

**Y VISTO:** Estas actuaciones: “**MOSQUERA, DIEGO EDUARDO S/FORMULA DENUNCIA ANTE EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA**”, Expte. N° 282/09

**Y CONSIDERANDO:**

*El Representante del Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial Dr. Salomón Precansky, dice :*

Los presupuestos en que se basa la denuncia incoada contra el Fiscal de Instrucción N° 1, Dr. Buenaventura Duarte, están estructurados sobre la base de las previsiones contenidas en el art. 15 de la ley N° 5.858 y el 195 inciso 6to de la Constitución Provincial.

Ello implicaría la existencia de Mal desempeño Funcional y la presunta comisión de Ilícitos penales, tal como efectivamente se afirma en el “sub lite”.

También imputa negligencia en el ejercicio de las funciones, (causal no contemplada en el ordenamiento legal de marras).

Las primeras afectaciones que hacen al devenir de la presentación sostienen la existencia de “versiones periodísticas” publicadas “on line” en el portal “Corrientes Ya” y afirma, en las primeras instancias de la denuncia, que son recogidas por el Ministerio Público ordenándose, aparentemente, su investigación.

Ya, desde allí, imputa al Sr. Fiscal Buenaventura Duarte el hecho de haberse involucrado con dichos antecedentes, demostrando liviandad y “mediatización” en tan delicada cuestión, haciéndose -además- eco de otras versiones emitidas por ex diputada en emisora radial, (datarían de febrero del corriente año).

En primer lugar, considero que se hace imprescindible “separar las aguas”; en efecto: ni el Fiscal Buenaventura Duarte se hizo “eco” de las versiones periodísticas, (“on line” y radiales), ni se introdujo de lleno en la investigación por iniciativa propia.

En efecto, contradictoriamente, el denunciante coincide con dichos expuestos por el denunciado en un descargo que, al efecto, es acompañado por documentación que avala la posición, en el sentido de que el actuante es convocado por el Fiscal General, Dr Cesar Pedro Sotelo, de conformidad a lo preceptuado en el Decreto-Ley N° 21/00, (Ley Orgánica del Ministerio Público del Poder Judicial de Corrientes), en su Título IV, Arts. 11, 13 y 26, mediante Oficio N° 71/09 para que actúe promoviendo la acción penal, si correspondiera en Derecho, debiendo informarlo oportunamente sobre el trámite impreso, (fechado el 16.2.09).

Ello, respecto a publicaciones periodísticas aparecidas en pág. 5 del ejemplar local “1588”, del 5.3.08, bajo el título “La historia se repite; ...el auto del

Secretario” y de la difundida en el portal [www.Corrientes-ya.com.ar](http://www.Corrientes-ya.com.ar) referida a las declaraciones radiales emitidas por la ex Diputada Provincial, por el Frente de Todos, Sra. Araceli Ferreyra contra el Secretario Diego Eduardo Mosquera.

Ahora bien; desde los primigenios enfoques de la denuncia, se hace referencia, (e invocan), los tipos contenidos en la ley 5.420, que prevé en su art. 2, la existencia de una denuncia verosímil para el inicio de las actuaciones, situación que no se compadece, en estricta interpretación, con la realidad que origina la instrumentación de las actuaciones rituales, (cuestionadas), que tienen, reitero, por encabezamiento una instrucción y/o recomendación específica perfeccionada por el Fiscal General del Superior Tribunal de Justicia a uno de sus Inferiores para que promueva acción, si correspondiere, conforme a derecho, contra el Secretario Dr. Diego Eduardo Mosquera, de lo que se colige, obviamente, oficiosidad en el trámite, enmarcado dentro de la normativa que integra la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia y, agregaría, en lo contemplado, a su vez, por el art. 5to del Código Procesal Penal de la Provincia, que claramente determina: “La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada...” y “...su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario...”,(sic); sin perjuicio de que aquella iniciativa pueda también ser ejercida por el querellante conjunto en la forma establecida por el Código.

Por tanto, es del juego armónico de todas estas disposiciones legales de donde se podrá determinar cuál es la fuente legal que inspira la operatividad del procedimiento a seguir el que, considero, no está en condiciones de ser perturbado por cuestiones formales si estamos en condiciones de ponderar que, ante la posible existencia de un delito de las características de la especie, cual sería el enriquecimiento desproporcionado e injustificado, además de ilícito, del funcionario público, la investigación del mismo, debe, al menos, ponerse en práctica, cuando es sabido que el ilícito está tipificado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscripta el 29.3.96 en la tercera reunión plenaria de la Organización de los Estados Americanos (Venezuela) y ratificada por nuestro país mediante ley 24.759, como un acto de Corrupción, cabiendo incluso poner de relevancia que aquella Convención misma, en su art. IX establece que “Con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones sin que pueda ser razonablemente justificado por él”, disponiendo, asimismo, que “Entre aquellos Estados Partes que

**Expte. N° 282/09**

- 2 -

hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención”, (sic).

Con lo valorado, tengo que el procedimiento adoptado por el Fiscal interviniente indudablemente obedeció a circunstancias legítimas enraizadas procesal y reglamentariamente con normativas provinciales; son: la Ley de Procedimientos Provincial, en la materia, Ley Orgánica del Ministerio Público y ley 5.420, habida cuenta que de uno de esos instrumentos legales se infiere la posibilidad que asiste al Sr. Fiscal General de instruir al Inferior a iniciar acciones legales, si en Derecho correspondiere.

Y, evidentemente, que la Fiscalía del denunciado consideró atendible y verosímil dar curso a la investigación, para lo que finalmente formula Requerimiento de Instrucción Formal, luego de implementar prolíficas medidas previas que revisten carácter preparatorio para la eventual investigación y profusas diligencias de carácter informativo, que, lejos de convertirse en reacciones provenientes de un “pasquín” (como las cataloga el denunciante), son instrumentadas mediante la intervención de organismos oficiales, en su mayoría.

