eje capitalino iniciaron la acción peticionando autorización para la inhumación de cadáveres acompañaron documentación en la que se advertían irregularidades al punto tal que a la postre fueron los representantes de esta ciudad lo que formalizaron la denuncia penal hoy en trámite.

En esa inteligencia corresponde dejar en claro que toda norma procesal es de interpretación dinámica, admite aplicación analógica, se impone el análisis con integración homogénea y en general la exploración en normas supletorias cuando ello lo sea en búsqueda de lo que establece el Preámbulo de la Constitución Nacional: afianzar la justicia (ver en referencia concreta: artículos 34 del Código Procesal Civil y Comercial y su análogo, 29 del Código Contencioso Administrativo y Tributario del Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Recordemos que interpretar es aclarar las dudas acerca de la letra de la norma, lo que conduce a desentrañarla, mediante un proceso lógico que no se aparte de la noción jurídica, sin que ello conlleve necesariamente a la acción de descifrar la intención legislativa, aun cuando lo contradiga (Jorge A. Claría Olmedo, “Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. pág. 162. Editorial: Rubinzal-Culzoni”).

Al reseñar lo que marca el Código Contencioso Administrativo y Tributario en su artículo 302: *“la prueba debe producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por lo que el tribunal disponga (...) siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligencian aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el tribunal.”* (sic) (el subrayado nos pertenece).

Se evidencia, que existe en la norma la razón jurídica da lo actuado por el aquí imputado, pues se habla “de medios

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

que la ley disponga” y, ninguna de las medidas que ordenó afectó la moral, la libertad personal y lo que es reiterativo no está expresamente prohibido.

Es más, en mi humilde entender esta disposición en solitario como su análisis en armonía con el resto del texto de marras da facultades al Juez Contencioso para el obrar que se le reprocha en autos.

En consecuencia, la ley procesal local posee particularidades con reglas y excepciones que facultan al magistrado a adoptar medidas de oficio que permitan “esclarecer la verdad de los hechos controvertidos”. Ello ante la carencia de norma expresa que aclare o prohíba tales facultades.

Todo integrante de la comunidad tiene el deber de someterse a las decisiones jurisdiccionales e incluso soportar los daños de una resolución desfavorable. Ese sometimiento sacrificado a la jurisdicción cesa cuando por los carriles correspondientes se obtiene una sentencia por los órganos de revisión que haga lugar a sus pretensiones. Incluso cuando luego el Tribunal de Instancia Superior anule la decisión, ello no puede importar la comisión de injusto penal. No sólo porque afectaría la independencia de los Jueces sino por pretender una sanción penal por resoluciones al menos debatibles.

Será difícil no coincidir en que a todos los operadores del sistema nos inspira un “sentido de justicia”. Lo que se exige, por consiguiente, es la realización de modo eficaz, por lo que es natural se utilicen los principios generales del derecho.

La figura prevista por el artículo 248 del texto sustantivo sólo alcanza al que traicionando la confianza depositada en él emplea la autoridad recibida como instrumento para violar el Texto Fundamental o las normas inferiores dictadas en su consecuencia.

Como renglones más arriba se explicitó, el Juez G. advirtió una serie de irregularidades en la documentación acompañada para petitionar la inhumación de cadáveres. Cuestión delicada por cierto y que no significaba “in limine” estar en presencia de la

comisión de un delito de acción pública, incluso tampoco le exigían dar intervención al fuero penal *ipso facto*. La medida debe ser una cualidad judicial.

Las normas del código que rigen el comportamiento procesal, o las que hacían a la discrecionalidad para interpretarlas, fueron contempladas con el alcance de facultar a dictar medidas que permitieran constatar del modo más fehaciente posible, el origen de lo que un frío papel no siempre exhibe.

Esas mismas normas, mencionadas al principio del discurso, podrán ser debatibles en cuanto a su aplicación en el caso, pero no es menos cierto que fueron el soporte como parte de un corpus iuris para que el magistrado ordenara las diligencias que en esos actuados se le pretende negar en cuanto a la posibilidad de ejecutarlas.

