



Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 2614/16.1

//la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 29 días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta, y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 3540/3554 y fs. 3555/3571 por el señor Fiscal General y por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), en su calidad de pretensa querellante, por intermedio de su presidente Ariel Adolfo Cohen Sabban y con el patrocinio letrado de los doctores Santiago Andrés Kaplun y Gabriel Leonardo Camiser, respectivamente la presente causa **CFP 777/2015/CFC2** del registro de esta Sala, caratulada **"FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina E. y otros s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en la causa CFP 777/2015/CFC1-CA2 de su registro, con fecha 27 de septiembre de 2016, resolvió: **"CONFIRMAR la resolución obrante a fs. 3415/27 en todo cuanto decide y ha sido materia de apelación"** (cfr. fs. 3501/3516 vta.).

En definitiva, mediante dicha decisión, el *a quo* resolvió confirmar el pronunciamiento dictado con fecha 5 de agosto de 2016 por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de esta ciudad, Daniel



Rafecas, en cuanto había rechazado el pedido de reactivación de las presentes actuaciones efectuado por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), en su carácter de pretensa querellante (fs. 3415/3425).

Asimismo, entendió que devenía improcedente -en razón de la decisión adoptada- analizar el pedido formulado por la DAIA de ser tenida como parte querellante.

II. Que contra dicho pronunciamiento, el señor Fiscal General, doctor Germán Moldes y la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) -pretensa querellante- por intermedio de su presidente, Ariel Adolfo Cohen Sabban y con el patrocinio letrado de los doctores Santiago Andrés Kaplun y Gabriel Leonardo Camiser, interpusieron a fs. 3540/3554 y a fs. 3555/3571, respectivamente, sendos recursos de casación, que fueron concedidos por el *a quo* a fs. 3576/3586.

Que radicadas las presentes actuaciones ante esta instancia (fs. 3595) y notificadas las partes de lo dispuesto en los arts. 464 y 465 del C.P.P.N., se presentó a fs. 3597/3607 el señor Fiscal General ante esta instancia, Javier A. De Luca y postuló el desistimiento del recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal de grado inferior, con invocación de lo dispuesto en el art. 443 del C.P.P.N.

Por su parte, se presentó a fs. 3609/3654 Alberto Teodoro Indij, en su carácter de vicepresidente primero y presidente en ejercicio de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) -pretensa querellante-, oportunidad en la cual mantuvo el recurso de casación





Cámara Federal de Casación Penal

interpuesto. Asimismo, en dicha ocasión, acompañó copia certificada del estatuto de la asociación y de las actas del Consejo Directivo.

III. a) Recurso de casación interpuesto a fs. 3540/3554 por el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Germán Moldes.

El representante del Ministerio Público Fiscal encauzó su impugnación por la vía prevista en los incisos 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N.

Explicó el agravio actual y cierto sobre el cual basó su impugnación, alegando que la decisión recurrida afecta y limita el alcance y el ejercicio de la función requirente que es propia del Ministerio Público Fiscal.

Concretamente, expresó que *"...con esta presentación canalizo la intención de que se restablezca el debido proceso en la tramitación de la causa y que se permita al Ministerio Público Fiscal ejercer su derecho a la defensa en juicio"* (cfr. fs. 3540).

Luego de discurrir sobre la admisibilidad del recurso interpuesto y efectuar una reseña de los hechos relevantes de las presentes actuaciones, el recurrente consideró que *"han echado por tierra el pedido de investigación formulado por el Ministerio Público Fiscal (ahora impulsado también por los pretensos querellantes) sobre uno de los acontecimientos más graves que se*



vivieron en la historia argentina reciente. Al hacerlo también sepultaron las expectativas de una sociedad atónita ante tan obstinado servicio a la negación de justicia que, más allá de las sangrientas y macabras circunstancias en que terminaron los días del denunciante, sin otra culpa que la de haber tratado de cumplir con su trabajo, impide a los argentinos conocer los entretelones de un inexplicable y vergonzoso tratado internacional cuya finalidad no fue otra que la de prodigar impunidad a los sindicatos como autores mediatos del más sangriento atentado terrorista que se recuerde" (cfr. fs. 3548).

Así, contextualizó lo que a su criterio demuestra la importancia de la investigación de un conjunto de hechos que podrían tener características criminales y el gravamen que la resolución adversa a sus intereses le causa al impedirle, mediante el archivo de la denuncia, probar su hipótesis imputativa.

En este sentido, consideró que "[l]a decisión que lo impide (a) se aparta de la solución normativa que corresponde (Fallos: 329:5323), (b) conduce sus razonamientos con un excesivo rigor formal, que desnaturaliza la esencia de los instrumentos e institutos a que se refiere (Fallos: 330:1072) y (c) su lectura demuestra que, esencialmente, contiene asertos dogmáticos para fundar la decisión (Fallos: 328:4497 y 329:3006)".

Indicó que la decisión del a quo se apartó de los baremos establecidos por el ordenamiento procesal para formular una denuncia, exigiendo requisitos por demás rigurosos al momento de analizar la sustancia o el





Cámara Federal de Casación Penal

contenido de la pieza procesal para sostener que no existía definición del hecho denunciado por el fallecido Fiscal, Alberto Nisman.

A fin de rebatir dicha argumentación, el recurrente aseguró el cumplimiento de los requisitos formales e intrínsecos exigidos en los arts. 175, 176 y 177 del C.P.P.N. y manifestó que *"antes existe sí un hito, 'la mácula' de fácil advertencia que indicó el camino de un nuevo análisis de los hechos conocidos, y la concatenación de esos conocimientos sería la que llevó al fiscal Nisman a proponer a la autoridad jurisdiccional el análisis de un nuevo caso"* (cfr. fs. 3549).

Agregó a ello que *"frente a este panorama, sí fue el apego exagerado a fórmulas del rito lo que llevó a la Sala a proceder en el modo en que lo hizo..."* (cfr. fs. 3549).

Explicó que el motivo por el cual acompañó a la causa diversos recortes periodísticos estaba dado por la cantidad de datos concretos y documentados vinculados al presente proceso que de allí surgían.

Por otro lado, hizo hincapié en la relevancia que la valoración del testimonio aportado por Roberto García Moritán ante el juez federal Claudio Bonadio podría tener para la presente causa. Así, transcribió que el mencionado testigo –que, según recordó, se desempeñaba al momento de los hechos como vicescanciller del gobierno que suscribió el



acuerdo-, manifestó que *"no tengo la menor duda que el memorándum de entendimiento perseguía la impunidad de los presuntos responsables del atentado a la AMIA"* (cfr. fs. 3549 vta.).

Agregó el recurrente que el testigo referido *"... opinó que el acuerdo internacional firmado con Irán debía buscar el fin espurio de encubrir ya que, de lo contrario, es difícil entender que haya redactado el punto séptimo - el levantamiento de las circulares rojas- y que sólo bastara la firma del acuerdo para su entrada en vigor sin la aprobación parlamentaria, como el resto de los tratados. Además señaló que en Francia, en 2007, una delegación iraní amenazó al fiscal **Alberto Nisman** para que levante las órdenes de captura libradas contra los acusados de organizar y perpetrar el atentado a la AMIA..."* (el resaltado pertenece al original, cfr. fs. 3550).

Insistió con que el testimonio referido se sumara a las razones ya enumeradas y detalladas por esa parte desde los inicios de los actuados que otorgan sustento a la necesidad de apertura de la denuncia. Expresó que resultaba pertinente *"...contar con las copias certificadas de estos dichos que resultan vitales a la hora de valorar la necesidad imperiosa de dejar de mandarnos papelititos, de esgrimir excusas y divagaciones farragosas y, de una buena vez, ponernos a trabajar"* (cfr. fs. 3550).

Señaló la contradicción que existía entre el reconocimiento que en el año 2005 el entonces Presidente de la Nación, Néstor Kirchner había efectuado públicamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos





Cámara Federal de Casación Penal

respecto de la responsabilidad del Estado Argentino en la desviación de la investigación del atentado a la AMIA y el ocultamiento de los que se suponían sus autores y el acuerdo al que en el año 2013 arribó Cristina Fernández de Kirchner con el Estado que representaba a los prófugos.

En dicha inteligencia, expresó que *"...señalé una y otra vez que las construcciones sobre las que se asienta el cierre de la investigación y la negativa a su reapertura se conforma por decisiones nulas y por el usufructo de la actividad delictiva. Esta sola combinación de escandalosas decisiones impone que sean revisadas por el superior, quien con una mirada neutral e imparcial, advertirá la verdadera existencia de mérito para iniciar un curso investigativo que arroje luz sobre los oscuros puntos de los hechos denunciados"* (cfr. fs. 3550 vta.).

En dicho marco de análisis, expresó que el juez federal de primera instancia para arribar a la decisión que fuera confirmada por el *a quo* recurrió a la prueba producida por Angelina Abbona -entonces Procuradora del Tesoro de la Nación- para negar la apertura de la investigación; prueba que consideró ilegal.

Con idéntico tenor, criticó la decisión adoptada por el *a quo* en su anterior intervención y manifestó que las irregularidades que tuvo el trámite del expediente estuvieron destinadas a *"ensuciar el proceso y dilatar los tiempos..."* (cfr. fs. 3550 vta.).



Asimismo, manifestó que *"...afincados en una falsa legalidad, luego de descartar los elementos de convicción que venían a diluir la primera negativa de investigación señalados tanto por la querrela como por este Ministerio Público Fiscal y referidos tanto a la inconstitucionalidad del Memorándum decretada y a la escucha telefónica entre el ex Canciller Timerman y el presidente de la DAIA, se ocuparon de mi persona más que de mis argumentos que sustancialmente les señalaban el bochorno de la decisión adoptada"* (cfr. fs. 3550 vta.).

Expresó que el sólido edificio fáctico y jurídico al que hace referencia la resolución recurrida no resulta un argumento válido en tanto *"...pretende erigirse sobre prueba ilegítima o ilícitamente producida y aviesamente agregada a las actuaciones por la indebida e inopinada intervención de Angelina Abbona [en ese entonces Procuradora del Tesoro de la Nación] y sus compinches en un exceso criminal de las funciones que le competían por expresas previsiones normativas, situación que hoy está corroborada y en proceso de juzgamiento..."*.

A ello, agregó que el juez de primera instancia omitió evaluar el casi medio centenar de medidas de prueba que el fiscal de primera instancia, Gerardo Pollicita, había requerido al formular el requerimiento de instrucción e impulsar el inicio de la investigación.

Consideró que resultaba imposible que en poco más de veinticuatro horas el magistrado haya tenido la capacidad de leer centenares de fojas, escuchar y evaluar horas y horas de grabaciones y analizarlas.





Cámara Federal de Casación Penal

Por otro lado, se agravió por la omisión en la que incurrió el *a quo* al descartar, sin ninguna explicación, las calificaciones legales alternativas que habían sido propuestas.

Concretamente, manifestó que *"...nada dicen y de aquí el agravio de fondo, sobre la aplicación de la omisión funcional a la persecución de delincuentes signada por el art. 274 del Código Penal. Se daría ésta porque, sin siquiera una explicación mínimamente verosímil, de manera inmotivada o fundada en motivos inconfesables o espurios se ha propuesto o evitado la realización de aquellas medidas administrativas necesarias para efectivizar que los acusados del atentado sean sometidos a la acción de la Justicia Argentina"*.

Sin perjuicio de ello, consideró que no debía limitarse el análisis de la presente causa a la opinión o discusión sobre calificaciones jurídicas, sino que debía investigarse la existencia de los hechos denunciados mediante las medidas de prueba propuestas, para luego poder discutir sobre su adecuación típica.

Resaltó el deber de investigar la posible comisión de un delito de acción pública instituido en cabeza del Ministerio Público Fiscal y la necesidad de promover una investigación, aún frente a versiones controvertidas como sucede en el caso, con el objeto de esclarecer los hechos denunciados.



Mencionó que es el principio de legalidad procesal y el deber de impulsar la acción penal -para comprobar o descartar los hechos-, el que inspiró al fiscal a formular el requerimiento de instrucción y proponer medidas probatorias.

En este sentido, expresó *"El norte que guía la acción de este Ministerio Público, tanto por parte del agente fiscal en estas actuaciones, como de quien suscribe esta presentación, es aquella indicación sustancial de la Constitución Nacional, la que manda a conocer y decidir sobre los hechos que se pongan en conocimiento de las autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público (arts. 116 y 120 de la C.N.)"* (cfr. fs. 3553).

Consideró que la necesidad de investigar se presenta como obligatoria no sólo para superar las incógnitas que se presentan respecto de los hechos denunciados, sino como una de las pautas mínimas de actuación frente a una situación de conocimiento liminar.

Dijo que *"la viabilidad de las pruebas pedidas por el Sr. Fiscal de grado -por su referencia cierta e inmediata con el conjunto de hechos que se pretende investigar-, son útiles y conducentes (art. 199 C.P.P.N.). También lo son las que aquí citamos y ponderamos como necesarias a partir de acontecimientos acaecidos con posterioridad a la iniciación de la vía recursiva pero que mal pueden tener lugar de continuar vigente el injustificable cerrojo a la investigación"* (cfr. fs. 3553).





Cámara Federal de Casación Penal

Criticó la decisión por resultar prematura frente a los hechos denunciados y a las medidas propiciadas por el fiscal federal, pues *"en el estado embrionario del proceso de conocimiento, no hay posibilidades de negar con certeza que [no] existió delito"*.

Expresó que *"los antecedentes que los fiscales de la causa hemos presentado y evaluado son el apoyo incuestionable en que asentaron esta afirmación"*.

Solicitó un nuevo análisis de las constancias de la causa y una revisión amplia de la decisión a fin de arribar a la verdad material de lo sucedido (cfr. fs. 3553).