Tal como puede apreciarse de la presentación que sirve de referencia a los actuados, es más que significativa la cantidad de medidas útiles y pertinentes (a la cuestión ventilada) ordenada por la Fiscalía previo a la formulación del Requerimiento, circunstancias éstas que están plasmadas, en sobre “F”, correspondiente al plexo de pruebas acumuladas por el denunciado. Así es como se rescata la publicación “1588 Informe de Bolsillo” del 5.3.08 y del periódico “on line”, [www.corrientes-ya.com.ar](http://www.corrientes-ya.com.ar), del 6.2.09, el pedido de remisión del Decreto que pone en sus funciones actuales al denunciante y copia certificada del mismo, la copia de recibo de Sueldo emitida por el Nuevo SIS.PER, los informes numerosos de A.F.I.P. y D.G.R.; la declaración jurada de bienes, por conducto de la Escribanía Mayor de la Casa de Gobierno, los oficios a entidades bancarias acerca de la operatividad del ciudadano con ellas, de la Bolsa Confederada de Comercio, del R.P.A. y del R.P.I., del Banco de Corrientes S.A. y la sorprendente y desconcertante rectificación que hace de uno de los rubros evacuados, de las fotocopias certificadas del Legajo de aquél, de Prefectura Naval Argentina, del R.N.P.A., del Banco Central de la República Argentina.; de la Inspección General de Personas Jurídicas, del testimonio de la ex diputada provincial Araceli Ferreira, de la presentación del Senador provincial, Gustavo J. A. Canteros, de los depósitos, extracciones bancarias y operatorias en tarjetas de crédito y débito, etc. (para solo mencionar algunas de las informaciones evacuadas merced a la iniciativa investigativa

hecha por el Fiscal denunciado), todo lo que nos habla, en mi criterio, de manera irrefutable y cristalina, qué hizo uso de toda una gama de indagaciones primigenias para solventar la elaboración de un eventual requerimiento, conclusión que de manera alguna tiene visos de coincidencia con lo expuesto por el denunciante, en el sentido de que, simplemente, la difusión de una noticia en un “pasquín” (o medio gráfico sin editor reconocido y/o autorizado) fue recogida por un miembro del Ministerio Público para formular la imputación de un delito; manifestación que de manera alguna está dotada de veracidad, tal como esta suficientemente acreditado.

Es que, además, del contenido de la denuncia se desprende la existencia de aseveraciones-verdades “aparentes” que no están dotadas de comprobación documental, como ser aquellas que explicitan que la edición del diario “1.588” no tiene editor responsable, carece de domicilio e inscripción ante los organismos tributarios, amén de forma jurídica y número de CUIT; ello no nos consta y tampoco lo demuestra documentalmente.

Respecto a la falta de verosimilitud invocada por el interesado, está claro que las informaciones evacuadas a través del Requerimiento formulado por el Fiscal solventan, con toda propiedad, el criterio asumido en la elaboración de la pieza acusatoria; si tomamos como referencia el valor cotizante de una propiedad a nombre de la esposa del Dr. Diego Eduardo Mosquera, en la suma de dólares 300.000; el testimonio de Araceli Susana del Rosario Ferreira que se compadece con el tenor de algunos informes obtenidos, el monto más que significativo obtenido a través del cálculo que se extrae del movimiento de cuenta bancaria en el Banco de Corrientes S.A., que ascendería a los montos que surgen de la investigación y la elevada operatoria en tarjetas de débito durante el año 2008, la cotización de automotor mencionado en el epígrafe correspondiente, las fotos satelitales obtenidas a través de material remitido por el organismo Municipal que hace gala de las características del inmueble que habita y numerosos datos más extraídos de documentación fehaciente que acredita que el sueldo que cobraba, en sus diferentes oportunidades históricas, el denunciante de Juicio Político y su cónyuge distan, en principio, mucho, de los logros económicos obtenidos a nivel familiar, a través de sus respectivas gestiones, por los involucrados en los autos referidos en los presentes, lo que implicaría “prima facie” (sin perjuicio de que en el devenir de la investigación la carga de la prueba refiera una conclusión contraria y en la aclaración de que estas reflexiones no están dotadas de prejuizgamiento alguno), que al momento de iniciarse la investigación existían elementos de juicio verosímiles y más que aceptables para fundamentar un requerimiento de instrucción. Ergo, parece contrario a todo proceder judicial, impregnado de los principios que gobiernan nuestro principio republicano, que el Fiscal, por los conductos oficiales que el caso prevé, retacee en absoluto toda información a la Comisión de Recepción de Denuncias de Ilícito de la

**Expte. N° 282/09**

- 3 -

Honorable Cámara de Senadores de la Provincia, cuando de la iniciativa de ésta parte la necesidad de conocer, al menos, los antecedentes de aquél, si, como se sabe y está aquilatado documentalmente, el Fiscal actuante no ordenó la extracción de las fotocopias solicitadas, respetando la naturaleza de la investigación abordada y sólo convocó a los interesados a su público despacho.

Con referencia al MAL DESEMPEÑO denunciado, desde ya sostengo, coincidiendo con la postura asumida por JORGE MOSSET ITURRASPE – AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y CARLOS E. PARELLADA, en “Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la actividad Judicial”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág.206, que “...si bien la expresión “mal desempeño” es muy amplia -no está descrito el concepto constitucional de mal desempeño- es innegable la exigencia de un factor subjetivo de imputabilidad de ese mal desempeño -dolo o culpa...”, nos parece “... a tono con el espíritu de la época, que se parte de una conducta irregular, en alguna medida querida e intencionada, sea a título de dolo o de culpa grave...” y que “...incluir los malos desempeños nacidos de la culpa leve o sin culpa alguna, el error excusable o inculpable, nos parece francamente excesivo...”, no debiendo olvidarse que hasta la exculpación de un error vuelve lícito el obrar de un funcionario, no cabiendo que se llegue a su remoción con base, precisamente, en el obrar lícito.

