

Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 16 de mayo de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver la nulidad articulada por el Dr. Pirola, defensor de José María Núñez Carmona en el marco de la causa 1302/12, caratulada “Boudou, Amado y otros s/ negociaciones incompatibles con la función pública y otros”.

Y CONSIDERANDO:

I. Planteo.

La defensa solicita que se declare la nulidad del allanamiento ordenado y llevado a cabo en la propiedad ubicada en la calle Juana Manso n°740 Torre I, piso 25 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de lo actuado en consecuencia.

Las premisas a partir de las cuales la defensa construye su razonamiento para introducir la nulidad es el siguiente:

1) En el expediente existían elementos de prueba que acreditaban que el domicilio de la calle Juana Manso 740 era propiedad del Vicepresidente de la Nación Amado Boudou (Constancia de NOSIS de fojas 322 e informe del registro de la propiedad inmueble de fs. 357).

2) La existencia de un contrato de locación respecto de ese inmueble a favor del Sr. Carosso Donatiello se desprende de la declaración jurada de Amado Boudou remitida por la OA.

3) El Sr. fiscal y el Sr. juez fundaron el pedido de allanamiento en la información que surge de la declaración jurada.

4) Las declaraciones juradas del Vicepresidente de la Nación fueron incorporadas violando la ley 25.188 de Ética Pública. Para ello hace una lectura particular de los artículos 10, 11 y 19 y brinda tres razones fundamentales:

a) el fiscal pidió dichas DDJJ sin indicar motivos y sin aclarar el fin para el cual las utilizaría (requisito del artículo 10 de la ley 25188);

b) Además pidió la DDJJ de una persona que no estaba imputada en la causa: tercero ajeno a la investigación;

c) Entiende además que los únicos supuestos en los que cabría utilizar las DDJJ presentadas por un funcionario público a fin de llevar adelante una investigación serían: el delito de enriquecimiento ilícito y una violación a la ley de ética pública (interpretación del art. 19 ley 25.188).

5) Los únicos elementos válidos que pudieron haber sido utilizados como fundamento para solicitar el allanamiento son los que indicaban que el inmueble era propiedad de Amado Boudou, no existiendo ningún indicio sobre la no utilización del mismo por parte del Vicepresidente.

6) Descarta la validez del descargo de Vanderbroele (fs. 144/164) en donde dice que el señor Fabián Carosso Donatiello le habría alquilado el departamento al señor Vicepresidente de la Nación. Entiende en este sentido que “no aportó pruebas o constancias que den cuenta de ello”.

8) Siendo esto así, la defensa de Núñez Carmona entiende que resultaba obligatorio para el juez adecuarse al procedimiento previsto por el art. 1 de la ley 25.320: *“no se podrá ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara”*.

9) Considera que el Vicepresidente de la Nación se encuentra abarcado por la ley de fueros porque ejerce la Presidencia del Senado y, en tal carácter, no sólo participa de los debates parlamentarios (aunque sin voto regular), sino que también tiene voto excepcional en caso de empate entre los votos de los demás senadores. Entiende que la inmunidad lo alcanza porque está prevista a favor de la “cámara” que preside.

10) Por esta razón, concluye que la orden de allanamiento librada por el Dr. Rafecas: sin la debida autorización de la cámara que preside el Vicepresidente de la Nación, resulta nula de nulidad absoluta.

Asimismo, como argumentos adicionales la defensa expuso que:

1) La pretensión no es una nulidad por la nulidad misma porque *“subyacen razones institucionales, democráticas y consecuencias de gravedad institucional y por lo tanto, resulta ser de orden público”*.