Manifestó que *"el error [de la decisión recurrida] fue no considerar la validez y entidad de la denuncia y el requerimiento de instrucción que hace parcialmente eco de ella, y desde esa limitada visión del expediente, adoptar una resolución que impide sin motivos valederos la labor del Ministerio Público; además, para hacerlo no se ha reparado en que el conjunto de elementos con que se cuenta hasta ahora indica la probabilidad legal y legítimamente esbozada de que los hechos descriptos pueden ser delictivos"*.

En base a lo expuesto en la pieza recursiva, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó que se case o se anule la sentencia recurrida (cfr. fs. 3554).

Hizo reserva del caso federal.



b. Recurso de casación interpuesto a fs. 3555/3571 por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), en su carácter de pretensa querellante, por intermedio de su presidente Ariel Adolfo Cohen Sabban.

La recurrente invocó, en sustento de su pretensión, los motivos previstos en ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N. Consideró que la decisión recurrida aplicó erróneamente la ley sustantiva e inobservó las leyes procesales.

Luego de reseñar los antecedentes del caso, la recurrente se pronunció respecto de la admisibilidad del recurso de casación, para lo cual citó la doctrina expuesta en el Plenario "Zichy Tyssen" de esta Cámara Federal de Casación Penal. Asimismo, indicó que la decisión impugnada es de aquéllas recurribles ante esta instancia.

La pretensa querellante se agravió por la errónea interpretación del art. 42 y ss. del C.P.

En este sentido, expresó que el *a quo* descartó el inicio de la investigación por inexistencia de delito, a pesar de haber afirmado que la firma del *Memorandum* no fue un mero acto preparatorio sino un acto de importancia para ser examinado desde la óptica penal.

Así dijo "...el Dr. Ballestero decide ignorar por completo lo establecido en los arts. 42 a 44 del Código Penal, los cuales establecen parámetros para la aplicación de posibles penas luego de que se establezca mediante la investigación, la eventual responsabilidad del delito tentado" y que "parece entender que los delitos tentados





Cámara Federal de Casación Penal

carecen de pena y sobre todo que no resulta necesaria una investigación”.

Argumentó que resulta contradictoria la decisión de rechazar el pedido de reactivación de la causa frente al reconocimiento que en la sentencia se efectúa respecto a la relevancia que, desde la óptica del derecho penal, podría tener el acto denunciado.

Por otro lado y en relación con la alegada arbitrariedad e inobservancia de las normas del código de forma, la recurrente se agravió por la incorrecta y antojadiza apreciación de las probanzas y constancias de la causa.

Sostuvo que la resolución recurrida desconoce la coherencia y razonabilidad que un acto jurisdiccional debe respetar al confirmar el rechazo de la apertura de la investigación mediante meras afirmaciones dogmáticas, sin sustento racional y legal.

Afirmó que el desconocimiento que el *a quo* efectuó respecto del valor probatorio de la conversación mantenida entre Borger y Timerman como nuevo elemento de prueba para reactivar la investigación, mediante cuestionamientos relativos a su admisibilidad, resulta arbitrario en tanto la Sala II de esa misma Cámara reconoció ya la validez de la misma, al rechazar un planteo de nulidad formulado por la defensa de Héctor Timerman.



Señaló, además, la contradicción existente entre los fundamentos de los votos de los únicos dos magistrados que conformaron la decisión recurrida, en relación al interés o impacto que la comunicación telefónica entre Borger y Timerman -cuya validez se cuestionaba-, podría tener en las presentes actuaciones.

En este sentido, indicó que mientras el doctor Freiler consideró irrelevante el audio mencionado, el doctor Ballesteros sostuvo que era en esta causa donde debía ser examinada su validez, otorgándole -de esta manera- entidad como valor probatorio.

Contrarió la opinión expuesta por el magistrado que consideró que la verdad del atentado terrorista no podía lograrse por esta vía elíptica, expresando como argumento disidente que *"de la correcta investigación de la presente causa pueden surgir elementos que permiten y/o por lo menos ayudan a arribar a la verdad sobre los móviles y los responsables del mayor atentado terrorista en suelo argentino"*.

Agregó, en sustento de dicho análisis, que no se explica por qué si la justicia federal promovió la investigación y juzgamiento del eventual encubrimiento del atentado y de las irregularidades en su investigación -cuyo juicio se está llevando a cabo en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2- públicamente aclamada por la entonces presidente Cristina Fernández, no adopta idéntica postura con respecto a la denuncia formulada por Nisman, entonces titular de la Unidad Fiscal de Investigaciones de la AMIA.





Cámara Federal de Casación Penal

Por otro lado, discurrió sobre las omisiones en las que incurriera el a quo. Manifestó que *"...se omite por completo el tratamiento de lo esbozado por mi representada en el punto e) del recurso de apelación oportunamente interpuesto, relativo a las 'notificaciones rojas'"*.

Concretamente, recordó la recurrente que *"...más allá de la explicación brindada por el juez instructor y sus halagos al ex canciller Timerman, lo cierto es que el sentido común indica que si el Memorándum de Entendimiento entraba en vigencia (como pretendieron en todo momento los denunciados), tarde o temprano se iban a dar de baja las notificaciones rojas"*.

En dicho entendimiento, expresó que *"si se hubiese procedido de la manera en que se encontraba redactado el Memorándum y, por lo tanto, se hubiese llevado adelante el interrogatorio en Teherán de las personas respecto de las cuales Interpol ha emitido una notificación roja, la consecuencia lógica, una vez que las mismas se "presenten ante la justicia", era la baja de las notificaciones rojas"*.

A ello agregó que *"...llamativamente el Memorandum dejó `afuera` a los imputados iraníes sobre los que no pesaban notificaciones rojas"*.

En sustento de su hipótesis manifestó que si el único propósito perseguido por el régimen iraní con el acuerdo era dar de baja las notificaciones rojas, tal como



lo había reconocido el juez instructor, la pública insistencia de los denunciados por mantener vivo el *Memorandum* permite, mediante un análisis lógico e integral de la situación, concluir que su firma traería como corolario la evidente baja de las notificaciones iraníes y su impunidad.

Criticó por arbitrario el fundamento utilizado por el juez de primera instancia para sostener que la *"diplomacia real"* y la *"diplomacia paralela"* estaban enfrentadas como rivales.

Agregó que la consideración efectuada por el juez de primera instancia respecto de D'Elia y Esteche, a los cuales aludiera como *"inclasificables"*, resulta contradictoria con la solución a la que arribó al rechazar la reactivación de la causa, pues ellos también se encuentran denunciados.

Tildó de prematuras y arbitrarias las decisiones adoptadas por los magistrados intervinientes en el presente legajo en cuanto rechazaron la reactivación de la denuncia, sin considerar todos los fundamentos expuestos en la causa.

Por último, se agravió por la denegación del reconocimiento y legitimación para actuar como parte querellante en las actuaciones que pretendía, invocando que la decisión ha desatendido las normas procesales que devienen aplicables.

Expresó que *"...si como se sabe, la desestimación de la denuncia no causa estado, no se advierte el motivo jurídico por el cual no podría mi representada presentarse como querellante en la actualidad, tal como ha solicitado"*.





Cámara Federal de Casación Penal

En sustento de su pretensión de ser tenida como parte querellante, alegó que la DAIA reviste el carácter de ofendida exigido para el reconocimiento de la legitimación que solicita.

En dicha inteligencia, criticó por arbitrario que el *a quo* haya considerado que la jurisdicción no se encontraba habilitada para constituirse en la calidad que pretendía, pues dicho fundamento descarta la posibilidad de que se reabra la investigación, así como omite examinar que el Fiscal impulsó la acción, requiriendo cincuenta medidas de prueba; todo lo cual imponía que su pedido de ser tenida como querellante fuera analizado.

En este sentido, solicitó que se revoque lo decidido y se tenga a la DAIA como parte querellante en las presentes actuaciones.

Por último, peticionó la producción de un conjunto de medidas probatorias, las cuales enumeró, considerando la trascendencia de los hechos denunciados y su gravedad institucional, así como también requirió que se llevaran a cabo todas aquellas que habían sido solicitadas por el Fiscal Federal al efectuar el requerimiento de instrucción.

Sostuvo, en consonancia con lo expuesto, que *“la razonabilidad y viabilidad de las medidas que anteceden terminan por acreditar el carácter prematuro de las resoluciones de primera y segunda instancia”*.



Finalmente, solicitó que se case la resolución recurrida, que se tenga a su representada como parte querellante y que se efectúen las medidas probatorias requeridas. Asimismo, requirió que se ordene el apartamiento de la causa de los jueces inferiores, conforme lo dispuesto en el art. 173 del C.P.P.N.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que radicadas las actuaciones ante esta instancia (fs. 3595) y notificadas las partes a tenor de lo previsto en los arts. 464 y 465 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó el abogado particular de Héctor Timerman, doctor Alejandro Rúa (fs. 3593/3594 vta.). En dicha ocasión, cuestionó la actuación de la pretensa querellante en base a la falta de acreditación del poder especial que autoriza al presidente a ejercer la pretensión en nombre de la DAIA.

Puntualmente, refirió que el pedido de constituirse en tal carácter no fue acompañado debidamente con el poder especial exigido por los arts. 82 y 83 del C.P.P.N., por lo que solicitó, en definitiva, que *“se intime al señor Cohen Sabban a agregar el mandato especial del caso, para verificar que se encontraba apoderado para la fecha en que se concretó su primera presentación en este trámite, así como cuando recurrió en primera instancia y luego en casación, bajo pena de inadmisibilidad, de su pretensión querellante y de la recursiva”*.





Cámara Federal de Casación Penal

Asimismo en dicha ocasión requirió que se certifiquen actuarialmente las presentes actuaciones para luego determinar cómo deberá quedar integrado el tribunal.

Por su parte, el señor Fiscal General ante esta instancia, Javier A. De Luca, se presentó a fs. 3597/3607 en la oportunidad prevista por el art. 465 del C.P.P.N. y postuló el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal que lo precedió en la instancia (art. 443 del C.P.P.N.), doctor Germán Moldes, considerando que las llamadas "nuevas pruebas" las cuales los recurrentes intentan sustentar la reactivación de la investigación, no son pruebas, ni nuevas, y aunque por su intermedio se intentara probar algo, no sería otra cosa que más de lo mismo: un hecho no delictivo.

Manifestó que los hechos denunciados no constituían delito alguno, ni una ayuda a los delincuentes, ni la omisión de promover su persecución, sino que se trataban de tratativas diplomáticas para someter a la jurisdicción del juez interviniente a los imputados de graves delitos cuya captura un magistrado ordenara, de conformidad con el pedido del fiscal denunciante.

Consideró imprescindible la remisión a los fundamentos que habían sido expuestos en su primer dictamen, presentado con anterioridad en esta causa en



virtud de la radicación previa que las presentes actuaciones tuvieron en esta instancia (CFP 777/2015/CFC1).

Sostuvo el señor Fiscal General que "La hipótesis de la denuncia y la de los fiscales de las instancias anteriores, tiene un defecto básico que puede ser más difícil de comprender para un lego, pero que no pueden desconocer los abogados y magistrados, y que debe ser esclarecido de una vez para evitar malentendidos en la comunicación de las alternativas de este proceso".

Dijo que "...un proceso penal no culmina con la descripción de sospechas de la comisión de un delito, la citación a indagatoria de los imputados de haberlo cometido y, ante su fuga, con su declaración de rebeldía por no someterse al proceso y pedido de captura de la fuerza pública" y que "...el Memorandum constituye un intento de traer o presentar a los imputados al proceso, porque para la continuidad del proceso en forma natural y legal, es necesario contar con los imputados frente al juez de la causa. Traerlos al proceso por la fuerza o por acuerdo entre los abogados defensores y los fiscales o tribunales (como ocurre todos los días con los abogados que antes de presentar a sus defendidos previamente presentan la exención de prisión), no puede constituir delito alguno. Ninguna negociación diplomática en el mismo sentido puede ser considerada una ayuda al imputado para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de ésta (277, 1º, inc. a), CP) o una acción tendiente a dejar de promover la persecución o represión de los delincuentes" (art. 274 CP), sino todo lo

Fecha de firma: 20/2/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

contrario. ¡Se trata de traerlos al proceso para que los juzguen!...”.

Expresó que “...este Acuerdo no fue otra cosa que una especie de reforma del procedimiento penal (asunto de mera jerarquía legal) para este caso en especial, porque la Argentina no tiene el poder de hecho para capturar y traer por la fuerza a estos imputados que no se encuentran en el país, con el fin de someterlos a la acción de la Justicia Argentina y que el proceso continuara”.

Consideró que las conductas que habían sido denunciadas no podían constituir delito pues se trataban del ejercicio de facultades constitucionalmente atribuidas a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y porque los términos del acuerdo no podían interpretarse como una ayuda a los prófugos para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerlos a su acción, en los términos de los arts. 274 y 277 C.P. y que “esta conclusión, por ser un asunto de puro derecho, no era ni sería susceptible de ser modificada por la incorporación y valoración de prueba nueva, ni por la profundización de la pesquisa, en tanto se sigue tratando de la misma hipótesis, que no es delictiva”.

Descartó la relevancia de las manifestaciones del Embajador Roberto García Moritán considerando que sus dichos resultan meras opiniones e inferencias que, además de no ser técnicas desde el punto de vista jurídico penal,



están desprovistas de datos y de objetividad, y concluyó que *"...la hipótesis sostenida por García Moritán no podría modificar las conclusiones acerca de la atipicidad de la conducta"*.