Sostiene la doctrina que, *“La actividad jurisdiccional es una actividad cognitiva que incluye momentos de decisión y valoración, un conjunto de espacios de decisionales que consiste en la aplicación de las leyes a los hechos, tanto que el principio de estricta legalidad vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos. En efecto, los jueces no persiguen ningún interés, sino sólo la averiguación de la verdad en los hechos que conocen, después de un juicio contradictorio entre dos sujetos portadores de intereses en conflicto. Así entonces, la imparcialidad tiene su justificación ético-política en dos valores: a) la búsqueda de la verdad y b) la tutela de los derechos fundamentales”* (Eduardo Jauchen, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I, pág. 483/484, Editorial: Rubinzal-Culzoni S.A. Santa Fe, 2012).

La querrela atribuye que G. había ordenado a la Policía Federal la filmación de las diligencia y el 18 de agosto de 2013 el canal la emitió por televisión cuando ello no debió haber ocurrido pues, para entonces, ya se había radicado la denuncia penal y debía evitarse la publicidad de esa prueba a terceros ajenos a la pesquisa.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

El supuesto secreto que deviene de antiquísimas costumbres y tradiciones no puede considerarse tal, en la ocasión, pues tiende a que posibles sospechosos no tomen conocimiento de la prueba producida y así obstruyan el funcionamiento de la administración de justicia, ya que quienes podían resultar investigados conocían claramente lo actuado por él y la prueba obtenida en consecuencia, por ende, todo se había convertido en público. Nada secreto había entonces. Si no hay secreto este no puede ser violado.

Por último corresponde destacar que el análisis que efectuó la querrela sobre el alcance de la jurisdicción del magistrado se basa en un criterio abiertamente opuesto al que utilizara el Juez G., lo que permite comprender y promover, hasta incluso proseguir el proceso sin ser acompañado por el Ministerio Público Fiscal y justifica la no imposición de costas.-

Así voto.-

El Juez Julio Marcelo Lucini dijo:

a.-) En primer lugar, ya he sostenido que el impulso y el consecuente avance del proceso requieren, necesariamente, la existencia de acusación pública o particular conforme surge de la doctrina de los Fallos “Santillán” y “Quiroga” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

En consecuencia, no obstante el dictamen desvinculatorio del fiscal en lo correccional de fs.109/119, aquel requisito está cumplido desde el momento en que hay un querellante que siempre ha promovido la acción penal (Sala VI, la causa N°29.652/2012 “C., J. C. s/nulidad”, rta: 22/4/2013, entre otras), por lo que la postura asumida por la vindicta pública no deviene, en el caso, vinculante. Más allá de lo expuesto, no debe soslayarse que el Juez, además de compartir los fundamentos esgrimidos por el Dr. Orfila, analizó el fondo del asunto y se expidió en consecuencia.-

b.-) La actuación del juez G. debe ser analizada en el marco en el que ha sido desarrollada y por ello es necesaria la

ponderación de los antecedentes fácticos y normativos que le sirvieron de sustento.-

Por tal motivo, efectuaré una breve reseña de lo ocurrido en el expediente que tramitó ante el fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad.-

De su lectura (conf. fs.1/5, 16/17, 51/52, 63/108 y copias que corren por cuerda), surge que la documentación que habría presentado el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires al peticionar en diez expedientes la autorización para la inhumación de óbitos ilustraba “múltiples y graves irregularidades” relativas a la identificación, conservación y disposición de los cadáveres en cuestión que podían implicar el incumplimiento de normas vigentes por parte de funcionarios -ver fs.51 y 63/64-.

Ante esa situación, el magistrado solicitó a su Secretaria Privada la confección de un informe que detallara las deficiencias que imposibilitaban la inscripción de las defunciones en el Registro Civil y/o el otorgamiento de las licencias de inhumación requeridas.-

Fue así que a fs.65/70 se asentó, entre otras cosas, que se constataron la ausencia de identificación de cadáveres; irregularidades en las fechas de la muerte consignadas en los certificados de defunción, la inexistencia de certificados médicos de defunción, etc.-

Tras labrarse el citado informe, el Juez G. ordenó la formación de un incidente global a efectos de adoptar las diligencias y medidas ordenatorias, instructorias y probatorias necesarias en los términos del art.29 del Código Contencioso Administrativo y Tributario (ver fs.71) y, en ese contexto, dispuso el allanamiento de cuatro hospitales públicos que eran objeto de ese incidente (ver fs.72/74).-

Después de practicarse esos registros, el magistrado dejó asentado a fs.82/91 que no sólo se corroboraron las irregularidades preliminarmente puestas de manifiesto sino que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