Pues bien, como base de partida “acusatoria” se aprecia que entre los argumentos vertidos por el denunciante, el Fiscal interviniente habría incurrido en aquella causal al no respetar el secreto previsto por la ley N° 5420 y lesionando, reiteradamente, el debido proceso legal.

Al respecto cábeme inferir de las constancias documentales arrojadas a este Consejo de la Magistratura que el procedimiento que se inicia con motivo de las recomendaciones y/o instrucciones impartidas al efecto por el Sr. Fiscal General fue oficioso en virtud de que no hubo radicación de la denuncia en las causas que se ventilan con motivo del presunto accionar ilícito del Sr. Diego E. Mosquera, de lo que deviene que la no cumplimentación integral de todas las previsiones de la ley de aplicación tiene su excepción en la forma de actuación antes explicitada y a la que me remito párrafos arriba, donde formulé criterio sobre las objeciones hechas, a favor de la implementación del trámite seleccionado, restando solamente precisar que la fuente de información de la “noticia criminis” no partió, en todo caso, de los organismos oficiales pertenecientes al Ministerio Público sino de los medios de expresión periodística, que se hicieron eco de los dichos proferidos por una ex legisladora provincial.

Pero, además, el denunciante señala como irregularidad procesal la circunstancia de que no se ordenaron diligencias, omisión que debe ser tomada en cuenta como ejemplo para encuadrar en la conducta del Fiscal acusado de mal desempeño de sus funciones.

Esto último no sólo que aparece como desconcertante sino como temerario. En los párrafos precedentes referencie las innumerables medidas que adoptó la Fiscalía previas a la formulación del Requerimiento de Instrucción Formal, de manera tal que se perfila como maliciosa la aseveración contraria; sobre todo, porque el interesado no especifica cuáles son las omisiones incurridas, con la excepción de la violación del secreto irrestricto, de lo que se extrae en buen criterio, que sus afirmaciones no están sostenidas por elemento de juicio alguno y, en cambio, están controvertidas por las documentaciones a las que hemos tenido acceso y que se compaginan con la versión expuesta por el denunciado en su descargo.

Acto seguido, el denunciante asevera con énfasis, que “...de las pruebas que se aportan resultan con grado de certeza absoluta que el Fiscal Buenaventura Duarte incumplió este deber y con malicia e intencionalidad política electoral publicó el instrumento probatorio obrante en el expte, con la finalidad premeditada de que los mismos sean utilizados con dicho fin espurio...”, (sic).

Y aquí cabe detenernos; mientras el denunciante hace una afirmación tan grave como la expuesta en el párrafo precedente, el denunciado, en la presentación de sus descargos, niega absoluta y categóricamente la circunstancia mencionando que las manifestaciones de su denunciante han sido realizadas con absoluta liviandad, ligereza, mendacidad, sin fundamento y con temeridad, siendo aquella conclusión de falsedad absoluta agregando que “...cuando un organismo o repartición trae un oficio diligenciado a la Fiscalía.....el Sr. Secretario coloca el sello del cargo y los datos que en ellos van insertos -fecha y hora- controlándose el o los documentos que ingresan, firmándose posteriormente el original y la copia; el sello del cargo y la firma con sello aclaratorio del Señor Secretario se coloca en el mismo lugar en original y copia. En este caso, la A.F.I.P. lleva la copia y de allí en más se torna incontrolable su destino, por lo que de ser necesario, se deberá solicitar fotocopia certificada del informe de referencia a la Sección Penal Tributaria de la División Jurídica de la Dirección Regional Resistencia de la A.F.I.P....”, (sic).

Indudablemente, entonces, que dada la generalidad impuesta al léxico de las manifestaciones formuladas en la presentación por el denunciante, sin que sus dichos ofrezcan apoyatura necesaria para su justificación y no se conviertan en simples suposiciones carentes de comprobación, lo valorado por el denunciado adquiere visos de lógica y razonabilidad, toda vez que el señor Mosquera no aporta elementos de valor que hagan presumible que el Fiscal Buenaventura Dartte abrigue propósitos

**Expte. N° 282/09**

- 4 -

políticos y electorales (lo que, de por sí, ya es un acto de lesiva arbitrariedad) ni tampoco explica porqué concluye que ha sido precisamente aquél quien suministró datos inmersos en instrumentos probatorios con la finalidad premeditada de que se publiquen o sean utilizados con fines espurios. Antes bien, dichas atribuciones carecen de asidero al no advertirse demostrabilidad en su proyección y se convierten en expresiones unilaterales desprovistas de fundamento serio y responsable alguno, siendo que esta circunstancia se ve agudizada cuando ya se afirma con cierta vehemencia que "...lo relevante es que la única forma fue a través de la entrega que el Fiscal hiciera a terceros ajenos a la causa, pidiendo remoción del funcionario mencionado por la causal de imbecilidad...", en base a una terminología de evidente tenor ofensivo y rayano en la afectación del honor de la persona a quien va dirigida.

Por lo demás, sostiene que el Fiscal de la causa decidió de manera consciente, maliciosa y con finalidad política incumplir el deber de Secreto impuesto por el art. 6 de la Ley 5420 y lo hizo de manera ostentosa mediante la invitación a los senadores a tomar vista de las actuaciones.

El tenor de aquellas consideraciones ha sido reiteradamente puesto de manifiesto en el curso de la denuncia y en los párrafos precedentes se hizo un análisis técnico de la situación concreta que da origen al despliegue de la actividad del Ministerio Fiscal, sin que sea advertible la existencia de denuncia previa y considera que, sin perjuicio de convocar a la Comisión del Senado Provincial a su público despacho, el Fiscal no ha autorizado la extracción de fotocopias de las actuaciones y en cambio ha optado por mantener la reserva documental de las mismas, actitud que habla del respeto por la naturaleza de aquella, de la prudencia y cautela observada en la implementación del trámite impuesto ante la requisitoria de otro Poder del Estado que, legítimamente, requería información sobre el particular, habida cuenta que estaba facultado para hacerlo.

