

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 14 de junio de 2012.

VISTO:

El pedido de nulidad presentado por los Dres. Diego Pirota y Deborah Lichtmann, abogados del imputado José María Núñez Carmona.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que la defensa cuestionó la validez de los actos que realizó el entonces fiscal Carlos Rívolo, con posterioridad al pedido de su recusación.

Fundó su posición en que, el pasado 11 de abril, su defendido planteó la recusación del fiscal, ya que su actuación evidenció una tendenciosa manera de llevar adelante la instrucción; recordó que en esa presentación su asistido resaltó una preocupación por la manera de manejar la producción de la prueba y ordenar medidas en el expediente.

En este sentido, dijo que allí se mencionó cuatro elocuentes situaciones que ponían de manifiesto ese accionar: *a)* el ardid con el que aseguró uno de los pilares esenciales e inválidos que dieron vida a la causa -el testimonio de Laura Muñoz-; *b)* la antojadiza y direccionada valoración de la prueba -analizaba aislada y parcialmente algunos testimonios-; *c)* la utilización de la declaración jurada del vicepresidente de la Nación contrariando la normativa vigente en materia de ética pública -ley 25.188-; y *d)* el extraño procedimiento seguido para solicitar información a las empresas de servicios Edenor, AySA, Telecom, Metrogas y Cablevisión, y la llamativa rapidez con la que se recibió respuesta de esta última.

Rememoró que se dijo que estas situaciones protagonizadas por el fiscal trascendían los límites de todo desacuerdo entre acusador y acusado, y redundaban en una flagrante violación a los deberes que está llamado a cumplir quien fue designado para comandar la instrucción de la causa.

Insistió en que se advirtió que el Dr. Rívolo actuó con la intención inocultable de causar perjuicio indebido e ilícito a determinadas personas que formaban parte de la investigación y, por sobre todo, a destacadas figuras que representaban a la ciudadanía en su conjunto.

Así, también solicitó el cese de las medidas de prueba que se encontraban en plena etapa de producción en virtud de la notable falta de objetividad de quien se mostró urgido por continuar investigando, aún cuando su actuación estaba cuestionada.

En esta línea, sostuvo que el fiscal debió haber actuado con mayor cautela y llevar a cabo sólo las medidas que resultasen indispensables o impostergables, más allá de que el artículo 62 del Código Procesal Penal de la Nación permitía continuar la

investigación sólo cuando la causal de recusación fuese rechazada y los hechos alegados fueran manifiestamente inciertos.

Consideró que los hechos que alegaron distaban de ser inciertos porque el planteo de recusación encontró asidero en las constancias del expediente: la prueba obtenida ilegítimamente respecto de Cablevisión, el testimonio de la cónyuge de uno de los imputados, entre otros.

Consiguientemente, se estaba frente a una de certeza suficiente que justificaba, como mínimo, que el fiscal se viese impedido de continuar ordenando medidas.

También resaltó que el mencionado artículo exigía que cuando el recusante tomare conocimiento de los actos llevados a cabo con posterioridad a la recusación, debía solicitar su nulidad; esto era lo que reclamaban.

Por otra parte, advirtió que el fiscal no sólo no guardó la cautela esperada para el caso, ya que también se encontraba recusado el otrora juez de la causa -Dr. Rafecas-, sino que más bien actuó con total prescindencia de las normas constitucionales reflejando la tendenciosa actitud con la que encaró el proceso.

Recordó que el juez recusado se apartó de las decisiones importantes, en el entendimiento de que en ese estado de situación no correspondía ejercer la jurisdicción, en tanto el fiscal, sin control, continuó actuando; enumeró la prueba que produjo.

De esa forma, el fiscal se condujo con total prescindencia de las normas que rigen el proceso penal y las garantías constitucionales que está llamado a salvaguardar.

A lo que se sumaba que el proceso se encontraba sin un juzgador que lo controlase y velare por su legalidad, habida cuenta que éste también fue recusado; si bien el fiscal estaba facultado para llevar a cabo medidas sin necesidad de solicitarlas al magistrado, toda vez que la investigación fue delegada, lo cierto era que un proceso penal no podía continuar sin juez.

2º) Que, a su turno, el fiscal dictaminó que en ninguna parte de la presentación el incidentista realizó alguna referencia expresa sobre cuál o cuáles diligencias pretendía nulificar, y si fueron todas, cuál sería la afectación que le produjo para que sea necesaria una medida tan extrema como la que solicitó.