Agregó que *"...de haber existido el objetivo espurio atribuido a él la celebración del Acuerdo con Irán, se trataría de algo así como una mera voluntad montada sobre la causalidad incapaz de alcanzarlo. Ello así, por cuanto las notificaciones o alertas rojas se sustentan en un pedido de captura del magistrado a cargo de la causa, y por ello, sólo podían ser desactivadas por el juez de la causa en la que habían sido ordenadas. El intercambio de misivas entre la Cancillería e Interpol, así como las manifestaciones de su titular Ronald Noble, no dejaron lugar a dudas ya desde el inicio de esta causa. De allí que las manifestaciones de García Moritán carezcan de relevancia penal, y por ello, no tiene importancia si se incorporan o no a esta causa"*.

En cuanto a las pruebas incorporadas por la ex Procuradora del Tesoro de la Nación, señaló que ellas no tuvieron origen ilícito, por lo que si resultan de interés para conocer la verdad y su introducción al proceso no viola garantías de ninguna de las partes, no se advierte cómo puede fundamentarse su invalidez.

Con relación a las pruebas que pretendían realizar sus colegas del Ministerio Público Fiscal, argumentó que el contenido de las conversaciones entre Timerman y Borger, que puede ser oída por cualquiera desde Internet y cuyo origen y obtención se desconoce, no resulta





Cámara Federal de Casación Penal

novedoso sino que allí se refleja la posición pública que asumió la República Argentina, al menos, desde el pedido de captura de los acusados.

Así, dijo que *"...de la conversación surge la conclusión exactamente contraria a la sostenida por los acusadores: el representante de la AMIA se opone a las negociaciones con Irán, pero tampoco ofrece vías alternativas, a pesar de que Timerman le daba a entender que estaría dispuesto a discutir las. Allí Borger se limita a protestar por las tratativas con Irán, es decir, su posición radica en que cualquier cosa que hiciera el gobierno argentino al respecto, nunca conmovería la posición política (no jurídica) de la asociación que representaba, que ya estaba decidida, cerrada, de antemano, de acordar cualquier cosa con ese país"*.

Asimismo y con relación a la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad del *Memorandum* de Entendimiento con Irán –presentada como nuevo hecho por los recurrentes– señaló que no resultaba un dato del cual pudiera depender la tipicidad de la conducta denunciada, en tanto solo viene a decir que el acto se encontraría en pugna con la Constitución pero no que es delictivo.

Por lo demás, descartó la posible aplicación del delito constitucional de traición, que había sido esgrimido por el Fiscal Federal Germán Moldes como una de las



posibles calificaciones jurídicas en las cuales encuadrarían los hechos denunciados.

En su presentación, el representante del Ministerio Público Fiscal, alegando el ejercicio del control de legalidad previsto en el art. 120 de la Constitución Nacional, advirtió la posible violación del principio *ne bis in ídem* y una posible maniobra de *forum shopping* frente a la existencia de la causa N° 14.305/15 que tramita ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 11.

Por otra parte, el Fiscal General ante esta instancia acompañó el pedido formulado por el abogado particular de Héctor Timerman, doctor Alejandro Rúa, en tanto consideró que *“de la simple lectura de estas actuaciones, especialmente desde que la DAIA se presentó y pidió la reactivación de la causa y ser tenida por parte querellante (ello ocurrió el 2 de agosto de 2016, fs. 3367 a 3410), se observa que no ha presentado el debido poder especial para querellarse por los hechos que denuncia y contra las personas que lo hace”*.

En dicho entendimiento y en tanto *“la carencia del poder especial se exige a las asociaciones para actuar como querellantes en sede penal, según los arts. 82 y 83 del CPPN...”*, solicitó que se suspenda el trámite del recurso de casación interpuesto por la DAIA hasta que la Cámara de Casación resuelva acerca del déficit de personería aquí señalado.

Asimismo, en idéntica oportunidad procesal, se presentó Alberto Teodoro Indij, Vicepresidente primero de





Cámara Federal de Casación Penal

la DAIA a cargo interinamente de la presidencia -conforme acreditara mediante las actas del Consejo Directivo de la asociación- y mantuvo el recurso de casación interpuesto (fs. 3609/3654).

En dicha ocasión, acompañó copia certificada de la reforma del estatuto de la DAIA y de las actas de directorio por medio de las cuales se acordó la presentación de la asociación como parte querellante en estas actuaciones.

Resaltó que surge del capítulo I, art. 5.6 del estatuto referido el reconocimiento del derecho de la DAIA para intervenir judicialmente ante todos los fueros y en todas las jurisdicciones, con la facultad expresa de formular querellas.

V. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 3810/3815 el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca (Dictamen N°. 10836) oportunidad en la que remarcó como cuestión previa la necesidad de adoptar una decisión respecto de la falta de personería de la DAIA para actuar en la presente causa. Recordó que siempre a las personas jurídicas se les exigió poder especial para querellar otorgado ante notario por escritura pública, invocando el viejo plenario de la Cámara Criminal y Correccional "Farías de Fiori, Estela" del 14/5/54, y el art. 1184 del Código Civil derogado.



Asimismo, expuso los fundamentos por los cuales entendió que el recurso de casación interpuesto por la DAIA debía ser rechazado.

En idéntica ocasión, se presentó a fs. 3825/3839 vta. la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), por intermedio de su presidente Ariel Adolfo Cohen Sabban, oportunidad en la que desarrolló y amplió los fundamentos expuestos en el recurso de casación interpuesto. Asimismo, y sin perjuicio de que según entendió se encontraba acreditada –mediante las diversas presentaciones efectuadas en la causa– la representación del Presidente de la asociación para actuar en la presente causa su nombre, acompañó el poder especial para querellar otorgado a favor de los doctores Santiago Kaplun y Gabriel L. Camiser (fs. 3825/3827 vta.).

A fs. 3841/3850 la defensora de Andrés Larroque, doctora Lucila Larrandart, presentó memorial durante el término de oficina en el que solicitó que se rechace el recurso interpuesto por la DAIA.

Por último, se presentó el defensor particular de Héctor Timerman a fs. 3853/3880 vta. y 3914/3953 vta., ocasión en la que expuso los argumentos por los cuales consideró que debía confirmarse la decisión recurrida, así como también reiteró los planteos que había formulado respecto de la personería de la pretensa querellante, la integración de este Tribunal para resolver los recursos de casación y sobre la violación del principio *ne bis in idem*.

VI. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó





Cámara Federal de Casación Penal

constancia a fs. 3981, se celebró la audiencia para que las partes informen el día 19 de diciembre del corriente año, a la que compareció la parte recurrente –Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA)– representada por Ariel Cohen Sabban y por Alberto Teodoro Indij, Presidente y Vicepresidente de la asociación, respectivamente, junto con los doctores Santiago Kaplun y Gabriel L. Camiser, ocasión en la que se expusieron los argumentos que dieran sustento a su recurso y criticaron la resolución recurrida. Además, presentaron breves notas, las que lucen agregadas a fs. 3961/3975 vta. requirieron que se case la resolución recurrida y se aparte a los jueces inferiores intervinientes en la desestimación de la denuncia.

Asimismo, comparecieron los defensores particulares de Héctor Timerman, doctores Alejandro Rúa y Graciana Peñafort, quienes expusieron oralmente y solicitaron que se rechace el recurso de casación. Presentaron breves notas que lucen agregadas a fs. 3976/3980. Por último, la defensora particular de Andrés Larroque, doctora Lucila Larrandart, discurrió sobre los planteos efectuados en sus diversas presentaciones y pidió el rechazo del recurso.

En idéntica oportunidad, el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca, quien no se encontró presente en la audiencia, presentó breves notas tal como se desprende de fs. 3976/3980.



De este modo, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y la doctora Ana María Figueroa.

El señor juez doctor Gustavo M. Hornos dijo:

I. Recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante: Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA).

1. a. Sobre la admisibilidad del recurso de casación.

La cuestión bajo estudio merece una definición previa con relación a su discutibilidad en esta sede y en esta oportunidad. Se trata de un filtro analítico que debe realizarse aun cuando, como en el caso, el recurso de casación interpuesto haya sido concedido por el *a quo* (cfr. fs. 3576/3586).

En ese marco y luego de oídos los argumentos de las partes, comienzo por señalar, entonces, que el recurso de casación deducido por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), en su carácter de pretensa querellante, contra la resolución dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad que confirmó el rechazo de la reactivación de las presentes actuaciones actuaciones resulta formalmente admisible.

Al respecto, y en relación con la *impugnabilidad objetiva* ya he tenido oportunidad de reseñar que la resolución que confirma el auto que desestimó la denuncia





Cámara Federal de Casación Penal

por inexistencia de delito resulta -por sus efectos- equiparable a definitiva (cfr. C.F.C.P., Sala IV: causa Nro. 1671 caratulada: "BURIN, Marcos Saúl y otro s/recurso de queja", Reg. Nro. 2200.4, rta. el 09/11/1999; causa 5816 caratulada: "ESTERSON, Abel Ignacio y otra s/recurso de casación", Reg. Nro. 8651.4, rta. el 28/5/2007; causa Nro. 1443 caratulada "BERMAN", Reg. Nro. 2027.4, rta. 31/8/99 y causa Nro. 1502 "NARVAEZ, Eduardo y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 2069.4, rta. el 17/9/99; causa Nro. CCC 53290/2015/CFC1 caratulada: "NN s/ falsificación de documentos públicos s/recurso de casación", Reg. Nro. 1440/16.4, rta. el 9/11/16; causa CFP 12587/2014/CFC1, caratulada: "KOLINA s/recurso de casación", Reg. 866/16, rta. el 7/7/2016; entre muchas otras).

Por otro lado, con relación a la *impugnabilidad subjetiva*, cabe reseñar que devienen aplicables al caso las consideraciones esgrimidas por esta Cámara al pronunciarse en el sentido de que el pretense querellante posee la facultad de recurrir ante esta instancia, dado que "...a quien se le ha denegado su pretensión para asumir tal función procesal (querellante) no agota su capacidad recursiva en la apelación ante la segunda instancia correspondiente, sino que, en búsqueda de una decisión fundada por parte del Tribunal que se ha pronunciado, derecho innegable que se ampara en la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el art.



18 de nuestra Constitución Nacional, tiene la facultad de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del recurso extraordinario, y, lógicamente, a esta Cámara Nacional de Casación Penal a través del recurso de casación" (cfr. C.F.C.P, Sala IV: causa Nro. 553, caratulada "CELLES, Francisco y CELLES, Mabel Beatriz s/recurso de casación", Reg. Nro. 869.4, rta. el 23/06/97; Sala I: causa Nro. 37, caratulada "BORENHOLTZ, Bernardo s/recurso de casación", Reg. Nro. 44, rta. el 28/9/93; y Fallo Plenario nº 11, "ZICHY THYSSEN", del 23/06/2007).

Esta idea es compatible no sólo con la instauración de este órgano judicial "intermedio" al que le ha sido confiada la reparación de los perjuicios irrogados a las partes en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sino también porque su intervención -atento a su especificidad- asegura que el objeto a revisar por el Máximo Tribunal sea "un producto seguramente más elaborado" (cfr. Fallos: 318:514 y 325:1549, entre otros).

Por lo demás y para concluir en este punto, es preciso señalar que la recurrente cumplió con la carga de efectuar un relato preciso y concreto de los hechos, fundó los agravios que la resolución le causa, citando de manera concreta las disposiciones que considera violadas y erróneamente aplicadas en el caso, y explicó la solución que pretende, todo ello en función de lo dispuesto en el art. 463 del C.P.P.N.

1. b. Sobre la personería invocada por el Presidente de la DAIA.





Cámara Federal de Casación Penal

Por otro lado y con relación al reiterado cuestionamiento de la defensa, acompañado por el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca, vinculado con la falta de poder especial del Presidente de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argetinas (DAIA), Ariel Adolfo Cohen Sabban, para actuar en nombre de la pretensa querellante, es preciso formular algunas aclaraciones.

En las diversas presentaciones tanto la defensa, incluso con anterioridad a la concesión de los recursos por parte del *a quo*, como el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca (dictámenes de fs. 3810/3815, 3810/3815 y 3976/3980) plantearon la ausencia del poder especial de la DAIA para querellar en la presente causa exigido por el código de procedimiento.

Concretamente, el defensor particular de Héctor Timerman, doctor Alejandro Rúa, indicó que la DAIA, desde su presentación inicial en este expediente solicitando la reactivación de la denuncia efectuada por el Fiscal Federal, Alberto N. Nisman, no acreditó correctamente la personería invocada, ni presentó el poder especial que exigen las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación para querellar, lo cual tornaría inadmisibles su pretensión.

Por su parte, el señor Fiscal General ante esta instancia expuso sobre la exigencia del poder especial para



querellar que debían presentar las personas jurídicas citando las previsiones del art. 1184 del Código Civil, la doctrina del plenario de la Cámara Criminal y Correccional “Farías de Fiori, Estela” y la jurisprudencia de este Tribunal.

Ahora bien, el art. 83 del C.P.P.N. dispone que la iniciación de la querrela en causa criminal deberá efectuarse por escrito, acreditando los extremos exigidos para ello -entre ellos, la personería invocada-.

Se desprende de allí que, el escrito que contenga dicha pretensión, deberá formularse en forma personal, o por mandato especial, con asistencia letrada, especificando: 1) nombre, apellido, domicilio real y legal del querellante; 2) relación sucinta del hecho en que se funda; 3) nombre, apellido y domicilio del o de los imputados, si lo supiere; 4) la acreditación de los extremos de personería que invoca, en su caso; y 5) la petición de ser tenido por querellante y la firma.

La exigencia de que se expresara en el instrumento la decisión de promover, en representación de otro, el proceso penal respecto de un hecho determinado, se encuentra íntimamente relacionada con las responsabilidades emergentes del acto. Es que, en definitiva, en virtud de la representación, un sujeto (representante) está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que impliquen ejercicio de un derecho o de una facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado). El fundamento de la legitimación del representado y la esencia





Cámara Federal de Casación Penal

de la representación misma es el “poder” suficiente para participar en un acto en nombre del representado.