Posteriormente, el denunciante hace uso de un Acta Notarial de desgravación, al requerir los servicios profesionales del Escribano Armando D'Ambrosio, por parte del señor José Luis Zampa, quien se adjudica la calidad de funcionario público del Estado, al actuar como Director de Información Pública de la Provincia de Corrientes, sin que del acto protocolar celebrado el 4.9.09 se advierta cómo se obtiene el C.D. de audio respectivo, porqué interviene un funcionario del Gobierno Provincial en la producción de dicha prueba preparatoria y en base a qué consideraciones se concreta la desgravación de un material que, en todo caso, debió ser enviado a quien corresponda por parte de "Radio Sudamericana", ya que es este medio

de difusión el que, mediante una secuencia del programa “Dialogando”, conducido por la periodista Liliana Romero y supuestamente emitido en fecha 13.3.09, habría entrevistado al Fiscal Buenaventura Duarte.

Conforme, entonces, a la realidad de los hechos ventilados y a la evidencia de que la desgravación mencionada ha sido hecha sobre la base de un requerimiento oficial inherente a uno de los representantes del Poder Ejecutivo de la Provincia y no a una iniciativa judicial, con contralor de partes, se hace, en mi criterio, razonable y viable la impugnación de dicho elemento de juicio hecho por el Fiscal Duarte al sostener que el fue confeccionado sin ningún tipo de control sobre su autenticidad y especialmente como se obtuvo la escucha y grabación de un programa desde las oficinas públicas, el que sería introducido por ello de manera totalmente ilegal al caso en trato, mediante la violación de garantías constitucionales, tal como lo expone en su descargo el denunciado, haciendo mención de casos jurisprudenciales que avalan su postura.

Es que, tal como se arguye, si bien durante muchos años la Corte Suprema de Justicia de la Nación pareció no querer adentrarse mayormente en la cuestión del valor de la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales, salvo algún caso aislado, en autos “Montenegro” y “Fiorentino” creó un precedente importante en la materia.

En efecto, en “Fiorentino” se había obtenido el hallazgo de sustancias que eran indicativas de la existencia de un ilícito penal a través de un allanamiento ilegal y esto también ocurre en otro caso anterior (“Charles Hermanos”), donde funcionarios de la Aduana habían hecho un procedimiento en un comercio sin orden judicial alguna, secuestrando facturas comerciales de la firma, correspondencia y libros de contabilidad, sobre la base de que esos elementos fueron materia de contrabando, señalando la Corte en aquellos casos que, otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formal sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito, siendo que concretamente, en “Charles Hermanos”, la Corte señaló que los funcionarios aduaneros habían actuado de manera ilegal y que los las pruebas recogidas en base a esos elementos documentales, no pueden servir de base de juicio, considerando además que la ley declara inadmisibles el método utilizado aún cuando se haya llevado a cabo para descubrir un delito; ello, en el interés de la moralidad, de la seguridad y del secreto de las relaciones sociales, siendo además que, si los documentos han sido incautados ilegalmente, no debe dárseles valor alguno, ordenándose el desglose.

A su vez, en “Montenegro” se impugnan confesiones que se estructuraron en base a apremios ilegales y torturas, es decir, a informaciones suministradas por el encausado obtenidas por procedimientos humillantes y vejámenes

**Expte. N° 282/09**

- 5 -

físicos, mediante lo cual se obtuvo la localización del lugar donde se hallaban efectos robados. Y si bien es cierto que tanto en “Fiorentino” como en “Montenegro” la Corte no se expidió integralmente respecto de la doctrina del fruto del árbol venenoso, que ocupa nuestra atención en el particular, sí mencionó ya, en aquella oportunidad histórica, que admitir la utilización de medios ilícitos (valga la redundancia) en la persecución penal sería contener e integrar a la causa todos los que resulten de la irregularidad/es.

Y por ello es que, consecuente con doctrina invocada, salvo muy fundadas y honrosas excepciones, consecuentes con aquella ideología adoptada por la Corte, numerosos tribunales inferiores sostuvieron que en la comparación de valores en juego, (el respeto a las garantías individuales por un lado y el interés de la sociedad en que los delitos sean investigados por el otro), debe acordarse primacía a los primeros por tratarse de dictados de la Ley Suprema, siendo que, llevado este concepto a otras situaciones que no necesariamente deben ser delictivas, lo importante es poner de relieve que la garantía del debido proceso y el principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa. (con aplicación analógica a todo tipo de trámites), se verían enormemente menoscabados si se permite utilizar contra un ciudadano pruebas obtenidas en violación a sus derechos humanos, siendo por todo lo afirmado que la doctrina del Fruto del árbol Venenoso, que tuvo su origen en EE.UU., a partir de la década de 1960, se aplica también aquí para optar por la reafirmación de fundamentos éticos y disuadir a la realidad social que con la ilegalidad no se soluciona nada, centrándose aquel principio en que siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, como en el caso es la introducción a juicio de una prueba que debe ser excluida procesalmente como tal por no haber sido obtenida formal o legítimamente ni mediante la acreditación de la extensión de origen, su consideración deviene inoficiosa, nula y arbitraria, por cuanto no contó con control de autenticidad al no explicitarse el medio de su obtención cercenando el derecho al eventual “enjuiciado” a fiscalizarla y participar del acto que, practicado unilateralmente, afecta notoriamente su derecho de defensa.

La ilegalidad se proyecta entonces ya a todos aquellos actos que son su consecuencia inmediata que se ven alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad, situación que ha sido ampliamente reseñada por la Corte Nacional en la consideración del caso “Rayford” y muchos otros análogos; siendo que, amén del mentado y famoso caso de los Hermanos Charles, en el que la Corte consideró que toda documentación incautada sin formalidad alguna, no sirve como base de juicio.