Afirmó que desde que la fiscalía tomó conocimiento de la existencia de un planteo recusatorio, no se tomó ninguna medida sobre la que pudiera discutirse su reproducción; pretender que la investigación se paralice en su totalidad frente a este

Poder Judicial de la Nación

planteo, apuntó, era inaceptable porque si así fuese bastaría con presentarlo una y otra vez para frenar una pesquisa.

También aseveró que las medidas producidas por la fiscalía, luego de la solicitud de su apartamiento, fueron estrictamente informativas; no se dispusieron, ni siquiera, audiencias testimoniales, y no porque no fue necesario para la causa, sino con el fin de evitar -justamente- cuestionamientos al respecto o una eventual nulidad ante la muy remota posibilidad de que prosperara la recusación interpuesta.

Ponderó que la existencia de una delegación de la investigación en cabeza de la fiscalía, en los términos del artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, implicaba que el fiscal pudiese trabajar, como el propio incidentista advirtió, de un modo independiente y acorde a su rol constitucional; no había control jurisdiccional necesario que no sea el que el principio acusatorio exige ante las medidas intrusivas en ámbitos protegidos por los derechos y garantías constitucionales y el debido proceso.

Por último, sostuvo que ninguna de las medidas requeridas en ese período causaron perjuicios que hubiesen ido más allá de aquéllos que atañen a sus intereses defensas, tratándose en todos los casos de pruebas perfectamente reproducibles por ser ellas meramente informativas; la nulidad planteada lo era en el sólo interés de la ley.

3º) Que, las nulidades son sanciones procesales que privan a un acto jurídico de sus efectos, y tienen por objeto preservar un derecho. Constituyen, en este sentido, una garantía; los derechos son facultades reconocidas por las constituciones a los ciudadanos para preservar esa condición de ciudadanos y la convivencia, mientras que las garantías son institutos que protegen los derechos de las personas (por ejemplo, la garantía de la defensa en juicio protege el derecho a defenderse).

En efecto, la nulidad reside en “privar de eficacia a un acto procesal como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos previstos por la ley, al alojar en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza” (Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, Tomo I, pág. 296, Francisco D’Albora, Ed. Lexis Nexis); “consiste, en la invalidación de actos cumplidos e ingresados al proceso sin observarse las exigencias legales impuestas para su realización” (Claria Olmedo, Jorge en “Derecho Procesal Penal” T.II 284).

Bajo este rubro fueron siempre estudiados fenómenos similares por los cuales un acto no puede provocar los efectos a los cuales está destinado.

Deben adoptarse, por sus consecuencias fulminantes, como *ultima ratio* y cuando aquel vicio que surja -defecto u omisión-, haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, de modo tal que

produzca una indefensión configurativa de la nulidad. Si no media tal perjuicio, la invalidez del acto por nulidad no puede prosperar.

En consecuencia, no se pueden declarar por el sólo interés de la ley y deben preservar derechos en forma concreta; no procede la nulidad por la nulidad misma: “la cuantía o el grado de afectación puede variar, aunque jamás faltar. De lo contrario se trataría de un mero formalismo” (Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, Tomo I, pág. 302, Francisco D´Albora, Ed. Lexis Nexis).

En este orden de ideas, la Corte de Suprema de Justicia de la Nación dejó sentado que “la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (crf. doctrina de Fallos 295:961, 298:312 -La Ley, 1978-B, 693, J. Agrup. caso 3057, entre otros), ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma” (Fallos: 303.554).

Asimismo, tiene dicho que “en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad fáctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Bianchi Guillermo”, rta. 27/06/2002).

Por su parte, las nulidades se clasifican en: absolutas, siendo aquéllas que afectan el orden público y/o garantías constitucionales, pueden y deben ser declaradas de oficio y los vicios sólo se subsanan cuando ya hay cosa juzgada; y en relativas siempre que afecten un interés particular y se subsanan dentro del proceso. Deben ser solicitadas por la parte que no contribuyó a alcanzarla.

Se dividen, a su vez, en específicas cuando están mencionadas en la norma que regula el acto y son taxativas; por ejemplo, la declaración se recibirá, bajo pena de nulidad, de la siguiente manera.... Y genéricas, que son las aplicables a cualquier acto que presente defectos.

De esto último se desprende que algunas pueden ser expresas, cuando están contenidas en el texto de la ley o, virtuales, cuando se contradice el orden público

Poder Judicial de la Nación

o el sistema jurídico en general, aunque no estén expresamente contenidas en la norma (ej., fallo contrario al *non bis in idem*).