2) Que también se violentó la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio por falta de fundamentación. Supone que tratándose del domicilio del Vicepresidente de la Nación, al menos en resguardo de las instituciones de Gobierno y el Estado de Derecho, los fundamentos para allanar deben ser *“mucho más exhaustivos”*. Sostiene que: a) a lo largo del trámite del expediente no ha habido ni un solo dato objetivo -y válidamente obtenido- que permita suponer, sospechar, intuir, que en el departamento de propiedad del Vicepresidente de la Nación podían encontrarse elementos de relevancia para la causa. b) El fundamento para llevar a cabo la medida es que el inmueble había sido alquilado por el Sr. Carosso Donatiello, que tendría acciones en una sociedad con el Sr. Vanderbroele. Además se tuvo en cuenta la declaración testimonial del Sr. Gabella y no se tuvieron en cuenta los dichos del Sr. Mauro. Si se sostiene como lo hace la defensa que el contrato de locación debe tenerse por inválido, y se le resta valor probatorio a la declaración de Gabella, como lo propone la defensa, entonces faltaría fundamentación para allanar.

Poder Judicial de la Nación

3) Solicita la exclusión de los elementos secuestrados en el allanamiento.

II. Trámite:

La substanciación del planteo se agotó con la vista otorgada al Ministerio Público, respondiendo el Dr. Rívolo que la nulidad debería ser rechazada, sobre la base de consideraciones propias expuestas en su presentación de fs. 12/17.

En tal sentido, respecto de la legitimación activa para alegar la nulidad expuso que *“la presentación efectuada por el Dr. Pirola parece más propia de un abogado a quien se le hubiese confiado la defensa del Sr. Vicepresidente y no la de su verdadero cliente. Si bien es de público conocimiento que existe una amistad o por lo menos una relación societaria entre el Sr. Vicepresidente y el Dr. Núñez Carmona, esta no autoriza al Dr. Pirola a defender intereses que no le han sido confiados formalmente. Solicito que Su Señoría repare especialmente en este punto, porque no es menor en absoluto: no debe olvidarse que reconocerle esa posibilidad podría tener consecuencias ilegales en el proceso. Véase que no solo el Dr. Pirola no puede defender intereses que no le han sido confiados expresamente sino que los que sí le fueron, podrían constituirse en intereses contrapuestos con respecto a los del Sr. Vicepresidente de la Nación, quien también ha sido imputado formalmente en esta causa al momento del impulso de la acción penal, pero hasta ahora no se ha presentado ni ha designado ningún abogado para ejercer su defensa. Por ende, mientras el Sr. Vicepresidente de la Nación no le encomiende su defensa al Dr. Pirola, éste no podría hacerse responsable de velar por la inexistencia de los eventuales intereses contrapuestos que puedan existir, de modo que debería abstenerse de defender a quienes no le han confiado su defensa”*.

En este mismo sentido, también agregó que *“no existe ningún pasaje de la presentación del incidentista dedicado a verter el más mínimo argumento en favor de los intereses de su defendido, Sr. José María Nuñez Carmona, ni tampoco sobre ningún tipo de afectación que hubiese sufrido éste, como consecuencia de las supuestas ilegalidades que plantea, de modo tal que lo conviertan en un tercero involucrado por la supuesta ilegalidad, y de esta manera adquiera legitimación activa suficiente para alegar un remedio extremo como es la nulidad de un allanamiento, pedido por el Ministerio Público Fiscal y ordenado por el Juez de la causa, con previo control de su fundamentación. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sido generosa en el reconocimiento de la legitimación para alegar la violación de garantías constitucionales cuando éstos planteos provienen de terceros no titulares de la garantía, pero los fallos que ha pronunciado en esta dirección (in re “Rayford” y “Quaranta”) son muy claros en el sentido de que su argumentación se basa en la*

existencia de un vínculo entre la ilegalidad inicial que afecta al titular de la garantía cuya violación aduce el tercero, y la consecuencia perjudicial que afecta a ese tercero, de modo que aquella esté “indisolublemente ligada” -dice la Corte- a ésta. En el caso que nos ocupa, ni la garantía en juego es de titularidad del Sr. Núñez Carmona, ni de su supuesta violación él a sufrido ninguna consecuencia. Por lo menos, no por ahora. No seré yo quien se atreva a aventurar cuál podría ser la consecuencia que lo afecte y que provenga de la realización del allanamiento que cuestiona, donde no se ha secuestrado más que tres teléfonos inalámbricos, si ni siquiera lo hace el propio abogado que ejerce su defensa”.