En numerosos casos actuales, el Tribunal Supremo de la Nación entendió que los recintos privados, sean de la naturaleza que fueren, deben tener la misma protección que el domicilio y para la apertura de la documentación contenida, por ejemplo, en cofres cerrados y/o material de difusión, es necesaria orden de allanamiento, pudiendo incluso comentarse que también la Cámara en lo Criminal de la Capital consideró que la utilización de impresiones de un correo electrónico del empleado por parte de la empleadora como prueba es inválida ya que la apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente a su dueño, transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los excluye del debido proceso, constituyendo prueba de marcada ilicitud.

Ergo, sostengo el criterio de que la sola implementación del tratamiento de la prueba calificada con la letra “P”, a juicio de mérito, es inaceptable y totalmente inválida, por lo cual es de mi opinión que la misma no está siquiera en condiciones de ser evaluada.

Es más, los Tratados y Pactos Internacionales de aplicación y validación Constitucional son todos coincidentes en señalar que la exclusión de la prueba obtenida por otros medios que no sean los legítimos es materia prioritaria en la política encarada por los organismos encargados de velar por el respeto a los Derechos Humanos, de manera que proseguir con el desarrollo del tratamiento de esta cuestión, hasta se perfila estéril.

En lo que respecta a la COMISION DE ILICITOS PENALES por parte del Fiscal, en la presentación hecha por el denunciante se formula un comentario que habla de la necesidad de preservar el secreto establecido por ley nacional 11.683.

Obviamente, esto hace referencia a declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presenten a la “Dirección General,” entre otros conceptos y tiene relación con el deber impuesto a magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la entonces Dirección General Impositiva, respecto de la necesidad de mantener el secreto (Fiscal) de lo que llegue a conocimiento de aquellos en el desempeño funcional y hace responsable a los terceros que divulgan o reproduzcan las informaciones de la pena prevista por el art. 157 del C.P., para quienes, valga la redundancia, divulguen actuaciones o procedimientos que por ley deban ser secretos.

Si analizamos detenidamente la propuesta “delictiva” que hace el denunciante con referencia a la divulgación del secreto de actuaciones presuntamente hecha por el Fiscal Buenaventura Duarte, tenemos que volver, necesariamente, a lo ya reflexionado en párrafos anteriores acerca de que ni la presentación inicial ni en la acumulación de prueba inherente a sus intereses, demuestra el Dr. Mosquera que el hecho de haber tomado estado público el informe de la A.F.I.P., (responde al oficio N°

**Expte. N° 282/09**

- 6 -

56/09), obedezca a una conducta desplegada en tal sentido por el Fiscal cuyo Juicio Político pretende; por el contrario, las explicaciones que hace este último acerca del procedimiento adoptado para el libramiento del oficio y/u oficios pertinentes, (cuya necesidad se torna imprescindible para ahondar respecto de la verosimilitud del caso en trato), responden a un corolario de supuestos lógicos que no han sido desacreditados por las escuetas presunciones y/o indicios del denunciante, que no responden, en realidad, al descubrimiento de un hecho comprobable.

En efecto, son varias las Reparticiones que cuentan con copias de las actuaciones giradas en torno a la investigación diligenciada en torno a la indagación del patrimonio de los involucrados, (matrimonio Mosquera); por lo cual la preservación del secreto es inherente al ámbito funcional de los responsables de cada repartición, pero de ello no debe concluirse necesariamente que haya sido la Fiscalía a cargo del Dr. Buenaventura Duarte o el propio Fiscal quien se haya perfilado como autor de la divulgación de datos inherentes a las informaciones recogidas; la Sección Penal Tributaria de la División Jurídica de la Dirección Regional de la A.F.I.P., entidades financieras y/o bancarias u otras reparticiones, etc., han estado en condiciones de proveer aquella información y asumir la condición de terceros divulgadores de aquél mentado secreto.

Pero, de cualquier manera, se hace oportuno, a esta altura de los acontecimientos, reseñar a qué secreto se refiere la ley 11.683. Indudablemente que éste no es otro que el que regulan las declaraciones juradas e informes presentados a la entonces llamada Dirección General Impositiva, hoy denominada A.F.I.P., siendo dichos datos de carácter netamente tributarios y ajenos a la función específica de una Fiscalía . Lo que este organismo, en todo caso dispone, es solicitar informes a efectos de evacuar interrogantes que tengan relación con la presunta comisión de un ilícito penal y no ingresar en el conocimiento llano del secreto tributario, sin interés fundado en la circunstancia que amerita un proceso judicial. De manera tal, que la obligación inherente a los presupuestos que movilizan a la ley comentada tiene naturaleza tributaria, no otra y que la remisión que hace la misma a las responsabilidades previstas por el art. 157 del Código Penal también está dotada de esa característica.

Las probanzas acumuladas en letra "A", sólo refieren la existencia de la difusión periodística de noticias obtenidas a través de fuentes no reveladas, que de ninguna manera asocian al Fiscal Duarte con su divulgación; lo mismo sucede con lo agregado como Prueba "B", donde consta facsímil del informe que la A.F.I.P. envió al Fiscal de la Provincia, circunstancia que no necesariamente deba atribuírsele al respecto,

cabe hacer constar que ya eran numerosas las publicaciones y los comentarios que se difundían a través de todo tipo de prensa en relación al caso y que la primitiva difusión de su envergadura seguramente parte incluso desde los albores del mes de febrero, cuando la ex diputada Ferreira sale a la palestra “introduciendo” el caso a conocimiento de la comunidad.

La prueba “E” tiene relación con la información brindada por la Comisión respectiva de la Cámara de Senadores de la Provincia, situación a la que ya me referí supra y a la que me remito “brevitatis causa”.