Nuestro Código Procesal Penal no establece las distinciones referidas, sino que señala a las nulidades como declarables de oficio y declarables a petición de parte. No obstante ello, aquéllos siguen los mismos lineamientos que se apuntaron doctrinariamente para las nulidades absolutas y relativas, respectivamente.

“El código distingue a las nulidades entre expresa (art. 166) y genéricas (art. 167). Estas últimas se producen cada vez que el acto adolece de una falencia que, pese a no estar sancionada especialmente, afecta la regularidad de cualquiera de los elementos allí señalados. Por su parte, el párrafo segundo del art. 168 delinea lo que en doctrina se denomina nulidad absoluta; de suerte que, además de aquel distingo -expresas y genéricas-, un esbozo sistemático de las sanciones obliga a diferenciar entre nulidades absolutas y relativas, según puedan ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso o bien a pedido de parte. Las primeras son insubsanables y sólo la cosa juzgada tiene aptitud para detraer la posibilidad de invalidarlas... Además de las expresas y genéricas cabe añadir otro sector, en el cual entran las nulidades virtuales o implícitas. Se trata de supuestos en que el defecto proviene de la pugna con un regulación procesal no específica” (Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, Tomo I, pág. 297, Francisco D’Albora, Ed. Lexis Nexis).

“El hecho de que existan actos defectuosos que pueden ser convalidados por diversas razones, esto es, que producen sus efectos naturales maguer el defecto, y otros que escapan a esa posibilidad, es decir que no pueden ser convalidados por razón alguna, se une irremediamente, y sin solución de continuidad, a la idea de que ciertos defectos de los actos procesales necesitan ser advertidos por alguien que no juzga acerca de su validez o invalidez para desembocar en la ineficacia del acto respecto de sus efectos (las llamadas nulidades relativas), regularmente las partes –en sentido formal- que intervienen en un procedimiento penal, y ello, a su vez, determina que la ley prevea que tal denuncia debe ocurrir dentro de cierto período temporal, fijado de ordinario como período del procedimiento, y sin renunciar antes, expresa o tácitamente a denunciar la invalidez del acto. Otros defectos, en cambio, son advertibles de oficio por el magistrado encargado de juzgar o utilizar el acto, sin necesidad de una excitación extraña a él, razón por la cual, regularmente, carecen de subsanación y, consecuentemente, los actos afectados no son susceptibles de convalidación” (Derecho Procesal Penal, Tomo III Parte General, Actos Procesales, pág. 43, Julio B. J. Maier, Ed. Editores del Puerto).

4º) Que con base en lo anterior se impone ponderar el pedido para determinar, primero, qué tipo de nulidad se intenta introducir y, segundo, qué perjuicio le ocasionó a la parte el acto que pretende fulminar.

Estoy en desacuerdo con el defensor porque no creo que esté frente a un supuesto de nulidad absoluta como él, escudado en la afirmación genérica de que se afectaron normas y garantías constitucionales, postuló.

Esa invocación de la afectación de la garantía no resulta fundamento suficiente para el dictado de la medida que pretende la parte, desde que no logra vincular el agravio con la causa cuya sanción de nulidad se propicia.

Tanto es así que pidió nulidad de todo lo actuado, en este caso, por el fiscal. Sin embargo, pasó por alto que sólo son nulos o anules actos procesales y no procedimientos íntegros sin detalle de acto alguno; ello es así en propias palabras de la ley (artículo 166, y siguientes, del Código Procesal Penal de la Nación).

De ahí que, consiguientemente, no se conoce el acto preciso que la parte tachó de nulo ni la garantía constitucional que aquél afectó; la tarea deviene más dificultosa en estos términos porque de esta manera se desconoce el derecho que se vio impedido de ejercer.

La única aproximación que realizó en tal sentido, cuando afirmó que el proceso continuó durante un trayecto sin juez -de haber sido así se hubiese podido violentar la garantía de juez natural- porque a la par de la recusación del fiscal Rívolo se estaba tramitando la del Dr. Rafecas, no constituye más que un yerro técnico.

No considero necesario ahondar más aún en este punto, pues con sólo repasar las constancias de la causa se advierte que, una vez que la Cámara resolvió finalmente apartar al Dr. Rafecas, de inmediato remitió el legajo para su sorteo, resultando desinsaculado este juzgado. Nada se actuó en el medio, ergo, no hubo investigación sin juez.