La representación de las personas jurídicas, así como todas las normas que regulan su funcionamiento, se encuentran plasmadas en el acto constitutivo –estatuto societario– y sus modificaciones.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al regular la representación de las personas jurídicas de manera específica en el art. 358, distingue dos situaciones: la actuación por representación y la actuación por mandato. En particular, legisla sobre la representación de manera autónoma en la parte general de los actos jurídicos, lo que permite independizar el contrato de mandato del de representación denominada –para el caso de las personas jurídicas- “representación orgánica”. Ello con razón de la teoría orgánica de las personas jurídicas que adopta la nueva legislación.

Entonces, el órgano que tendrá como función la representación de la persona jurídica, será aquel designado por el estatuto constitutivo.

Ahora bien, desde su presentación inicial en el presente proceso, el Presidente de la DAIA acompañó copia del estatuto social –reformado en los últimos años conforme la voluntad de sus miembros– del que se desprende la expresa posibilidad de la DAIA para querellar en causas



judiciales a fin de representar los intereses de sus miembros y defender sus derechos.

En este sentido, el art. 2 del estatuto dispone que *"la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (D.A.I.A.) ejerce y ejercerá la representación política de sus entidades miembros y de la comunidad Judeo-Argentina ante las autoridades y/o Poderes Públicos Nacionales o Internacionales, en toda cuestión que sea de interés de las entidades asociadas o de personas pertenecientes a la comunidad judía, ya sea que su intervención le sea requerida expresamente o que la misma asociación, de por sí lo considere conveniente y/o necesario para la mejor consecución de sus objetivos"*.

Por su parte, surge del art. 5.6. del estatuto referido que: *"...a los fines de cumplir los objetivo podrá: ...Intervenir judicialmente ante todos los fueros y en todas las jurisdicciones con la facultad expresa de formular querellas"*.

Asimismo, del artículo 12 surge que *"La Asociación será dirigida y administrada por un Consejo Directivo formado por un Presidente, un Vicepresidente 1°, un Vicepresidente 2°, un Vicepresidente 3°, un Vicepresidente 4°, un Secretario General, un Prosecretario 1°, un Prosecretario 2°, un Prosecretario 3°, un Tesorero, un Protesorero 1°, un Protesorero 2°, un Protesorero 3°, 10 vocales titulares, 5 vocales suplentes y un Secretario de actas"*.

En consonancia con ello, el artículo 20 establece entre los deberes del Consejo Directivo: *"20.1.*





Cámara Federal de Casación Penal

Representar a la Asociación y administrar sus bienes". Y al Presidente la atribuye "Ejercer la representación de la Asociación, pudiendo delegar la representación en alguno de los vicepresidentes".

Y además, conforme lo resaltó la querellante en una de sus presentaciones, una de las facultades del Vicepresidente Primero es "22.1. Reemplazar al presidente en el orden designado en caso de muerte, ausencia, licencia, enfermedad, renuncia o incapacidad, con los mismos deberes y atribuciones que tiene el Presidente".

Conforme surge de las constancias de la presente causa, de las actas del Consejo Directivo de la DAIA acompañadas en las diversas presentaciones efectuadas en la causa, se desprende que se autoriza a los órganos directivos de la asociación -en el caso, Presidente y Vicepresidente primero- para actuar en el presente expediente en representación de la DAIA. De los documentos presentados por la pretensa querellante surge la facultad del Presidente y del Vicepresidente de representar a la asociación (cfr. en particular, copia certificada del acta de designación de autoridades oportunamente presentada ante el juez de primera instancia, actas del Consejo Directivo que facultan a querellar en este caso concreto, Acta de la Asamblea General Ordinaria y Asamblea Especial Electora de la DAIA celebrada el 19 de noviembre de 2015).



En el caso, el presidente de la DAIA actúo, conforme lo faculta el estatuto societario, en el ejercicio de la representación orgánica que le fuera acordada por las normas estatutarias, en cumplimiento de una autorización expresamente otorgada por el Consejo Directivo.

Específicamente, el acta obrante a fs. 3644/3645 (acta n° 165 del directorio de la DAIA, de fecha 16 de mayo de 2016) consigna que *“se aprueba que la DAIA se presente como parte querellante en la causa de la denuncia del Fiscal Alberto Nisman en trámite en el Juzgado Federal Nro. 3, así como también la causa contra Héctor Timerman, en el Juzgado Nro. 11”*.

En este contexto, y luego de la lectura del estatuto de la DAIA y las actas del directorio acompañadas por la pretensa querellante en sustento de su personería, no es posible afirmar, como lo hace la defensa, que el Consejo Directivo, conformado por las autoridades elegidas conforme la voluntad del órgano, careciera de facultades para acordar la presentación y actuación en el presente caso como parte querellante de la DAIA y su representación por el Presidente. Es que, tal como afirma el Vicepresidente Primero de la DAIA, en su presentación de fs. 3609/3654, las disposiciones del estatuto establecen que ésta será representada en sus intereses por sus autoridades (Presidente, Vicepresidente), a quienes se les otorgan amplias facultades (cfr. Capítulo V del estatuto referido).

Por el contrario, es el Consejo Directivo el que ejerce la representación de la DAIA y quien, en razón de





Cámara Federal de Casación Penal

las diversas normas citadas con anterioridad, se encuentra facultado para instituirse como querellante, por intermedio de sus autoridades y según las indicaciones expresadas en las actas de directorio.

Ahora, la razón de exigir poder especial fue ejemplificada en la audiencia por la doctora Graciana Peñafort, abogada de Timerman, quien explicó que lo que se pretende es que un mandatario no comprometa al mandante que no ha consentido esa representación, a la eventualidad de tener que pagar las costas del proceso si su pretensión fracasa. Eso muestra que se trata, en definitiva, de un tema estrictamente societario acerca de la responsabilidad del representante legal (el presidente) en caso de obligar abusivamente a la asociación, que eventualmente podrá dar lugar a una acción de daños pero que de ninguna manera empece a la personería en juicio. Eso, en particular, cuando la lectura de los estatutos de la DAIA y demás documentación aportada no permite concluir definitivamente que su presidente no tuviera las facultades que invoca; especialmente, cuando en un caso de tanta trascendencia pública y mediática no ha habido ninguna presentación de los órganos deliberativos de la DAIA contradiciendo la voluntad expresada por Ariel Cohen Sabban.

Tampoco el señor Fiscal General ante esta instancia, ni las defensas, han efectuado una evaluación integral sobre la normativa actual que rige la materia, a



la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ni se han hecho cargo de demostrar cuál es la interpretación que debería efectuarse sobre el punto, limitándose a señalar que la norma del art. 1184 del viejo Código Civil de la Nación se encontraba derogada.

En base a las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que corresponde rechazar el pedido de la defensa de Héctor Timerman y del señor Fiscal General ante esta instancia de declarar inadmisibile el recurso de la pretensa querellante; con costas en esta instancia (arts. 530 y ss.).

1. c. Sobre la pretensión de la DAIA de ser tenida como parte querellante.

La pretensión de la recurrente exige determinar si es posible reconocerle, a la luz de la legislación procesal federal vigente, legitimación para actuar como querellante en la presente causa.

Dicho examen ha sido omitido en las resoluciones jurisdiccionales dictadas en el *sub examine*, que lo consideraron insustancial.

Así, el juez Daniel Rafecas sostuvo que “[...] *para legitimar activamente en el rol de querellante a la DAIA, conforme lo solicita, es imprescindible que la jurisdicción se encuentre habilitada legalmente a través del impulso de la acción penal pública, aspecto éste que, como se señaló al inicio del presente, no se da en el caso por cuanto la denuncia formulada por el Dr. Nisman ha sido desestimada por inexistencia de delito, y, a esta altura de los acontecimientos, en los que ya se ha agotado la vía*





Cámara Federal de Casación Penal

recursiva, el mecanismo escogido por los representantes de la DAIA para promover la revisión de lo oportunamente resuelto no se encuentra previsto en la legislación procesal, por lo que, en consecuencia, no puede prosperar la solicitud que se ha efectuado".

Por su parte, la Cámara de Apelaciones ha considerado que el estado actual del sumario impedía arribar a una solución distinta de la adoptada por el juez de grado, lo cual sentenciaría la posibilidad de éxito de la petición introducida por la DAIA para asumir la calidad de parte querellante.

Ahora bien, la pretensión de la DAIA en cuanto solicita la investigación de los hechos denunciados y el reconocimiento del rol de querellante fue debidamente encauzada y fundada, por lo que corresponde su examen.

En el análisis que sobre el punto cabe efectuar, he de recordar que el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, al disponer que *"Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante"*, define al ofendido, en principio, como el portador real del bien jurídico concreto dañado o atacado, concepto incluso limitado aún más por su referencia sólo a aquellos delitos que permiten identificar a una persona individual, de existencia visible o jurídica como portadora de ese bien jurídico (Maier, Julio B.J. "Derecho Procesal



Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales", pág. 665 y ss., Ed. Del Puerto S.R.L., Bs.As., 2003).

Sin embargo, tal como he sostenido en diversos precedentes (cfr. C.F.C.P., Sala IV: causa Nro. 1379, caratulada "GÓMEZ, Jorge Ernesto s/recurso de casación", Reg. Nro. 1946.4, rta. el 15/7/99; causa Nro. 1843, caratulada "VILLALBA, Carlos Alberto s/recurso de casación", Reg. Nro. 2742.4, rta. el 1/08/00; causa Nro. 3856 caratulada "BAGLIETTO, Eduardo y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 5515, rta. el 4/3/04; causa Nro. 7137, caratulada "BEATRIZ, Rodrigo s/recurso de casación", Reg. Nro. 10936.4, rta. el 15/10/08; causa Nro. 10784 caratulada "ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES DE SERVICIOS DE HIGIENE Y ALIMENTOS s/recurso de casación", Reg. Nro. 12.010, rta. el 29/07/09; causa Nro. 12.260, caratulada "DEUTSCH, Gustavo Andrés s/recurso de casación", Reg. Nro. 14.842, rta. el 3/05/11; causa Nro. 12.981 caratulada "MONTANARO, Domingo Esteban s/recurso de casación", Reg. Nro. 15.322, rta. el 8/8/11; causa Nro. 12.603, caratulada "GOTARDI, José María s/recurso de casación", Reg. Nro. 327/12.4, rta. el 16/03/12; causa Nro. 15.900 caratulada "B., G.M. y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 923/15.4., rta. el 4/06/13; causa Nro. 16.253 caratulada "ÁLVAREZ, Enzo Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 828.4, rta. el 28/05/13; causa Nro. 14.231, caratulada "ÁLVAREZ, Roberto Raúl s/recurso de casación", Reg. Nro. 14.213, rta. el 2/12/10; causa Nro. 15.606 caratulada "ALVAREZ, Enzo Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 225/13.4, rta. el 8/3/2013, entre muchas otras), la invocación del bien jurídico para

Fecha de firma: 20/2/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos.

Remarqué la distinción que entre los conceptos de "ofendido" y de "damnificado" se efectúa, considerando que al primero siempre se le ha reconocido legitimación para constituirse en parte querellante, por cuanto es el titular del bien jurídico tutelado que el hecho delictuoso lesiona, erigiéndose, por ende, como la persona que ha sufrido las consecuencias del delito de modo directo e individual, y resulta ser el sujeto pasivo del delito. En cambio, el "damnificado", que no necesariamente es el titular inmediato del bien jurídico afectado por el ilícito, es quien ha recibido algún perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar.

En dicha inteligencia, reconocí la posibilidad de efectuar una interpretación amplia y progresiva del concepto de víctima, en base no sólo a argumentos de política criminal, sino también, con sustento en una dinámica y flexible conexión entre todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, considerando especialmente en el caso concreto los derechos de las partes (cfr. C.F.C.P., Sala IV: causa Nro. 10.251, caratulada "STORINO, Mario Omar s/recurso de casación", Reg. Nro. 11.661, rta. el 24/4/09; causa Nro. 13.582, caratulada "ARGUELLES DE IRONDO, Lisandro s/recurso de casación", Reg. Nro.



336/12.4, rta. el 21/3/2012, entre muchas otras) y, de ese modo, reconociendo participación como parte querellante en el proceso a quien demostrara que el hecho investigado lo ha damnificado de manera concreta y directa.

Es que se presentaban situaciones en las que se verificaba una suerte de desprendimiento, por el cual el sujeto pasivo típico del delito no coincidía con el eventual "ofendido" o titular del bien jurídico lesionado que se encuentra protegido por la norma penal, y no obstante ello, estaba facultado para constituirse en parte querellante.

La evolución del concepto de "particular ofendido" que tanto desde la doctrina como la jurisprudencia se venía desarrollando en materia de derecho procesal, con especial referencia a las compromisos internacionales que en materia de Derechos Humanos asumió el Estado Nacional (art. 75, inc. 22 de la C.N.), se vio plasmada en la reforma que introdujo -por medio de la ley 26.550- el art. 82 *bis* al Código Procesal Penal que otorgó legitimación para constituirse en parte querellante a las asociaciones intermedias o fundaciones registradas conforme a la ley, en los procesos por delitos de acción pública en los que se investigaran crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, siempre que su objeto estatutario se vinculara con la defensa de los derechos que se consideraran lesionados.

En dichos precedentes, remarqué la necesidad de efectuar una interpretación desde la perspectiva constitucional, que es la que mejor conjuga y protege los





Cámara Federal de Casación Penal

intereses y garantías en juego, a fin de otorgar su plena vigencia, dentro del marco legal que establece el código procesal vigente, es la que el caso merece.