En definitiva, refirió que “el domicilio cuyo allanamiento se pretende invalidar en éste incidente no es el domicilio del Sr. Nuñez Carmona, única persona - por lo menos en esta causa- que es defendida por el Dr. Diego Pirota. Tampoco es un domicilio que hay sido habitado ni alquilado por el Sr. Nuñez Carmona; por lo menos no surge de las constancias de autos que así haya sido”.

Sin perjuicio de sustentar dicha posición acerca de la falta de legitimación se expidió en particular sobre cada uno de los agravio.

Así, sobre el supuesto uso ilegal de las declaraciones juradas del Sr. Vicepresidente, manifestó que “el modo en que el incidentista ha interpretado la ley de ética pública me ha dejado un poco perplejo. Si uno conoce la razón de ser de esta norma -y no hace falta para esto estudiar los debates parlamentarios que la han precedido, basta con hacer una lectura de sus primeros artículos y es posible colegirla sin mucha disquisición- jamás podrían llegar a las conclusiones que pretende sostener el incidentista con este planteo, sin admitir aunque más no sea que habrá algunos cuantos saltos en la argumentación. (...) Admitir, por una parte, que la ley de ética pública obliga a los funcionarios comprendidos en ella a exhibir a la comunidad toda la información relativa al estado inicial y la evolución posterior de su patrimonio, y, por la otra, que esa misma ley restringe las facultades no de la comunidad solamente sino también de las autoridades que investigan delitos de corrupción, para acceder a esos mismos datos, y que además circunscribe a un solo supuesto delictivo la posibilidad de que dichas autoridades las obtengan, me parece que es una construcción en verdad muy creativa, pero humildemente creo que viola el principio de no contradicción: algo no puede ser y no ser al mismo tiempo”.

Al respecto refirió que la confusión surge de una lectura de los arts. 10 y 11 que resulta cuanto menos forzada, al punto de la contradicción con la propia norma. “Es una evidencia que emergente de la razón de ser de esta ley y de una lectura integral de todo el articulado, que aquellos artículos no están dirigidos a regular las

Poder Judicial de la Nación

peticiones que hacen las autoridades encargadas de la investigación de delitos (...) estas normas no pueden ser interpretadas con un carácter restrictivo tal que terminen convirtiéndose en reglas que permiten garantizar la impunidad de quienes pueden llegar a estar involucrados en delitos de corrupción”.

En este sentido, citó el caso “Sicari” resuelto el 29/9/2008 por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal para sustentar que las dos condiciones que diferenciaban aquel caso de este *“hacían que aquel fuera un caso más delicado que el nuestro, y las facultades del Ministerio Público más discutibles. Sin embargo, la Cámara de Casación fue muy clara al reconocer la existencia de dichas facultades, no ya al Fiscal competente en un proceso penal en curso, sino al Fiscal de Investigaciones Administrativas en una investigación preliminar”.*

De tal modo sostuvo que el uso de la información de las declaraciones juradas presentadas por el Sr. Amado Boudou en este proceso no tiene nada de ilegal. Ello, en razón de que la Fiscalía actúa en un proceso penal seguido formalmente contra dicho funcionario por el delito de negociaciones incompatibles y no se trata de un tercero ajeno, ya que *“al momento del impulso formal de la acción se le dirigió específicamente una imputación a su respecto (fs. 24/6). Del mismo modo que se dirigió una imputación contra el asistido del incidentista y del Sr. Alejandro Vandenbroele”.*

Finalmente, a la par de reafirmar que la medida tuvo control jurisdiccional agregó que *“la información obtenida sobre la existencia de un inquilino en el departamento de su propiedad no surge siquiera de la declaración jurada reservada, sino de la de carácter público. Y a todo también se suma que la firma Cablevisión informó en la causa que desde el año 2010 la titularidad del servicio había sido traspasada de manos de Amado Boudou a manos de Alejandro Paul Vandenbroele, quien la mantuvo por cinco meses, y de este pasó a Fabián Carosso Donatiello hasta la actualidad, lo que implica que aún se encontrase vigente este contrato de alquiler que mencionó en sus declaraciones juradas patrimoniales”.*