La razón de la sustanciación de este tipo de planteos vía incidental, justamente radica en que, frente a ellos, no se detenga el trámite de la causa hasta la resolución del conflicto.

Y el fiscal estaba legalmente facultado, en los términos del artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, para llevar adelante la dirección de la investigación; en este caso particular, se advierte además un actuar prudente de su parte, ya que incluso se observan actos procesales de instrucción -peritajes- que fueron ordenados y no fueron practicados. Ello, precisamente en salvaguarda de garantías.

Poder Judicial de la Nación

Es cierto que el Dr. Rívolo continuó realizando prueba una vez presentada su recusación, pero también es verdad que sólo se limitó a requerir informes sobre datos previamente registrados a su pedido; el Código Procesal Penal no se ocupa sistemáticamente de esta prueba -entiéndase informes-. No obstante, el hecho de echar mano de ella permite considerarla comprendida entre las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad -art. 193, inc. 1° del C.P.P.N.- (La Prueba en el Proceso Penal, Sexta Edición, pág. 211, José Cafferata Nores y Maximiliano Hairabedián, Ed. Lexis Nexis; la aclaración entre guiones me pertenece).

El ingreso de esos datos probatorios al proceso no los realizó el fiscal en forma ilegal y, como se dijo anteriormente, tampoco la prueba recogida infringió alguna garantía constitucional.

A esto se suma que, a los actos que llevó adelante, la ley no les impuso ningún tipo de formalidad especial para su producción relacionada con el derecho de defensa de las partes; por ejemplo, si se hubiese tratado de algún acto definitivo e irreproducible se debió haber notificado previamente a los defensores (art. 201 del Código Procesal Penal de la Nación).

Pero nada de esto ocurrió en el caso que nos ocupa, y ni siquiera fue mencionado por la defensa que, en rigor de verdad, más que nada presentó argumentos que tienen que ver con la recusación del fiscal pues trasuntan sobre la parcialidad de aquél.

El único de ellos que se destaca y vincula exclusivamente con el pedido, es la forma en que la fiscalía obtuvo información de la empresa Cablevisión.

La defensa se quejó porque dijo que se consiguió de manera extraoficial y no permitida por el código, por cuanto se urgió el informe mientras que a los demás pedidos efectuados no se les proporcionó tal carácter.

Lejos está ese acto de generarle un perjuicio, aún en el supuesto de que, dándole la razón, el fiscal hubiese sido recusado; “téngase presente que las nulidades, aún las declarables de oficio, están sometidas al principio del interés. No le asiste razón en su planteamiento, porque no demuestra en concreto en qué le perjudica la sentencia que impugna y su aclaratoria. Sin perjuicio concreto no existe nulidad, en razón del principio de trascendencia (CSJTuc., "Mejail vs. Banco de Galicia", 14/10/99).

Ello es así porque, primero, no se trató de algún acto que necesariamente debía cumplir alguna finalidad en su producción, segundo porque ni siquiera se trataba de una testifical donde la parte podía argüir algún tipo de influencia, y tercero porque no fue un acto irreproducible y la información ya existía en la empresa antes del pedido.

En ese contexto no veo diferencia, y menos perjuicio, en la forma que se escogió para materializar la medida resultando, a mi juicio, igual si la información se pidió por carta, cédula, oficio, con término o sin él.

“El principio de libertad probatoria ha sido caracterizado diciendo que en el proceso penal todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba. Esto no significa que se haga prueba de cualquier modo -ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba-, ni mucho menos a cualquier precio, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respecto de la dignidad humana u otros intereses. Su vigencia se justifica en cuanto se lo relaciona con la necesidad de alcanzar la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva, extendiéndose tanto al objeto como a los medios de prueba” (La Prueba en el Proceso Penal, Sexta Edición, págs. 40/41, José Cafferata Nores y Maximiliano Hairabedián, Ed. Lexis Nexis).

Por todo lo expuesto, es así que;

RESUELVO:

Rechazar el presente planteo de nulidad impetrado en el marco de la causa que lleva el n° **1.302/12** del registro la Secretaría n° 7, de este juzgado a mi cargo.

Notifíquese al fiscal en su público despacho, y al incidentista mediante cédula de urgente diligenciamiento.

Ante mí:

En la fecha se libró cédula. Conste.



Poder Judicial de la Nación

En _____ notifiqué al *fiscal* y firmó. Doy fe.

USO OFICIAL