Entonces, en este marco de análisis, resulta que dentro del alcance que correspondía otorgarle a la norma, en virtud del artículo 82 del C.P.P.N. debe considerarse a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) como "ofendida" por el delito investigado, que ha sido delimitado por el denunciante y el fiscal federal, Gerardo Pollicita, como *"el encubrimiento de los presuntos responsables del mayor atentado criminal ocurrido el día 18 de julio de 1994 contra la sede de la AMIA, mediante la existencia de un plan criminal delictivo destinado a dotar de impunidad a los imputados de nacionalidad iraní acusados en dicha causa para que eludan la investigación y se sustrajeran de la acción de la justicia argentina, orquestada y puesta en funcionamiento por altas autoridades del gobierno nacional argentino"*.

La recurrente ha fundado suficientemente su petición considerando que, una de las más importantes funciones que cumple en representación de la Comunidad Judía de la República Argentina, es la de velar por el respeto de los derechos naturales del individuo y del ciudadano, en especial cuando se vulneran dichos principios, y por los intereses que protege la comunidad judía y sus integrantes.



Ese fue el eje sobre el cual la pretensa querellante ha explicitado la legitimación que pretende para actuar como parte acusadora en la causa de mención, postulando especialmente que *"el carácter de ofendida de la entidad que represento en los hechos que deben investigar, resulta evidente considerando que la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) resulta ser una de las entidades víctimas del atentado terrorista perpetrado en fecha 18 de julio de 1994, cuyo posible encubrimiento es lo que da origen a la presente pesquisa"*.

En este sentido, señaló que de comprobarse la hipótesis imputativa esgrimida oportunamente por el fiscal, su representada sería ofendida por los hechos denunciados. Remarcó, por último, que en la causa principal donde se investiga el criminal atentado terrorista, cuya víctima fue la sociedad argentina en su conjunto, y donde se investigan diversas irregularidades en la investigación y el encubrimiento, le ha sido reconocida la legitimación procesal a su representada para actuar como parte querellante.

Además, cabe recordar que el estatuto de la DAIA es claro cuando dispone, en su artículo cuarto, que su función tendrá por objeto *"4.1. Representar a las entidades miembros, a la Comunidad Judía y a sus integrantes, realizando cuantos actos, gestiones, acciones, peticiones y actividades sean necesarias, en salvaguarda de los derechos naturales del individuo y del ciudadano en especial cuando se vulneren dichos principios"*

Fecha de firma: 20/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

con actos discriminatorios por motivaciones religiosas, raciales o étnicas, ejerciendo toda actividad necesaria para luchar contra el antijudaísmo, la discriminación y la xenofobia, que fuese promovido o iniciado por cualquier tipo de organismo, institución, persona física o jurídica o grupos colectivos; 4.2. Velar por la seguridad jurídica de la Comunidad Judía y sus integrantes, de los derechos humanos y por la dignidad del hombre teniendo en consideración las fuentes y tradiciones judías, las normas nacionales e internacionales que rigen la materia y en particular las normas y reglamentaciones constitucionales que sustenten dichos principios".

Asimismo y para el cumplimiento de dichos objetivos, el artículo 5, en el punto 6, del estatuto dispone que la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas podrá intervenir judicialmente ante todos los fueros y en todas las jurisdicciones con la facultad expresa de formular querellas.

Resulta de lo expuesto su derecho a constituirse en parte querellante, pues cierto es que conductas como las aquí denunciadas podrían afectar, especialmente, a la comunidad o grupo social que la DAIA representa.

En este sentido, tal como destacó la recurrente, la necesidad de esclarecimiento de los hechos denunciados mediante una investigación diligente y exhaustiva y el particular reclamo de justicia que se vería obturado en su



línea de comprobación fáctico-jurídica de la hipótesis delictiva ensayada, permiten considerar admisible la pretensión de la DAIA, respecto de hechos que habrían damnificado a la sociedad argentina en su conjunto.

En este caso, en el que se analiza la legitimación de una asociación a efectos de ser tenida por parte querellante, cabe admitir que si bien el hombre es por esencia el titular de derechos humanos, la solución sugerida se inspira en la intención de dar la mayor protección posible al ser humano en sus múltiples actividades dentro de la sociedad; y también de admitir que es un derecho del hombre asociarse libremente con fines políticos [artículo 14, 14 bis y 38 de la C.N.; XXII de la DADH; 20 y 23.4 de la DUDH; 16 de la CADH; 8.a.b y c del PIDESC; 22 del PIDCP -entre otros-. (Gordillo, Agustín (Gordo-Loiano- Rossi) "Derechos Humanos" pág.X-15/6, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1997)].

La garantía de debido proceso también ampara la actividad del querellante que por su condición de parte también encuentra protección en la misma (cfr. la prerrogativa sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso precedente "Otto Wald": Fallos 268:266, considerando 2º). Es decir, protege dicha garantía a todo aquél a quien la ley otorga personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que actúe como acusador (sin distinguos en su carácter) o como acusado (artículos 18 y 75, inciso 22º de la C.N.; 10 de la





Cámara Federal de Casación Penal

D.U.D.H.; XXVI de la D.A.D.D.H.; 8º, apartado 1 de la C.A.D.H.; 14.1 del P.I.D.C.P. y 75, inciso 22 de la C.N.).

Por lo expuesto entonces, corresponde reconocerle a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) la legitimación procesal que pretende para actuar como parte querellante en el presente expediente.

1.d. Sobre las facultades de la querrela.

En el presente proceso, se encuentra también discutida la posibilidad de que la parte querellante pueda impulsar un delito de acción pública, de manera autónoma, en los casos en los que el Ministerio Público proponga ponerle fin; lo que se ha puesto en duda con razón del desistimiento planteado por el señor Fiscal General ante esta instancia.

Ahora bien, en primer término, cabe señalar que la interpretación que se efectuó en este sentido no resulta acorde a las constancias de la causa en la medida en que tal como se desprende de fs. 316/351 el Fiscal Federal, Gerardo Pollicita, ha impulsado mediante su dictamen la acción penal pública, requiriendo la instrucción de la denuncia formulada por Alberto Nisman y proponiendo medidas probatorias (art. 180 del C.P.P.N.).

Sin perjuicio de dicha consideración y aun cuando se adoptara la misma interpretación del juez de primera instancia en este punto que es además la pretendida en esta instancia por las defensas, conviene recordar que reconocí



la posibilidad de que la parte querellante impulse un delito de acción pública, de manera autónoma, en los casos en los que el Ministerio Público proponga ponerle fin (C.F.C.P., Sala IV, causa Nro. 13.548 "YAEL, Germán s/recurso de casación", Reg. Nro. 1924/12, rta. el 16/10/2012).

Consideré que los argumentos centrales expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Santillán" (Fallos 321:2021), resultan aplicables a todos los momentos procesales donde se requiere el impulso de parte acusatoria o requirente, es decir: al comienzo de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 180 y 188, C.P.P.N.; al final de la instrucción en relación a lo previsto en los arts. 346 y 348 de ese cuerpo legal; como fue expresamente resuelto en el fallo citado, al momento de lo dispuesto en el art. 393, C.P.P.N., y, por último, en el ámbito recursivo correspondiente.

Ello, en tanto la Corte en el conocido fallo "Tarifeño" (Fallos 325:2019) -entre muchos otros- señaló qué es lo que debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la CN, recordando que las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal, sin distinguir respecto del carácter público o privado de quien lo formula.

Fecha de firma: 20/2/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

Por ello, expuse que correspondía hacer extensiva la doctrina que surge de "Santillán" al momento en que, al comienzo del proceso el Ministerio Público Fiscal considera que no se debe impulsar la acción, ya sea porque solicita la desestimación por inexistencia de delito, el sobreseimiento, el archivo u otro temperamento conclusivo; o en la oportunidad del art. 346 del C.P.P.N. cuando entienda el representante del Ministerio Público que no existe mérito para llevar el caso a juicio.

Cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, en contra de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido de la parte, correspondiendo a la querrela –incluso a quien pretende serlo–, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo de un proceso, conforme lo establecen los arts. 180 y concordantes del C.P.P.N. y, al finalizar la instrucción, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener su elevación a juicio.

Es que si la Corte Suprema ha investido al acusador privado de la autonomía necesaria para requerir y obtener una sentencia condenatoria, esta doctrina judicial vigente implica razonablemente que se encuentra habilitado a impulsar el proceso desde el comienzo de una causa penal,



o en la etapa de juicio, sin que sea necesario el impulso del Ministerio Público Fiscal.

En razón de ello, debe ser rechazado el argumento por el cual el juez federal, Daniel Rafecas, que fuera confirmado en el decisorio recurrido, consideró que el *“mecanismo escogido por los representantes de la DAIA para promover la revisión de lo oportunamente resuelto no se encuentra previsto en la legislación procesal”* bajo el entendimiento de que es imprescindible que la jurisdicción se encuentre habilitada legalmente a través del impulso de la acción penal pública por el representante del Ministerio Público Fiscal; criterio también sostenido por la defensa de Héctor Timerman, doctores Alejandro Rúa y Graciana Peñafort y por la defensa particular de Andrés Larroque, doctora Lucila Larrandart, durante el término de oficina así como en la audiencia oral llevada a cabo ante esta Cámara.

Por lo demás y en cuanto a los planteos formulados por las defensas particulares de Héctor Timerman, doctores Alejandro Rúa y Graciana Peñafort, y de Andrés Larroque, doctora Lucila Larrandart en sus diversas presentaciones y reiterados en la audiencia oral celebrada ante esta instancia, referidos a la incompetencia de esta Sala para intervenir en las presentes acutaciones y a la alegada violación del principio *ne bis in idem*, basta señalar que los mismos ya fueron oportunamente tratados y evaluados por este Tribunal, sin que las partes aportaran nuevos argumentos que exigieran un nuevo examen de la cuestión (cfr. en tal sentido, en lo pertinente y





Cámara Federal de Casación Penal

aplicable, C.F.C.P., Sala I, causa CFP 777/2015/CFC2 caratulada "FERNÁNDEZ DE KIRCHNER y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 2204/2016, rta. el 14/11/16 y Reg. Nro. 2352/16, rta. el 2/12/16 y Sala IV, causa CFP 14305/2015/CFC1 caratulada "TIMERMAN, Héctor s/falta de acción", Reg. Nro. 1431.4, rta. el 15/12/16, respectivamente).

Por lo expuesto, corresponde entonces rechazar los planteos de las defensas que consideran que no se encontraba habilitada la jurisdicción, por falta de impulso fiscal, para el ejercicio de la pretensión de la DAIA, devenida en querellante, así como los relativos a la incompetencia de esta Sala para intervenir en las presentes actuaciones y a la violación del principio *ne bis in idem*.

2. Sobre la sentencia traída a estudio.

2.1 El presente proceso se inició a través la denuncia formulada con fecha 14 de enero de 2015 por el entonces titular a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación del atentado a la AMIA, doctor Alberto Nisman. Se trata, en efecto, de uno de los medios previstos legalmente conforme a las disposiciones del art. 180 del C.P.P.N.

Frente a ese panorama, el código procesal habilitaba al juez federal, previa vista al fiscal, en el caso concreto, a proceder de una de dos maneras posibles,



pero contrapuestas: a) dar trámite e investigar la denuncia; o b) desestimarla.

En este marco, he enfatizado en diversos precedentes la exigencia de proceder con la investigación cuando existe en la causa al menos una hipótesis plausible, verosímil y coherente de la comisión de un hecho ilícito, así como medidas de posible concreción y relevancia que puedan resultar útiles para corroborarla o descartarla (cfr. C.F.C.P., Sala IV: causa Nro. 1595/2013, caratulada "MORENO, Guillermo s/recurso de casación", Reg. Nro. 1276.14.4, rta. el 24/06/2014; causa Nro. 1468 "SANTOS, Enrique José s/recurso de casación" Reg. Nro. 2231.4, rta. el 22/11/99; y causa CFP 11552/2014/CFC1 caratulada "N.N. s/recurso de casación", Reg. Nro. 403/16.4, rta. el 14/4/2016, entre otras).

En tales hipótesis, en definitiva, incluso afirmé en los precedentes referidos, que debían efectuarse las medidas requeridas por los acusadores, en la medida en que se presentaban pertinentes en relación con la gravedad indiscutida y las proyecciones jurídicas y sociales de los bienes jurídicos en juego y reclamaban realizar el mayor esfuerzo jurisdiccional para investigar de forma exhaustiva en todas las direcciones relevantes.

Inversamente, destaqué en esas oportunidades, la imposibilidad de arribar válidamente a un pronuciamiento desestimatorio hasta tanto no se produjeran las medidas de prueba conducentes para el esclarecimiento del delito denunciado. Ello así, en particular, cuando la gravedad del caso lo reclamara especialmente.





Cámara Federal de Casación Penal

Es que, al igual que en el presente caso, resultaba ineludible que el servicio de administración de justicia penal cumpla acabadamente su deber de investigación de los hechos denunciados para de ese modo arrojar luz sobre lo acontecido y ya, con algún grado de conocimiento más avanzado, descartar o afirmar la hipótesis delictiva sostenida por el requirente.

Incluso, frente a estos supuestos señalados, se ha resaltado el deber que tienen el órgano jurisdiccional y el agente fiscal de analizar, para descartar toda significancia jurídico penal, los hechos denunciados a tenor de las figuras contenidas en el código sustantivo y las leyes especiales en las que *prima facie* la descripción podría encuadrar, más allá del significado jurídico asignado por el denunciante (cfr. Sala IV, C.F.C.P., causa Nro. 853 caratulada "COLOMBRES GARMENDIA, S. s/recurso de casación", Reg. Nro. 1292, rta. el 14/05/1998).

Asimismo, si de la descripción o de las constancias de la causa pudiera advertirse la comisión de algún proceder ilícito, la desestimación de la denuncia destruiría la posibilidad de investigar lo que aquellos elementos reclaman, que es, precisamente, la necesidad de descartar o acreditar la hipótesis imputativa esgrimida por el requirente sobre la base de lo que las medidas probatorias aportaran respecto de los acontecimientos históricos denunciados.