Respecto de la violación de fueros parlamentarios, el Sr. Fiscal consideró que los argumentos desarrollados en el punto anterior hacían caer toda la argumentación relativa a la existencia de una violación a la ley de fueros y a la inmunidad parlamentaria del Sr. Vicepresidente y que sólo este podría alegarla en esta causa. Sin perjuicio de ello consideró que *“el Sr. Vicepresidente no pertenece al Poder Legislativo, condición necesaria para que sea de aplicación la inmunidad parlamentaria que se alega. El Sr. Vicepresidente es miembro del Poder Ejecutivo y no hay ninguna regla escrita que haga extensiva una facultad de carácter restrictivo*

como es la que otorga la inmunidad de la que estamos hablando. La segunda es que, para la interpretación de las normas aludidas no es posible dejar de lado su espíritu, su razón de ser y su finalidad. Y una interpretación teleológica de estas normas permiten concluir que la inmunidad parlamentaria no está prevista como una garantía de impunidad, es una garantía del sistema republicano para que los legisladores no puedan ver obstaculizada su tarea mediante persecuciones espurias. Que el Vicepresidente ejerza la presidencia del Senado de la Nación no lo convierte en uno de sus miembros ni le otorga facultades legislativas más allá de la excepcionalísima facultad de emitir su voto cuando hay empate, pero porque así lo establece la Constitución y no porque el Vicepresidente tenga una doble investidura”.

III. Análisis del planteo:

III. A. Falta de legitimación para plantear los agravios.

Acerca de este punto acuerdo con la postura del Sr. Fiscal. Los agravios planteados por el Dr. Pirota, no lesionan los derechos de Núñez Carmona, sino que involucran los derechos y garantías del Licenciado Amado Boudou, actual Vicepresidente de la Nación. Además, ninguna de las cuestiones planteadas lesionaría las garantías de su defendido en tanto el domicilio que ha sido sometido al allanamiento cuya validez se cuestiona no es el domicilio de Núñez Carmona y tampoco es un domicilio que haya sido habitado ni alquilado por el nombrado. También en este punto entiendo de aplicación la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos en los que se alega la violación a la garantía de un tercero (fallos “Rayford” y “Quaranta”) y en donde se exige que la argumentación se base en la existencia de un vínculo entre la ilegalidad inicial que afecta al titular de la garantía cuya violación aduce el tercero y la consecuencia perjudicial que afecta a ese tercero, de modo que aquella esté “*indisolublemente ligada*” a ésta. Cuestión que no ha sido verificada en este caso y por tanto resulta válido el rechazo del agravio sólo con este argumento.

III.B. Violación de lo dispuesto por la ley de ética pública n° 25.188.

En este punto, también coincido plenamente con los argumentos del Fiscal para rebatir el razonamiento realizado por la defensa del imputado y en honor a la brevedad a ellos me remito. Sin embargo, a estas cuestiones agregaría otras más que apoyan el rechazo del planteo.

La defensa sostiene que el pedido de declaraciones juradas es ilegítimo, por tres clases de razones:

a) el fiscal pidió dichas DDJJ sin indicar motivos y sin aclarar el fin para el cual las utilizaría (requisito 10 ley 25188);

Poder Judicial de la Nación

b) Además pidió DDJJ de una persona que no estaba imputada en al causa: tercero ajeno a la investigación;

c) Entiende además que los únicos supuestos en los que cabría utilizar las DDJJ presentadas por un funcionario público a fin de llevar adelante una investigación serían: el delito de enriquecimiento ilícito y una violación a la ley de ética pública (interpretación del art. 19 ley 25.188).

En cuanto a la primera observación (a) la defensa pasa por alto que la regulación apunta a la obtención por parte de “cualquier” ciudadano de una copia de las declaraciones juradas presentadas por los funcionarios públicos sujetos a este régimen, imponiendo como única limitación formal la de indicar los motivos del pedido y la finalidad que se le otorgará a la información. La facultad de un juez o fiscal de solicitar esta información al encargado de la custodia de las declaraciones juradas se halla regulada, antes bien, por la regulación acerca del pedido de informes y documentación del Código Procesal Penal de la Nación (arts. 133 y 212 del C.P.P.N.). Por lo demás, el sentido común indica que la solicitud formulada por un fiscal en el marco de un proceso penal particular, indicando los datos de la causa deben ser entendidos como explicación suficiente para el custodio de la declaración jurada acerca del “motivo” y “finalidad” de dicha solicitud. En este caso, el contenido de las declaraciones juradas ha sido utilizado como prueba en el mismo expediente en el marco del cual fue solicitado, con lo cual no caben muchas más aclaraciones acerca de la legitimidad de su pedido inicial y su posterior utilización.