La “D” a publicaciones hechas vía Internet que hacen referencia a noticias del diario “El Litoral”, para lo cual adopto idéntico razonamiento y en lo que hace al mérito del tratamiento de la cuestión, de la prueba “F”; esta acreditado que el Dr. Buenaventura Duarte no autoriza a la Comisión de Recepción de Denuncias de Ilícitos de la Honorable Cámara de Senadores la extracción de fotocopias del expediente sino que pone a disposición de su Presidencia, en su el público despacho, en base a normativas que el denunciado califica de supranacionales y constitucionales, en su descargo y que tienen que ver con la adhesión de nuestro país a Convenciones y Tratados Internacionales sobre la materia, amén de lo previsto por el art. 33 de la Constitución Provincial y el rol que ejerce el Poder Legislativo como mecanismo receptor de irregularidades incurridas por funcionarios públicos, argumentos que, por otra parte, en su ocasión consideré atendibles, sin perjuicio de la división de Poderes, en salvaguarda del sistema republicano de gobierno. Por lo demás, las restantes probanzas y/u aportes de esta naturaleza contenidas en su designación por diferentes letras del abecedario, responden nuevamente al fotocopiado de noticias difundidas por diferentes medios periodísticos, que no guardan relación ni vinculación específica con el Fiscal Buenaventura Duarte.

Retornando a la temática abordada en relación a la ley 11.683 y su remisión al art. 157 del C.P., es dable destacar que dicho la normativa penaliza al funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por ley deban quedar secretos. Lo importante de destacar aquí es que, para que el delito se configure, debe acreditarse, a nivel subjetivo, “...la voluntad de revelarlo (al secreto) a terceras personas que no se encuentran autorizadas a conocer (lo)...”. Ello, porque aún cuando el delito es de pura actividad, su naturaleza típica es dolosa (cfr. EDGARDO ALBERTO DONNA, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, A, pág. 376).

Y es también por dicha razón, que coincido con pronunciamientos que habilitan el examen del caso, a la luz de la jurisprudencia y que disciernen que “...el art. 157 del C.P. apunta, exclusivamente, a la tutela de los fines propios de la actividad del Estado. Por ello, si la información de que se trata fue evaluada por una dependencia funcional y operativamente dependiente de la misma

**Expte. N° 282/09**

- 7 -

repartición que la poseía, no puede hablarse de trascendencia de la información...”(cfr. CFed.C.Correcc., sala I, 27.12.01, “D.S.,F s/Sob.”, c. 33.543), cabiendo, asimismo, valorar que “...no se configura el delito de violación de secreto, previsto por el art. 157 del Código Penal, por el hecho de que la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas haya dado a publicidad un dictamen relativo a episodios acaecidos en el Consejo Agrario Nacional, por los cuales se dio intervención a la justicia, cuando dichas actuaciones debían permanecer secretas según la ley...”; cuando en determinadas circunstancias se autoriza a dar publicidad a esa clase de documentos (CFedCCorr.,LL 143-562,29.591-S), habiéndose incluso fallado que tampoco configura el delito de violación de secretos (art. 157 del Código Penal), no obstante lo dispuesto por la ley de bancos, artículos 30 y 31 y la Carta Orgánica del Banco Central, artículo 40 del decreto-ley 13.126, sobre la reserva de las informaciones bancarias, la publicación de un folleto por parte de funcionarios de esta última institución, relativo a las constancias de un sumario instruido en un banco, si el mismo apareció con posterioridad a la difusión de noticias por la prensa en general, tanto en la capital como en provincias...”, siendo que: “...En tales condiciones, dado el estado público que había tomado lo relacionado con el aludido sumario, no puede sostenerse que la razonable preocupación de las autoridades de la mencionada institución oficial constituya una revelación de hechos y procedimientos de carácter secreto, (cfr.C Fed CCorr, 23.4.68, LL 131-625).

En estas instancias y por lo arriba expuesto, colijo que se hace pertinente recordar que la responsabilidad penal de un funcionario público sólo puede dimanar de un accionar antijurídico y culpable, que en el ejercicio de su función debe encontrar su tipificación en la ley penal, por lo que el apotegma “ nulla poena sine culpa”, que Beling designa como principio fundamental del derecho penal moderno, lejos de contradecir el que reza “nulla poena sine lege”, según Marquardt y Cabral (mencionados por JULIO J. MARTINEZ VIVOT (h), en “Responsabilidad de los funcionarios públicos, pág. 60), “...lo complementa en su función, impidiendo que una persona pueda ser castigada por resultados que se encuentran fuera de su poder de control o de evitación...”,(sic).

Está claro también, como ya lo anticipara oportunamente, que el art. 268 (2) del C.P., por encima de toda elucubración técnica que se haga respecto a su aplicación o no al caso en ciernes, configura una reglamentación racional del art. 36 de la Constitución Nacional y cumple con el compromiso internacional asumido mediante la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por lo que el conocimiento que pudiera haber adquirido el organismo específico que representa, en la

materia, al Senado de la Provincia, en el público despacho de la Administración de Justicia, (y no por vía de difusión o “ligera” propalación de documentos mediante la extracción de testimonios certificados), tiene su correspondencia, como decía en párrafos precedentes, en el sistema de gobierno que nos regula, ya que el valor asignado al interés público y a la publicidad de los actos de gobierno como elemento de la organización representativa y republicana que nos rige, es puesto de resalto en Fallos 321:2258 y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta, entre profusas consideraciones, en pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, en fecha 9.6.05, in re “Alsogaray, María J....”.

Sobre todo, porque el tratamiento del delito de la especie atribuida al Secretario Diego Eduardo Mosquera está, más allá de toda otra consideración, legalizado por el contenido del quinto párrafo del artículo 36 de nuestra Carta Magna Nacional, el que es considerado como expresión de voluntad del constituyente de legitimar las disposiciones del tipo penal estudiado, ya que reza que “...Atentará contra el estado democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento y el autor quedará inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos públicos...”, explicándose entonces que la incorporación de dicho precepto responde a un objetivo nacional con el que se procura, incluso en lo político, la defensa del orden democrático mediante el imperio o la vigencia constitucional.