En otras palabras, lo que la ley exige a los fines del dictado de decisiones desestimatorias, es la certeza negativa sobre la falta de acaecimiento del hecho histórico denunciado, de modo que el juzgador pueda, con la debida convicción, emitir un juicio asertivo. Ello deberá estar acompañado de una afirmación -y no una mera suposición o conjetura- sobre la falta de adecuación de esa realidad histórica a una figura delictiva (causa Nro. 1468 "Santos, Enrique José s/recurso de casación", Reg. Nro. 2231, rta. el 22/11/99; causa Nro. 2184 "Pawly, Alberto Oscar s/recurso de casación", Reg. Nro. 3065, rta. 19/12/2005; causa Nro. 7906 "Morel, Pedro s/recurso de casación", Reg. Nro. 12.686, rta. 26/11/2009, entre otras).

Efectivamente, el eje central de la etapa instructoria, conforme surge del art. 193 del C.P.P.N., gira en torno a comprobar si existe, o no, un hecho con relevancia jurídico penal, mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Y en este sentido, se ha dicho que la etapa preparatoria, por definición, no sólo sirve para corroborar la hipótesis criminal, sino también para eventualmente descartarla.

Es que la instrucción, por su naturaleza, tiende a definir la imputación, que durante su desenvolvimiento es fluida y dinámica, pudiendo experimentar modificaciones y precisiones, adquiriendo entidad y mayor solidez a medida que se avanza en el proceso a través de la obtención de pruebas y la discusión sobre los hechos controvertidos (cfr. en lo pertinente y aplicable C.F.C.P., Sala IV: causa Nro. 12.231 caratulada "PAVEZ, Luis Oscar y otro s/recurso





Cámara Federal de Casación Penal

de casación, Reg. Nro. 1273/12.4, rta. 3/8/2012 y causa CCC 66792/2007/T01 caratulada "TURCHIARO, Diego Oscar s/recurso de casación", Reg. Nro. 1460.15.4, rta. 17/7/2015; Sala I: causa 45425/2007/T01/CFC3, caratulada "SCHLENKER, Alan y otros s/ homicidio agravado", Reg. Nro. 846/16.1 rta. 17/5/2016 entre muchas otras).

2.2 Ahora bien, en el caso, el juez federal Daniel Rafecas, luego de oír la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal Gerardo Pollicita, entendió que la denuncia debía ser desestimada por inexistencia de delito. A la luz de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, se advierte que dicha decisión no cumplió con las exigencias de fundamentación previstas en el art. 123 del C.P.P.N.

Es que el *a quo* desconoció que la denuncia formulada cumplía con los parámetros exigibles para dar inicio a una investigación: verosímil (de acuerdo a los indicios que la sustentaban), plausible (de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia común) y coherente.

En efecto, el Fiscal Federal a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación AMIA, Alberto Nisman -quien fuera encontrado muerto de un disparo en su cabeza cuatro días después de su formulación y veinticuatro horas antes de su presentación ante el Congreso de la Nación- señalaba, en la pieza presentada, la existencia de un plan delictivo destinado a prestar ayuda a los acusados por la comisión



del atentado, para que eludan la investigación y se sustraigan de la acción de la justicia argentina. Se expresaba allí que esa confabulación habría sido orquestada y puesta en funcionamiento por altas autoridades del gobierno nacional argentino, con la colaboración de terceros, en lo que constituiría un accionar criminal configurativo de los delitos de encubrimiento por favorecimiento personal agravado, impedimento o estorbo del acto funcional e incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 277, inc. 1 y 3, arts. 241, inc. 2, y art. 248 del C.P.).

En dicha pieza procesal específicamente se denunció que la decisión de encubrir a los imputados de origen iraní acusados por el atentado terrorista del 18 de julio de 1994 fue tomada por la Dra. Cristina Fernández de Kirchner -entonces titular del Poder Ejecutivo- e instrumentada, principalmente, por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, a cargo del señor Héctor Timerman. Se señaló allí, además, que las pruebas examinadas revelaban la intervención activa en el plan encubridor de varios sujetos con distintos grados de participación y responsabilidd que la pesquisa deberá precisar, entre los cuales mencionó a Luis Ángel D`Elia, Fernando Luis Esteche, Jorge Alejandro "Yussuf" Khalil, Andrés Larroque, Héctor Luis Yrimia, y a un sujeto identificado como "Allan", que sería Ramón Allan Héctor Bogado, sin que pueda descartarse la intervención de otros funcionarios y/o particulares en la maniobra objeto de denuncia.





Cámara Federal de Casación Penal

La pretensa querellante acompañó la posición que suscribió el Ministerio Público en las intervenciones que tuvieron sus representantes ante las instancias de grado y apelación.

Conforme surge del dictamen presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal a tenor de lo previsto en el art. 180 del C.P.P.N., el Fiscal Federal Gerardo Pollicita, al impulsar la acción, expuso de manera clara y precisa los hechos que había denunciado el doctor Alberto Nisman, relacionándolos de manera específica con los elementos con los que hasta ese entonces se contaban, junto con la propuesta de una serie de medidas probatorias tendientes a su acabado esclarecimiento.

En este sentido, estimó necesaria la citación para prestar declaración testimonial de al menos quince personas, entre las cuales se encontraban: los señores Alberto Fernández, Rafael Bielsa, Jorge Taiana, Roberto García Moritan, Gabriel Levinas, Guillermo Borger, Antonio Stiusso, Ronald Noble, Jorge Arguello, Carlos Pagni, Leonardo Mindez y Mariano Obarrio, y las señoras Adriana Reinfeld, Laura Alonso y Patricia Bullrich.

Asimismo, y con miras de acreditar los vínculos entre los denunciados y las posibles comunicaciones que habrían mantenido las personas indicadas como intervinientes en la negociación y concreción del plan criminal denunciado durante el tiempo de los hechos que se



requerían investigar, así como la frecuencia de las mismas, el fiscal requirió, entre otras, la obtención de un registro -tanto en soporte informático DBS como en papel- de las llamadas y mensajes de texto entrantes y salientes - con celdas de activación- de los diferentes teléfonos celulares oportunamente utilizados por Jorge Khalil.

También, solicitó la obtención de un registro - tanto en soporte informático DBS como en papel- de las llamadas y mensajes de texto entrantes y salientes -con celdas de activación- de los diferentes teléfonos celulares oportunamente utilizados por los sujetos vinculados a la maniobra denunciada y que se comunicaran con Jorge Khalil, así como el cruce telefónico con miras a determinar la existencia de conexiones entre los sujetos investigados y la frecuencia de las mismas, desde el 1 de enero de 2011 hasta ese entonces.

Sobre el punto, además, la pretensa querellante remarcó que *"...todas las pruebas solicitadas relacionadas a los registros de llamadas, cruces de llamadas, etc., resultan ser fundamentales para corroborar las escuchas telefónicas transcritas en la denuncia del Dr. Nisman y los diversos contextos que pudieran existir entre los denunciados y que tuvieran relación con la firma del Memorandum, las que podrían arrojar algún elemento para dilucidar si entre los imputados y/o algunos de ellos existió el plan delictivo oportunamente denunciado por el Dr. Nisman"*.

Sumado a ello, el fiscal federal actuante reparó en la necesidad de recopilar información mediante el





Cámara Federal de Casación Penal

requerimiento a organismos tanto públicos como privados de informes, entre los cuales se detallaron: el pedido a las compañías prestatarias de telefonía móvil de un detalle de las líneas asignadas desde el 1º de enero de 2011 hasta la actualidad a las diferentes personas investigadas y al área de Presidencia de la Nación, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, al Ministerio de Planificación Federal, de Inversión Pública y Servicios de la Nación y a la Secretaria de Inteligencia de la Nación; a la Dirección Nacional de Migraciones sobre el registro de los movimientos de las personas investigadas en los países de Irán, Siria, Suiza, Francia, Etiopía, Estados Unidos y Venezuela desde el 1º de enero hasta ese momento.

Una vez obtenida dicha medida, se requeriría a las empresas que hubieran intervenido en sus traslados que informen sobre la persona física y/o jurídica que hubiera solventado cada uno de ellos y remita las constancias pertinentes; que se incorpore una copia certificada del Memorandum de Entendimiento suscripto entre la República Argentina y la República Islámica de Irán, junto con toda la documentación que tuvo relación con la firma del mismo; que se arbitren los medios para la obtención de los registros taquigráficos y fílmicos que obren en el Congreso de la Nación en torno al debate parlamentario brindado en las respectivas comisiones como en ambas Cámaras con miras a la ratificación del instrumento en cuestión; se requiera



a la Administración Federal de Ingresos Públicos -previo levantamiento del secreto fiscal- el acompañamiento de la totalidad de las declaraciones juradas que hubiese presentado la persona identificada como Ramón Héctor Bogado y, particularmente, informen si registra aportes en virtud de desempeñar algún cargo en relación de dependencia; se libre orden de presentación contra la Casa Rosada -área de Presidencia- con el objeto de obtener los registros de las visitas desde el mes de enero de 2011 hasta la actualidad; se libre orden de presentación contra el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación con el objeto de obtener los registros de visitas al área del titular de la cartera desde el mes de enero de 2011 hasta la actualidad; se libre orden de presentación contra la Secretaría de Inteligencia de la Nación -Sede Central- con el objeto de obtener los registros de visitas desde el mes de enero de 2011 hasta la actualidad.

Esas medidas probatorias fueron también solicitadas por la DAIA desde su escrito inicial, en el que solicitó la reactivación de la denuncia y su reconocimiento para actuar como querellante.

En esas ocasiones se explicitó, incluso, la pertinencia de las medidas probatorias a los fines de dilucidar hechos que resultan controvertidos en el caso *sub examine*.

Allí se detalló que resultaba necesario a los fines de acreditar o descartar los hechos denunciados en la presente causa, solicitar *ad effectum videndi et probandi* la causa 14.305/2015 del registro del Juzgado Nacional en





Cámara Federal de Casación Penal

lo Criminal y Correccional Federal n° 11 para analizar la conversación telefónica mantenida entre Borger y Timerman presentada como "nueva prueba".

Además, se remarcó la pertinencia de los testimonios solicitados en la causa, en tanto podrían arrojar luz sobre las cuestiones relacionadas con la firma del *Memorandum*, en particular, sobre su finalidad, su forma de negociación y sobre la posible existencia de una "negociación paralela", entre otras cuestiones. Todo ello, para determinar "si con la firma del *Memorandum*, se pretendió realizar o se realizó la conducta delictiva denunciada".

Así, manifestó que "todos los testimonios solicitados resultan ser relevantes a los fines de determinar todo lo relacionado a la firma del "Memorandum de Entendimiento". Es decir; finalidad del mismo, forma de negociación, posible negociación "paralela", entre otros puntos. Sólo conociendo estas cuestiones se podrá dilucidar si con la firma del 'Memorandum' se pretendió realizar o se realizó una conducta delictiva".

Agregó que "...todas las pruebas solicitadas relacionadas a los registros de llamadas, cruces de llamadas resultan ser fundamentales para corroborar las escuchas telefónicas transcriptas en la denuncia del Dr. Nisman y los diversos contactos que pudieron existir entre los denunciados y que tengan relación con la firma del



'Memorandum de Entendimiento'. Mediante éstas medidas de prueba se podrá dilucidar si entre los imputados y/o algunos de ellos existió el plan delictivo oportunamente denunciado por el Dr. Nisman".

Además, adujo que "la prueba solicitada relacionada a la Dirección Nacional de Migraciones, resulta ser fundamental a los fines de conocer los posibles viajes realizados por los denunciados y de ésta manera analizar su posible participación en la negociación del 'Memorandum'. Esta medida probatoria podrá echar luz sobre la posible participación en la negociación del 'Memorandum' de ciertos imputados que nada tenían que hacer en tal 'negociación'..."

2.3 No puede ignorarse en el análisis que se viene desarrollando el concreto contexto histórico en el que se efectuó la denuncia, ni que el doctor Alberto Nisman, en ese entonces, se encontraba a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación de la AMIA, con una amplia experiencia en el caso y conocimiento sobre las implicancias del mismo.

Tampoco puede desconocerse que los hechos denunciados aludían a un plan delictivo que habría sido orquestado por las máximas autoridades de la Nación que debían cuidar los intereses de la República, con el fin de otorgarle impunidad de los reponsables del mayor atentado terrorista a la sede de la AMIA, prestándoles ayuda para eludir la acción de la justicia. Allí se afirmó también la existencia de una "diplomacia paralela", utilizada como canal subterráneo de comunicación y negociación, no





Cámara Federal de Casación Penal

oficial, para avanzar con el propósito que subyacía al *Memorandum*.

Así las cosas, la gravedad de las imputaciones dirigidas a los entonces altos funcionarios de la República Argentina reclamaba -y aún lo hace- un examen acabado de los hechos sobre los cuales la denuncia se asienta; máxime cuando allí se especifica que el acuerdo espurio denunciado habría estado inspirado en las necesidades energéticas requeridas en el territorio en los últimos años y en el reestablecimiento de las relaciones comerciales con Irán.

Las insistencias de la sociedad y la imposibilidad de confrontar las diversas cuestiones controvertidas en el expediente que ya lleva aproximadamente dos años de inicio sin que se diera la posibilidad a los acusadores de tratar de demostrar su hipótesis del caso, para así arribar a una respuesta concluyente -en uno u otro sentido- podrían incluso ir en detrimento de la imagen pública de quienes fueron los altos funcionarios de la República.

En este marco, la maniobra denunciada ameritaba, por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes, un tratamiento más profundo de las cuestiones que habían sido planteadas para la reactivación de las actuaciones y sobre aquellos elementos a los que, sin mayor discusión ni realización de medidas probatorias solicitadas en el



requerimiento de instrucción, se les asignó un sentido erróneamente unívoco.