El segundo de los argumentos utilizados por la defensa para afirmar la “ilegitimidad” de la utilización de las declaraciones juradas (b) parece relacionarse con el alcance que esa parte otorga al concepto de “imputado” y, fundamentalmente, con su idea de “ajenidad al proceso”.

Hoy resulta unánime la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que asigna el carácter de “imputado” a cualquier persona mencionada en una denuncia penal y, posteriormente, en el requerimiento de instrucción realizado por el Fiscal.

Sólo por citar una de ellas *“Es, entonces, la situación objetiva -de estar indicado como sospechoso de haber participado en un hecho punible ante una autoridad competente para la persecución penal- la que define el concepto, y no lo define, por lo contrario, una decisión subjetiva y formal de alguna autoridad...”* (Maier, Julio B. J. *ADerecho Procesal Penal. II Parte General. Sujetos Procesales*, Ed. Del Puerto, 1° reimpresión, Buenos Aires 2004, pág. 190).

Siguiendo con el razonamiento de Maier, el punto inicial de la condición de imputado resulta ser aquel momento en el que una persona es indicada, de cualquier

forma, como partícipe en un hecho punible ante alguna de las personas encargadas por la ley de la persecución penal (ob. cit. pág. 195).

A partir de este momento, la persona sindicada de haber cometido un delito es sujeto de derechos con capacidad de ejercer sus plenas facultades defensivas en el proceso de manera facultativa antes del llamado a prestar declaración indagatoria y de manera obligatoria con posterioridad a este acto (ver artículos 104 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación). Por otro lado, forma parte del objeto de investigación del fiscal o en su caso juez de instrucción y por tanto es razonable la realización de medidas de prueba a su respecto, con las limitaciones propias que se establecen para la aplicación de medidas de coerción y/o medidas que interfieran con alguna garantía constitucional.

Con este panorama, teniendo en cuenta que el Sr. Vicepresidente de la Nación, Lic. Amado Boudou, se encuentra mencionado en el requerimiento de instrucción fiscal del 22 de febrero del corriente año y que allí se le atribuye la posible comisión del delito de negociaciones incompatibles (artículo 265 del Código Penal), la pretendida ajenidad al proceso alegada por la defensa no se sustenta.

Finalmente, la defensa realiza una interpretación del artículo 19 de la ley 25.188 que limitaría la entidad probatoria de la declaración jurada de un funcionario público a la única modalidad delictiva de enriquecimiento ilícito (c).

La antojadiza interpretación de la defensa acerca del alcance de esta norma ha sido suficientemente desacreditada por el Sr. Fiscal. Sólo agregaré dos cuestiones adicionales: La regla del artículo 19 de la ley 25.188 parece estar dirigida al funcionario y/u organismo encargado del control periódico de declaraciones juradas (en este caso Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación) y por lo tanto, debe ser entendida como una regla de acción para el caso de advertirse la comisión de un delito o “una violación a la ley de ética pública” de la solitaria lectura de dicha documentación presentada por el funcionario. La razón por la cual la norma refiere únicamente al delito de enriquecimiento ilícito es puramente pragmática: de la lectura de una declaración jurada en principio sólo podría advertirse una inconsistencia entre los montos de ganancias declaradas y bienes y/o consumos alegados o, por otro lado, la omisión maliciosa de declarar un bien (ambas modalidades del delito de enriquecimiento ilícito, artículo 268 del Código Penal). Esto de ningún modo quiere decir que esta documentación carezca de valor probatorio para la investigación de cualquier otro delito de corrupción en trámite contra el funcionario. Por lo demás, justamente es la sospecha de la comisión de un acto de corrupción lo que fundamenta la punibilidad del delito de enriquecimiento ilícito y, por tanto, sería ilógico que la

Poder Judicial de la Nación

prueba pueda ser utilizada para la investigación de este delito de carácter subsidiario y no para la investigación de los delitos “principales” en tanto actos de corrupción directa. Aquí nuevamente basta con aplicar el sentido común: quien puede lo más, puede lo menos.