“describen una situación de extrema gravedad que evidencia como estructural a todos los nosocomios allanados” y que en definitiva se trataba de *“depósitos de cadáveres que se encuentran en condiciones peores a las de un basural (...)”* (ver fs.82). Hizo alusión, puntualmente, a la desaparición de cadáveres, falta de identificación de los cuerpos, adulteraciones en los libros de registros, distintos óbitos bajo el mismo nombre (ver fs.76 y 84).-

Por esos motivos, dispuso: “Instrúyase al Actuario para que por Secretaría proceda a redactar la síntesis de denuncia penal a los fines de su formulación” (ver fs.91vta. punto 9.-), como así también una segunda tanda de allanamientos respecto de otros hospitales públicos y el de la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires (ver fs.82/91).-

c.-) La ilegalidad del acto no radicaría meramente en su contradicción con las normas que refiere el texto legal sino, por el contrario, es esencial considerar que lo que caracteriza el contenido de ilicitud del tipo penal del art.248 del Código Penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública en tanto es utilizada como instrumento para violar la constitución o las leyes. El elemento subjetivo (dolo) quedará exteriorizado si la acción se ejecuta a sabiendas de la contrariedad del acto (Código Penal, comentado y anotado, Director: D' Alessio, Andrés José, Coordinador: Divito, Mauro A., Parte Especial, pág.795 y ss., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004).-

Ya desde las contundentes aseveraciones expuestas a fs.63/64, que luego motivaran la confección del informe actuarial de fojas 65/70 y el allanamiento de numerosos nosocomios (ver fs.72/75) y la Procuración General de la ciudad de Buenos Aires, el Magistrado parece haber sospechado que se encontraba frente a la probable comisión, ya no sólo de innumerables irregularidades, sino también de delitos (entre ellos, supresión y/o adulteración de identidad, falsificación de documentos, etc.), circunstancia que se tornó aún más

evidente cuando ordenó el día 4 de agosto de 2013 (ver fs.91vta.) al funcionario de su tribunal la preparación de la denuncia penal.-

Soslayando la obligación que debió concretarla en forma inmediata, su actuación al menos ya nos sugiere que actuó en hechos que excedían, en principio, su competencia.-

En tal contexto, disponer de manera oficiosa, en el marco de un proceso no controvertido, diligencias que pudieran afectar derechos y garantías de terceros, extralimitando así el objeto inicial de la demanda presentada podría, eventualmente, configurar un abuso en el ejercicio de su función pública.-

Máxime cuando ya estaba tomada la decisión de poner en conocimiento de la justicia penal competente los eventos que daban contenido al pedido de la Procuración General y al cual, muy posiblemente, no podría dar respuesta pues ella quedaría supeditada al resultado de esa investigación.-

Por todo lo expuesto, atendiendo a los agravios expuestos en la audiencia por el acusador privado y no obstante las explicaciones esgrimidas hasta el presente por la defensa, entiendo que corresponde revocar el auto apelado y citar a R. A. G. en los términos del art.294 del Código Procesal Penal de la Nación a fin de que brinde las explicaciones en ese nuevo contexto para poder dar adecuada respuesta a su situación procesal.-

En cuanto al segundo hecho, toda vez que la querella hizo expresa alusión a la conducta prevista en el art.157 del Código Penal que queda excluida del régimen del art.73 del citado cuerpo normativo, las diligencias propuestas por la parte parecen útiles para esclarecer lo ocurrido.-

Atento a lo decidido, la cuestión relativa a la imposición de costas deviene abstracta.-

Así voto.-

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE:**

I.-) CONFIRMAR el punto II del auto fs. 120/124 en cuanto fuera materia de recurso.-

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 43056/2013/CA3

G., R. s/sobreseimiento
Juzgado en lo Correccional N°11
Interlocutoria Sala VI (1)

II.-) REVOCAR el punto III del citado decisorio y eximir a la querrela del pago de las costas por haber tenido razón plausible para litigar (art.531 “*in fine*” del Código Procesal Penal de la Nación).-

Regístrese y notifíquese. Fecho, devuélvase la causa al juzgado de primera instancia sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.-

Ricardo Matías Pinto

-por su voto-

Mario Filozof

-por su voto-

Julio Marcelo Lucini

-en disidencia-

Ante mí:

Cinthia Oberlander
Secretaria de Cámara