La necesidad de explorar los hechos denunciados desde su propia definición, confrontándolos con los elementos probatorios que las partes estimaron conducentes e interpretándolos a la luz del ordenamiento legal, sólo podrá ser posible a partir de la realización de una pesquisa seria y genuina.

En este contexto, ha sido insuficiente la actividad de las autoridades encargadas de la conducción del proceso frente al concreto reclamo de la pretensa querellante, que estimaba conducente para dilucidar los hechos denunciados la realización de, al menos, las medidas probatorias solicitadas. Este punto requiere de algunas precisiones.

2.4 La pretensión de la DAIA de fs. 3367/3410 se asienta sobre dos nuevos hechos: a) la firmeza que ha adquirido la declaración de inconstitucionalidad del *Memorandum*; y b) la grabación de una conversación telefónica entre el entonces canciller, Héctor Timerman, y el ex presidente de la AMIA, Guillermo Israel Marcos Borger.

En este contexto y a fin de dar respuesta al planteo efectuado por las defensas durante la audiencia oral que se desarrolló ante esta Cámara (cfr. fs. 3981), corresponde precisar que la desestimación de la denuncia como acto promotor de la persecución penal es un acto que no causa estado, en la medida en que dicha decisión no inhibe la reactivación de la persecución penal; tan solo





Cámara Federal de Casación Penal

impide un planteo idéntico, fundado en los mismos elementos que determinaron su improcedencia original.

Así, cuando las partes presentan *nuevos* elementos ante el juez, con la finalidad de remover aquellos obstáculos señalados en la resolución desestimatoria, o de controvertir los argumentos dados en aquella oportunidad, la jurisdicción se encuentra habilitada para reexaminar la cuestión, tomando como base los nuevos argumentos desarrollados, como en el presente caso, las nuevas pruebas aportadas. Ese análisis, por cierto, deberá centrar su eje sobre los nuevos planteos efectuados por las partes pero sólo podrá reputarse suficiente, en los términos del art. 123 del C.P.P.N. si es realizado de manera integral, conglobada y armónica, sin perder de vista las demás constancias de la causa.

Es que, como sucede en el caso de autos, frente a un nuevo escenario ahora determinado por la pretensión de la DAIA, mediante la presentación de nuevos elementos y el acompañamiento que efectuaran los originales recurrentes en autos –los señores Fiscales Federales, Gerardo Pollicita y Germán Moldes–, se presenta un nuevo contexto procesal que habilita el análisis que aquí se reclama.

Ahora bien, la resolución recurrida rechazó sin más la reactivación solicitada por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas, considerando que



ninguno de ellos podría tener relevancia para desvirtuar la decisión ya adoptada en las presentes actuaciones.

Sobre el particular, el juez Ballestero descartó que el argumento de la pretensa querellante por el cual entendía que la declaración de inconstitucionalidad *"vino a detener el plan delictivo puesto en marcha por los imputados"* pudiera modificar la posición que ya había sido expuesta en esta causa. En este punto, si bien el magistrado dejó a salvo su opinión en cuanto a que se registró un acto con importancia para ser examinado desde la óptica del derecho penal recordó que *"...tal extremo, de innegable trascendencia, al tiempo en que debí pronunciarme en el marco de la acción de amparo promovida por la AMIA, en nada gravitaba a los efectos del examen propio de este ámbito estrictamente punitivo..."*.

En este mismo sentido, el juez Freiler refirió que la firmeza del fallo aludido no podía conmovir lo resuelto en tanto aquel instrumento ya había sido declarado inconstitucional en la causa CFP 3184/2013/CA1, "AMIA s/amparo", rto. 15/5/14 al tiempo de que el juez federal, Daniel Rafecas desestimara la presente denuncia como en ocasión de que esa Cámara decidiera homologar tal decisorio.

Con relación al segundo elemento manifestó que *"[c]omo acertadamente refiriera el a quo, la culpabilidad de Irán en la voladura de la AMIA no es sino la posición que la República Argentina viene sosteniendo desde hace años, no sólo en el orden interno -la tramitación de la misma causa penal por el hecho-, sino también en el ámbito*





Cámara Federal de Casación Penal

internacional, ya en las gestiones del propio Fiscal Nisman ante Interpol, o bien por los Primeros Mandatarios ante las Naciones Unidas. De hecho, el mismo Pacto con la República Islámica de Irán -como Estado y persona diferente de quienes son los imputados de aquella nacionalidad- no es más que la cabal proyección de ese axioma...".

Ahora bien, de la lectura del pronunciamiento puesto en crisis se advierte que el *a quo* descartó, sin fundamentación válida, que la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad del *Memorandum* pudiera ser presentada como un nuevo elemento a los fines de la apertura de la causa. Por el contrario, a diferencia de lo consignado por la Cámara de Apelaciones, lo cierto es que, la decisión adoptada en ese punto ha pasado actualmente en autoridad de cosa juzgada, lo que entraña su firmeza definitiva y la imposibilidad de ser revisada o modificada ulteriormente. Esa circunstancia sólo ocurrió luego del dictado de la primera resolución del *a quo* (de fecha 26/3/2015) por lo que corresponde, en esta oportunidad, otorgarle la entidad de nuevo hecho pretendida.

Se trata pues de una circunstancia sobreviviente que acaeció el 22/12/2015 (*vid* CFP 3184/2013/CFC1, Reg. 2161/15 de la Sala II de esta CFCP) con posterioridad al dictado de la primera resolución de la Cámara de grado (de fecha 26/3/2015) por lo que corresponde, en esta



oportunidad, reconocerle la entidad de elemento de prueba novedoso, tal como pretende el recurrente.

De adverso a lo sostenido en la resolución impugnada, el hecho de que aquella decisión estuviese sometida a las instancias recursivas no resultaba insustancial, antes bien, era relevante pues estaba supeditada a los avatares inherentes a dichas instancias y a los efectos de las decisiones que se adoptasen en consecuencia.

En este sentido, la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad es un punto de inflexión que no puede ser soslayado. Ello es así a poco que se repare en la circunstancia de que hasta la firmeza de dicha decisión ésta era pasible de ser revocada, lo que implicaba que a ese devenir el *Memorandum* podría llegar a tener validez y por ende surtir los efectos diseñados y esperados por sus creadores quienes impulsaban su entrada en vigor.

De ahí que, encontrándose latente la posibilidad cierta de su aplicación, más allá de que sus efectos se encontraran suspendidos con carácter precautorio, la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad constituya un hito jurídico relevante que debe ser debidamente sopesado en su total dimensión.

La pugna irreconciliable entre el *Memorandum* de Entendimiento y la Constitución Nacional, pasada en autoridad de cosa juzgada, abre camino al escrutinio que inexorablemente debe realizarse a la luz de la dogmática de la tentativa de los delitos atribuidos, pues si no hubiese operado esta última circunstancia, ocurrida con





Cámara Federal de Casación Penal

posterioridad a la primera confirmación de la desestimación y ajena a la voluntad de los presuntos autores, muy probablemente la suerte del *Memorandum* hubiese sido otra.

Y esto no es un dato menor, antes bien reviste peculiar relevancia, por lo que la necesidad de su análisis en forma conglobada y armónica con el resto del acervo probatorio que se produzca, configura un imperativo que no puede ser obviado.

Por su parte, el otro hecho invocado -i.e., la conversación entre Héctor Timerman y Guillermo Borger- también reviste el mismo *status*, sin perjuicio de que su incidencia en estas actuaciones será analizado en profundidad *infra*, no debe soslayarse su consideración como tal.

Ambas tópicos presentados como novedosos por la DAIA revisten, sin lugar a dudas esa cualidad, y poseen además virtualidad suficiente para conmovir la argumentación desarrollada por la Cámara de grado y por el juez interviniente a cuyo tenor se coligió en el temperamento conclusivo adoptado, por cierto con inusual premura.

En otros términos, la pretensión de la DAIA deviene por demás plausible, pues ha sido acompañada de elementos de juicio que *prima facie* aparecen como razonablemente eficaces para incidir en el contexto fáctico



y jurídico de análisis a la hora de decidir la reactivación de estas actuaciones.

2.5 Las falencias de la sentencia examinada no se detienen ahí: recuérdese, nuevamente, que la tesis de la acusación discurrió en torno de dos efectos que traería aparejado el *Memorandum* y que convergerían, por una u otra vía, o por las dos, en la ayuda típica exigida por los delitos que se le atribuyen a los imputados: por un lado, (i) la conformación de una "Comisión de la Verdad" que acabaría por sustraer a las personas de origen iraní sindicadas *prima facie* como intervinientes en el atentado perpetrado contra la sede de la AMIA el 18 de julio de 1994 de la acción de la justicia argentina, o al menos la dificultaría; por el otro, (ii) el decaimiento de las denominadas "alertas rojas" dispuestas oportunamente por INTERPOL a pedido del magistrado federal competente en las actuaciones correspondientes y que pesan sobre cinco de los presuntos responsables de la voladura de la mutual judía.

Las razones que llevaron a la cámara *a quo* a homologar la desestimación de ambas hipótesis, por su parte, han discurrido en torno a un doble orden de argumentación: se sostuvo, por una parte, que los hechos denunciados no encontrarían sustento fáctico en las pruebas incorporadas al expediente. Por otra parte, se postuló que el hecho denunciado, más allá de su eventual demostración, carecería de significado criminal. Ninguna de esas conclusiones, empero, ha sido adecuadamente respaldada en la resolución bajo estudio.





Cámara Federal de Casación Penal

En lo que respecta a la supuesta atipicidad de los hechos denunciados, el juez Ballestero, quien emitió su voto en primer término, sostuvo: *"...entendí, a diferencia del a quo [por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 3 de esta Ciudad], que los eventos denunciados habían encontrado su canal de expresión, sin reducirse a ser meros actos preparatorios indiferentes para el derecho penal. Sin embargo, no advertí que en ellos subyaciera esa naturaleza espuria que se le asignara"*.

Tal como fue presentado, el pasaje es a todas luces contradictorio: no es posible predicar, al mismo tiempo, que ciertos eventos trasciendan la calidad de "meros actos preparatorios indiferentes para el derecho penal" y que, no obstante, carezcan de "naturaleza espuria". En otras palabras, el comienzo de ejecución (de acuerdo con su definición en el art. 42 del C.P.), como cualquier otro elemento de la responsabilidad penal (por ejemplo, el dolo), puede predicarse exclusivamente respecto de una conducta delictiva; nunca de un hecho jurídico-penalmente inocuo.

En fin, las reglas de la lógica específicamente la de formulación del axioma de "no contradicción" determina que ambos juicios o proposiciones no pueden ser verdaderos a la vez; por ende uno de los términos de la proposición *"los hechos denunciados entrañan comienzo de*



ejecución de una conducta que no es ilícita" debe ser falso. Consecuentemente se debe determinar cuál es la proposición verdadera tal como lo establece el principio de exclusión del término medio. Como sugieren el juez de primera instancia y el otro magistrado que integró el tribunal a quo en esta oportunidad -con un criterio sobre el punto diametralmente opuesto al primer votante- bien podría ser el caso de que los hechos denunciados no constituyeran, a la sazón, comienzo de ejecución de ninguno de los delitos denunciados.

La decisión de rechazar el pedido de reactivación de las presentes actuaciones también luce infundada si se repara en la circunstancia admitida por el juez Ballestero acerca de la relevancia desde la perspectiva del derecho penal que podría tener el acto.

El problema con esa afirmación no es, empero, su falsedad sino su carácter por demás prematuro.

En este sentido, dicha aseveración no es el resultado de un análisis crítico de los elementos convictivos reunidos en la causa sino antes bien aparece como una apresurada y apriorística conclusión desprovista de todo sustento.

Como es sabido la línea divisoria entre lo que es punible y lo que no lo es en el contexto del devenir del *iter criminis*, específicamente entre una tentativa y los actos preparatorios, es un tema álgido y complejo que no puede resolverse sin un análisis exhaustivo y profundo a la luz de los principios dogmáticos que informan dicho instituto y de cara a los elementos probatorios que se

Fecha de firma: 27/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

produzcan en la causa y sean analizados debidamente por el *a quo* de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Ello impone efectuar al menos una exegesis del tipo penal de encubrimiento para determinar si la ayuda a la que alude la norma pudo haber llegado a perfeccionarse o no con la mera aprobación del *Memorandum* por parte de nuestro país.

Antes de este punto de inflexión será aventurado y hasta arbitrario precipitar un corolario en este sentido. Y esto es lo que ha sucedido en la especie.

En efecto, la elucidación de las características que apartan a un evento de constituir “meros actos preparatorios” y lo proyectan hacia su significado ilícito es una cuestión sumamente debatida en la jurisprudencia y doctrina, tanto local como internacional. La propia existencia de múltiples criterios posibles, no siempre consistentes ni constantes siquiera al interior de los mismos tribunales que los enuncian, demuestra, por sí, que se trata de un aspecto que a todas luces exige una discusión de mayor profundidad, en el caso concreto, con intervención de todas las partes involucradas y en la oportunidad correspondiente.

Ciertamente, la adopción de una postura concluyente sobre el punto es más propia de una sentencia definitiva que de un auto interlocutorio emitido en el



preámbulo estadio procesal en el que se encuentra la presente pesquisa.

Por lo demás, no puede soslayarse que, para fundar un pronunciamiento desestimatorio en los términos en los que se lo hizo en los sucesivos pronunciamientos emitidos sobre la cuestión, la dilucidación de la inexistencia de un comienzo de ejecución -al menos en la presente etapa procesal- debió hacerse, en cualquier caso, respecto de todos los posibles tipos penales en los que los hechos pudieran eventualmente subsumirse, incluyendo aquellas omisiones o incumplimientos funcionales (cf., entre otros, arts. 248 y 249 del C.P.) que no necesariamente implicaran figuras penales más graves, como encubrimiento por favorecimiento personal, impedimento o estorbo del acto funcional, entre otras (arts. 277, inc. 1º y 3º, arts. 241, inc. 2º del C.P.).