Estas últimas consideraciones se avienen, por otra parte, al comentario hecho por MARCO ANTONIO TERRAGNI, en su obra : “Delitos propios de los funcionarios públicos”, pág. 318, cuando, refiriéndose a la ética en la función pública, se resalta que “...los valores que justifican la incriminación de conductas que la sociedad ha individualizado como actos de corrupción no son otros que la ética de la función pública y la responsabilidad emergente de representar al conjunto social, lo que impone al funcionario público una actuación ejemplar para el resto de la sociedad...”. Y por ello es que JOSE SEVERO CABALLERO en: “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, publicado en LL 1997<sup>a</sup>, ha dicho en relación a la introducción del art. 36 párrafo 5, en nuestra Constitución Nacional, que “...la incorporación de este artículo en nuestra Constitución denota la importancia del ejercicio de la función pública por cuanto la calificación como delito grave y doloso a los actos que conlleve enriquecimiento atentan contra el sistema democrático...” y “...es tal la importancia que la función pública de administrar los fondos tiene en nuestra Carta Fundamental...”, que el artículo mencionado “...ordena al Congreso la sanción de una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función...”, compartiéndose por ello plenamente la opinión de HUMBERTO VIDAL en el sentido de que “...el enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2) del C.P. representa la culminación o, mejor aún, la coronación del esfuerzo de un Estado democrático y

**Expte. N° 282/09**

- 8 -

republicano en su pretensión de obturar todo resquicio por donde pueda filtrarse la corrupción funcional...”,(sic).

Cómo podría, entonces, so pretexto de alegarse la vulneración de un secreto que de las actuaciones no surge haya sido revelado por la Fiscalía actuante, sino dentro de los presupuestos funcionales autorizados, invalidar y/o imputar al autor de la investigación del ilícito comentado la atribución típica de un delito que no ha tenido visos de configuración típica, tal como lo he evaluado y de esta manera someter al funcionario judicial denunciado a un Jury de Enjuiciamiento ? . Estimo que la respuesta negativa prevalece.

Respecto a la materia en trato, sólo para ilustrar a los lectores acerca de la entidad y envergadura del delito de la especie, (enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos), y de la necesidad de estimular la iniciativa del investigador en torno al mismo, a título novedoso, viene a consideración una cita literaria hecha por el Dr. JULIO CESAR CASTRO, Fiscal General ante los Tribunales Orales de la Capital Federal, cuando, en relación a lo comentado y citando a un insigne escritor, subrayó : “...Miles de hombres se desviven trabajando, cuando pueden, acumulando amarguras y desilusiones, logrando apenas sostenerse un día más en la precaria situación mientras casi no hay individuo que tras su paso por el poder no haya cambiado, en apenas meses, un modesto departamentito por una lujosa mansión con entrada para fabulosos autos. ¿Como no les da vergüenza?...” (Ernesto Sábato – “La resistencia”).

Analizado lo antes expuesto, cómo podría entonces, en otro orden de cosas, atribuirse al funcionario denunciado, asimismo, la comisión del delito de Incumplimiento de deberes de Funcionario Público? (art. 248 del C.P.).

Cabe hacer referencia previa a que el denunciante no pormenoriza los alcances de esa imputación en su presentación, pero si analizamos la figura comentada, advertiremos que la ley sustancial reprime al funcionario público que dictara resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere. Como puede observarse, entonces, la descripción de los dos primeros casos corresponde a conductas comisivas, mientras que la restante implica, en principio, una omisión.

Pues bien, todos los supuestos mencionados contemplan un despliegue arbitrario en la función, contrariando lo que legalmente es debido y obligatorio, siendo aquí necesario recordar, como lo sostiene NUÑEZ, citado por EDGARDO ALBERTO DONNA, en “Delitos contra la Administración Pública”, Ed. Rubinzal Culzoni ,pág.

164, los abusos de autoridad previstos en el articulado de marras, no constituyen una extralimitación funcional en el sentido extensivo, sino que es un mal uso de la autoridad dentro de la propia función ; es cuando el funcionario emplea la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes o cuando el funcionario público utiliza su cargo para actuar ilegalmente. Pero lo trascendente de destacar aquí es que sólo se configura el tipo previsto en el art. 248 con carácter de omisión, que es el que aparentemente pretende el denunciante atribuir al Fiscal Buenaventura Duarte al endilgarle no haber ejecutado el cumplimiento de leyes que le incumbían, cuando se omite cumplir con la ley, pero de una manera intencional, esto es, con dolo al hacerlo, de manera que queda de lado toda conducta negligente, habida cuenta que como lo especifica bien DONNA, el tipo subjetivo de la figura requiere dolo y dolo directo, con conocimiento de la ilegalidad de su accionar, asumiendo la voluntad de oponerse a la ley, circunstancia que, tal como ya se ha fundado suficientemente en los párrafos que preceden al actual, es dable descartar en el accionar del Fiscal Duarte, habida cuenta de los fundamentos expuestos que avalan significativamente, en mi estimación, esta conclusión, restando solo, al respecto, parafrasear a CARLOS CREUS, en “Delitos contra la Administración Pública”, Ed. Astrea, pg. 203, cuando, a su vez, hasta habla de la exigencia de malicia en la omisión de la ejecución de la ley, aún cuando luego aclare que no sea correcto afirmar que la malicia sea el actuar típicamente a sabiendas, circunstancia que es imposible de apreciar en la conducta del funcionario denunciado, dados los antecedentes y las reflexiones que surgen de las constancias analizadas.