En definitiva, considero que el pedido y la utilización de las declaraciones juradas del Sr. Vicepresidente de la Nación, en el marco de este proceso, resultan perfectamente legítimas y no lesionan ni una garantía ni otra regla formal que acarree la nulidad de su introducción y, por ende, justifique la negación de su valor probatorio.

A ello puedo sumarse el hecho de que al instar la acción penal con motivo de la delegación, el fiscal impulsó formalmente la acción penal respecto de los supuestos delictivos previstos en los artículos 265 y 278 del C.P. En relación con *“la posible inconsistencia entre el nivel de vida que lleva el Vicepresidente Amado Boudou y su patrimonio, de acuerdo a lo declarado en sus respectivas declaraciones juradas”*, dispuso *“corresponderá ordenar las medidas previas necesarias a fin de establecer si resulta viable el impulso de la acción penal, para lo cual corresponderá solicitar al Juez delegante que requiera las declaraciones juradas correspondientes”*. Es decir que se habilitó específicamente dicha solicitud con una finalidad precisa. El ámbito de lo prohibido delimitado en el requerimiento incluía una verificación en el sentido que luego se habilitó.

Por otra parte, sin perjuicio de ello también se verifica la existencia de otras vías independientes a través de las cuales se hubiera llegado al mismo resultado prescindiendo de la cuestionada declaración jurada. En tal sentido, ya se contaba en el expediente con el descargo de Vanderbroele que por sí solo constituye un indicio previo, y, a este puede sumarse que la información sobre la existencia de un inquilino en el departamento fue informada por la firma Cablevisión y esto fue citado en el pedido de allanamiento solicitado por el Sr. Fiscal.

III. C. Artículo 1 de la ley 25.320

Si bien el examen realizado en III.A. y III.B. ya eximirían cualquier tipo de análisis en relación con el planteo intentado, cabe apuntar un argumento adicional que además de sustentar la posición otorga respuesta a otras inquietudes puestas de manifiesto.

La defensa pretende generar cimientos fuertes con las afirmaciones previamente denegadas para llegar a sostener que ese era el domicilio del Sr. Vicepresidente y de esta forma sustentar -con apoyo en el art. 1 de la ley 25.320- que el Vicepresidente de la Nación se encontraba abarcado por la ley de fueros. Al respecto,

en el expediente existían sobrados elementos de que no era el domicilio del Sr. Vicepresidente y por tanto nunca podría encontrarse abarcado.

Sin perjuicio de ello, -aún tomando como ciertas sus afirmaciones- de un análisis semántico del artículo 1º de la ley 25.320 se observa que esta ley hace una expresa distinción entre los destinatarios de la inmunidad de arresto a quienes enumera como “*legisladores, funcionarios y magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político*”, restringiendo el pedido de autorización al presidente de la Cámara para allanar el domicilio particular u oficinas, intervenir correspondencia o comunicaciones telefónicas sólo a los legisladores.

Esta distinción no debería ser considerada como menor, máxime cuando se advierte la forma en la cual se regula la disciplina interna del cuerpo legislativo y si se valora el alcance de la idea de la representación popular y la resistencia a interferencias del poder ejecutivo de turno, que, en el caso -tal como la defensa lo refiere al citar a María Angélica Gelli- no puede ser de ningún modo aplicable al caso.

Por lo expuesto, es que;

RESUELVO:

Rechazar el planteo de nulidad efectuado por el Dr. Pirota, por la defensa del Sr. Núñez Carmona, en el presente incidente.

Notifíquese al Sr. Agente Fiscal y mediante cédula a diligenciar en el día a la defensa.

Ante mí:

En se libró cédula. Conste.