Y finalmente, hasta en “esforzada” interpretación, el denunciante indica que el Fiscal Buenaventura Duarte probablemente haya incurrido en Encubrimiento (art. 277 inciso 1 d), agravado por el Inc. 3 d), del C.P.), por cuanto “...al conocer la publicación en diversos medios de prensa del responde del Oficio N° 56/09 que evacua la Afip de fecha 25 de febrero de 2009 con el cargo y sello de la Fiscalía de Instrucción N° 1...”, no ordena ninguna diligencia tendiente a deslindar responsabilidades o hacer que el responsable las asuma, cabiendo preguntarme ante este nuevo interrogante formulado por el denunciante : no había acaso aquél considerado que el Fiscal actuó audaz y temerariamente en base a la aplicación del principio de “obediencia debida” , en aras de satisfacer las órdenes de un superior y del mérito de publicaciones irresponsables que provenían de un simple “pasquín”, a las que calificó de “inverosímiles”, es decir, increíbles o sin apariencia de “verdaderas”, a contrario sensu de lo calificado por la Real Academia Española en el tratamiento del término “verosímil” (?).

Indudablemente que aquí sí que ya no cabe efectuar mayores consideraciones, toda vez que desde que toma conocimiento oficial el funcionario judicial interviniente del supuesto delito cometido por un funcionario público y en base a

**Expte. N° 282/09**

- 9 -

expresas instrucciones emanadas de su Superior, actúa en consecuencia y recaba toda la información suficiente que lo faculta a requerir la instrucción formal de sumario, en base a datos “verosímiles”, es decir, que tengan apariencia de verdaderos y que no ofrezcan falsedad. Ergo, mal puede adjudicársele una conducta encubridora del delito que investiga a tenor de la figura mencionada por el denunciante, toda vez que ésta reprime a quien no denuncia la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole, circunstancia que se agrava cuando el autor es funcionario público.

Ahora bien, está claro que en el tipo comentado sólo podrán ser autores, a nivel objetivo, aquellos que estuvieren obligados a promover la persecución penal de un delito de esa índole, pero a nivel subjetivo, tal como lo ejemplifica con precisión CREUS, ob. Cit., pg. 511, “...el autor debe saber que está obligado a promover la persecución penal del delito y negarse a realizarlo...”, circunstancia que, se hace ya obvio expresarlo, carece de todo sustento con la sola exhibición del material aportado a los miembros de este Consejo, que ilustra acerca del profuso accionar de la Fiscalía cuestionada para esclarecer el ilícito en trato, cabiendo, entonces, descartar de plano, también en esta hipótesis, la viabilidad de la denuncia incoada.

Por lo demás, analizando los elementos de juicio aportados por el denunciado, apreciamos la existencia de un importante movimiento estadístico funcional en su ámbito laboral, en sobre “B”, mientras que en el “A” evidenciamos que las manifestaciones de la ex diputada Ferreira son las que “abrieron fuego” sobre la cuestión debatida en torno a la presunta responsabilidad del denunciante en los ilícitos atribuidos, lo cual es también plasmado en sobre “E” ; que en sobre “F” obra el Requerimiento de Instrucción Formal del Fiscal, que está dotado de fundamentación jurídica e integral para proceder, habida cuenta del mérito que puede hacerse de la evacuación de muchos de los informes solicitados; que en sobre “D” los antecedentes concursales del Dr. Diego E. Mosquera ameritan un buen pronóstico en materia de calificación y que en un caso penal de significativa trascendencia recibió la confirmación de la prisión preventiva dictada, lo que habla bien del mérito de su quehacer judicial (Resol. N° 211 del 19.4.07 de la Cámara en lo Criminal N° 1 de esta ciudad), sin perjuicio de que se desprende también que en su oportunidad la Fiscalía proyectó la reestructuración de las Defensorías Penales y Fiscalías de Instrucción; que se aprecia además la existencia de iniciativa por parte del Fiscal en la investigación de hechos que hacen a la proliferación de casos de cáncer en base a la posible influencia de

equipos transformadores de energía, lo que hace satisfactoria su gestión; que también actuó en la investigación de posibles hechos delictivos presuntamente ocurridos en la Escuela de Policía, en abril de 2004, en un caso que mereció la atención de la ciudadanía correntina toda y que tuvo intervención en actuaciones en las que se investigaba la existencia de intimidación y agresiones a viejos pobladores asentados en tierras ubicadas en medio de los esteros del Ibera, en base a acciones que se llevaron adelante para investigar los hechos y resguardar la vida y la tierra de los pobladores del Paraje Yahaveré, siendo finalmente innecesario evaluar el contenido de otros elementos, que se suman a los ya analizados e integrados en las documentaciones acompañadas.

Por lo expuesto, habiéndose recepcionado el descargo del denunciado y verificado la verosimilitud o no de los cargos y elementos de juicio contenidos en los escritos postulatorios, meritado la prueba arrojada a autos, en base a una de las alternativas previstas por el art. 18 de la ley N° 5.848, normativa que detallara, doctrina y jurisprudencia invocadas, voto por el rechazo de la denuncia incoada contra el Fiscal Buenaventura Duarte; de ser compartida por mis pares el voto el pedido de Juicio Político deberá declararse inadmisibile.

*El representante de los Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público Dr. Gustavo Sánchez Mariño*, dice: Que adhiere a los fundamentos y conclusiones expuestos por el Dr. Salomón Precansky

*El Sr. Fiscal de Estado Dr. Juan David Castello*, dice: Que adhiere a los fundamentos y conclusiones expuestas por el Dr. Salomón Precansky.

*El Sr. Presidente Dr. Carlos Rubín* dice: Que adhiere a los fundamentos expuestos por el Dr. Salomón Precansky

En mérito de lo precedentemente expuesto el Consejo de la Magistratura

### **RESUELVE**

1°) Rechazar la denuncia formulada por Diego Eduardo Mosquera contra el Fiscal de Instrucción N° 1 de la ciudad de Corrientes Dr. Buenaventura Duarte por los hechos descriptos en la denuncia,. 2°) Insértese y notifíquese. Fdo. Dres. Salomón Precansky-Gustavo Sánchez Mariño-Juan David Castello-Consejeros. Dr. Carlos Rubín Presidente. Ante mí Dra. Silvia L. Esperanza-Secretaria.