2.6 La afirmación categórica de la atipicidad del comportamiento atribuido a los presuntos intervinientes (independientemente de la demostración de los hechos que la fundamentarían) es, por su parte, más problemática aún. En este sentido, si bien el juez que votó en primer lugar afirmó en esta oportunidad que *"ninguno de los actores que tuvimos ocasión de examinar [el Memorando] advertimos que su texto proyectara algo más que su sola oposición a los postulados de la Ley Fundamental [...]"* y que se trató de *"... un documento de derecho público definitivamente errado pero no por ello delictual"* (CFP 3184/2013/CA1 'AMIA s/Amparo - Ley 16.986, rta. el 15/5/14) lo cierto es que






Cámara Federal de Casación Penal

del cotejo de esa decisión, que el juez cita, se advierten términos muy distintos.

En efecto, en esa oportunidad, entre las razones para declarar la inconstitucionalidad del *Memorandum*, el juez Ballestero señaló: "...las potestades asignadas a la Comisión no permiten descartar que, con su intervención, incida ya directa e ilegítimamente en el desarrollo de la investigación y la actuación de sus magistrados naturales.

En particular, porque como parte del procedimiento se indica que ese órgano elaborará un informe final con recomendaciones acerca de cómo proceder con el caso. Como se ve no se trata aquí de meras recomendaciones dirigidas a lograr un acercamiento entre las partes, o respecto a cómo conciliar sus posiciones de modo tal de avanzar en las investigaciones; ellas serán emitidas con indicaciones acerca de cuáles deben ser los pasos a seguir en el caso y, en definitiva, en el expediente judicial en cuyo contexto el crimen está siendo investigado.

Los  resultados obtenidos a partir de la negociación alcanzada podrían dejar sin efecto o hacer inaplicables las decisiones que hasta el momento adoptó la justicia argentina; o esos resultados podrían incorporarse al proceso judicial en marcha, con afectación del ordenamiento jurídico argentino y la Constitución Nacional. Pero además, cabría preguntarse si el camino a



transitar no implicaría desconocer la verdad relativa alcanzada hasta el momento y la obligación de someterse a la jurisdicción iraní y a una comisión internacional con funciones judiciales.

En el ejercicio de sus atribuciones la comisión emitirá un informe con recomendaciones que serán tenidas en cuenta por ambas partes en sus futuras acciones, es decir el acatamiento de aquellas será obligatorio para la justicia argentina. Y, ¿qué sucedería aquí si, en definitiva, la Comisión sostuviera que no corresponde continuar con la investigación, ya sea respecto de las personas de nacionalidad extranjera indicadas por el fiscal como en relación con aquellas limitadas a lo que se dio en llamar la conexión local? Argentina, ¿deberá desoír este particular compromiso, no acatando las directivas de una comisión que ella misma creó? O ¿deberá ajustarse a las resultas de un proceso que ella impulsó, frustrando en su camino las expectativas de las víctimas, los intereses de la sociedad y hasta los mismos atributos de sus propias instituciones?

En suma, a la comisión se le asigna la facultad para recolectar, valorar y examinar pruebas. Se le da la capacidad de realizar interrogatorios. Se le concede el atributo de dictar recomendaciones a ser tenidas en cuenta por las partes y, finalmente, se le acuerda la función de emitir un informe acerca de 'la verdad' de lo acontecido el 18 de julio de 1994. ¿No son acaso ellas las funciones del poder judicial argentino? Es evidente que el carácter.





Cámara Federal de Casación Penal

de simple comisión asesora queda aquí, y por mucho, absolutamente superado.

Las líneas del memorando esconden, en definitiva, las funciones judiciales que aquella comisión estaría destinada a cumplimentar. El análisis efectuado claramente lo descubre y, al hacerlo, revela las aristas de uno de los sucesos más peligrosos en un Estado de Derecho: la interferencia indebida en la esfera de actuación del Poder Judicial en el marco de un proceso judicial ya existente; la intromisión de la comisión en la actividad jurisdiccional que la Constitución Nacional reserva, de manera exclusiva, a sus jueces naturales.

La restricción del ejercicio de las funciones jurisdiccionales argentinas derivadas de las limitaciones que el propio instrumento impone, evidencia la existencia de inconmensurables riesgos que podrían cernirse en el marco de la investigación del atentado a la AMIA" (voto del juez Ballestero; páginas 93-95 del pronunciamiento referido. El destacado me pertenece).

Es difícil ver cómo los gravísimos peligros que el juez vislumbraba para el futuro de la causa que investiga el atentado a la AMIA, y los correlativos beneficios para sus presuntos responsables, carezcan *por completo* de significado ilícito; particularmente, en relación con los delitos de encubrimiento por favorecimiento personal que se atribuyen a los sindicatos



en estas actuaciones; máxime aun si se repara en que dicha aserción no es el corolario de elementos convictivos críticamente examinados.

En otros términos, la conclusión así emitida soslaya el principio lógico de razón suficiente.

Consideraciones similares pueden hacerse también respecto del peligro de que decayeran los pedidos de captura internacional (las "alertas rojas") en virtud del artículo 7º del *Memorandum*. En efecto, mucho énfasis se ha puesto en que sólo el juez de la causa podría darlas de baja, de acuerdo con el procedimiento regular. Pero ese razonamiento encubre dos déficits. El primero relacionado con la pretensión de los presuntos responsables del atentado (o al menos, la oferta de ayuda de sus presuntos encubridores) no necesitaba circunscribirse a la baja total y definitiva de esas circulares, sino que bien podría bastar que sus efectos fueran, por una u otra vía, suspendidos o anulados *de hecho*. Ese riesgo -advertido en su momento por el Ministerio Público- no ha sido adecuadamente ponderado ni se esgrimieron razones valederas para descartarlo definitivamente.

El restante alude a la omisión en la que incurrió el *a quo* de interpretar en su integridad el texto del artículo mencionado de cuyo tenor literal se desprende que también INTERPOL puede dar de baja alertas.

Tampoco es posible afirmar en esta oportunidad - ni es la intención del suscripto-, la tesis contraria. En efecto, el juicio de subsunción de los hechos, si fueran demostrados, depende de una pluralidad de circunstancias





Cámara Federal de Casación Penal

que hoy sólo pueden conjeturarse. Pero es precisamente eso lo que determina la incorrección de la decisión adoptada, pues ciertamente hoy no están dadas las condiciones para predicar, sin más, la ausencia de adecuación típica indubitable que puede ameritar un pronunciamiento desestimatorio como el analizado.

2.7 Lucen también insuficientes los fundamentos con los que el *a quo* rechazó la pretensión de abrir las actuaciones en virtud de la incorporación de nuevos elementos probatorios. En efecto, el examen que la Cámara de Apelaciones efectuó sobre el contenido de la conversación mantenida entre el entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, Héctor Timerman, y quien entonces era el Presidente de la AMIA, Guillermo Israel Marcos Borger, se presenta arbitrario.

En esa conversación, tal como lo reseña el *a quo*, *"...el entonces Canciller era interpelado por la máxima autoridad de la AMIA acerca de las gestiones que se desarrollaban con Irán en pos de la suscripción de un convenio, criticando que se negocie con un Estado 'mentiroso', 'no creíble', 'negacionista', según las palabras de Borger"*.

A ello, Timerman respondería: *"'no tengo otro con quien negociar'; 'decime con quién querés que negocie'; 'si fuera otro, no hubiese puesto la bomba'; '¿tenés otro para negociar?'"*. Y luego insistiría: *"'Vos no me decís*



con quién negociar, me decís con quien no negociar, qué vivo que sos...’ ‘no negocies con Irán’ y yo te pregunto: ¿Con quién querés que negocie?”.

A criterio del *a quo*, hasta allí “no existe aspecto que pueda ser rescatado para admitir siquiera un *viso de ilegalidad en las expresiones de Timerman*”, añadiendo (y en este sentido, confirmando el criterio del juez de primera instancia) que lo expresado no era más que una reiteración de la posición geopolítica que la Argentina había asumido públicamente en los últimos años (sic; p. 3506 vta.).

Varios defectos se advierten de esta transcripción. Lo primero que se observa es que la Cámara analizó la conversación aportada por la DAIA de manera descontextualizada, fragmentada y aislada del restante plexo probatorio incorporado al expediente. Ello así, desconociendo, la vasta jurisprudencia sobre la cuestión, aún del propio tribunal que emitió el fallo en crisis, esta Cámara de Casación (cf., entre muchas otras, causa 45425/2007/T01/CFC3, caratulada “SCHLENKER, Alan y otros s/ homicidio agravado”, Reg. Nro. 846/16.1 rta. 17/5/2016 entre muchas otras) y la Corte Suprema (Fallos: 323:3105, entre muchos otros); así como la literatura técnica sobre valoración probatoria e, incluso, en oposición a lo que exige el tratamiento de indicios a la luz de la sana crítica racional: esto es, su valoración conjunta, sistémica e integral.

En particular, he sostenido en el precedente de esta Sala citado en el párrafo anterior que corresponde





Cámara Federal de Casación Penal

valorar la prueba indiciaria en forma general y no aislada, dado que cada indicio separado podrá dejar margen a la incertidumbre. Existe un sector del mapa probatorio que necesariamente debe trabajarse en un frente conjunto, valorar indicio tras indicio, en forma de red, cuyas premisas van interactuando entre sí, multiplicándose en forma recíproca, dotando de sentido al conjunto. Cuantos más hechos concuerden, menos deben ser atribuidos al azar.

A su turno, la Corte Suprema ha afirmado que *"La eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva frecuentemente de su pluralidad"* (Fallos: 314:346, y también en Fallos: 311:948).

La gravedad del referido defecto en la técnica analítica se exhibe, también, a poco que se coteje el fragmento de conversación aportado en esta oportunidad con las restantes que la propia Cámara *a quo* tuvo en cuenta en su anterior intervención (v.gr., aquella en la que homologó el archivo de las actuaciones).

En esa ocasión, por ejemplo, se consignó la siguiente transcripción: *"Quien fuera exhibido como el enlace persa en nuestro país, Jorge Khalil"* -dijo la



Cámara- "...habría comentado a [Luis] D'Elía al ser preguntado de los motivos por los cuales a mayo de 2013 el pacto no había sido aprobado que el problema es que '...hay un poquito de desazón de allá, de allá, no sé porque, hay desazón [...] No gustó algunas palabras que se dijeron eh, me parece... Me parece que el ruso este de mierda [en alusión a Timerman] se mandó alguna..." (Comunicación del 11/5/13, citada a fs. 58vta.).

Allí -prosiguió reseñando el a quo en un pasaje central- "...Khalil expresamente reconoce que '...no gustó algunas palabras que se dijeron... el comentario ese que dijo: '¡A ver si ustedes se piensan que a mí [por Timerman] me gusta negociar con fulanito?, con los iraníes?'...eso quedó para el orto..." (Comunicación del 11/5/13 citada a fs. 98) (el destacado me pertenece).

Como se observa (especialmente del fragmento resaltado) la transcripción sugeriría que la conversación entre los imputados D'Elía y Khalil versó, precisamente, en torno de la que habrían mantenido Timerman y Borger: a eso, en efecto, parece remitir Khalil cuando se refiere peyorativamente a lo que el ex Canciller le transmitió al entonces presidente de la AMIA en la escucha analizada en el pronunciamiento aquí impugnado.

Las ramificaciones que, de comprobarse, podría poseer esta correlación entre las conversaciones incorporadas previamente y la que la DAIA acerca en esta oportunidad son múltiples y variadas. Pero permitirían advertir el yerro en los pronunciamientos dictados sucesivamente por el juzgado federal interviniente (ver la





Cámara Federal de Casación Penal

resolución del Juzgado Federal nº 3, Secretaría 5, del 26/2/2015) y la cámara de apelaciones llamada a revisar sus decisiones, quienes descalificaron y minimizaron las figuras de D'Elía y Khalil.

Muy por el contrario, parecería que al menos uno, o quizás los dos, habrían tenido acceso -quizás lícito, quizás no- a una conversación *privada* entre un canciller y un líder comunitario.

Por su parte, el hecho mismo de que una persona como Khalil, quien habría sido interlocutor de las autoridades iraníes, esté al tanto de las comunicaciones del ex ministro Timerman podría otorgar sustento a la hipótesis de que aquél intervendría en un carril diplomático irregular.

En fin, las posibilidades son muchas y la respuesta definitiva sobre el significado del vínculo entre las conversaciones mencionadas (sólo como ejemplo) y otros elementos probatorios ya incorporados y que habrán de incorporarse no puede hallarse aquí ni ahora. Para eso, precisamente, se requiere de una instrucción.

Pero aun si la recortada metodología con la que el *a quo* analizó el nuevo indicio fuera correcta tampoco resultan válidas las conclusiones que extrajo de sus propios términos. En efecto, al igual que con los argumentos vinculados con la supuesta atipicidad analizados previamente, la Cámara parece haber adoptado primero la



conclusión a la que quiso llegar, para luego acomodar los argumentos que desembocarían en ella. En esta oportunidad, ese proceso de razonamiento invertido se infiere por el modo en el que el tribunal pretende justificar cada tramo de la conversación, engarzándolo en su propia teoría del caso.

Pero, si bien es plausible la interpretación de los hechos de acuerdo con la cual Timerman se limitó a reproducir frente a Borger la política exterior (de público conocimiento) -entre otras cosas, porque no deja de ser cierto que el ex Canciller preguntó retóricamente “yo lo que quiero saber es ¿cómo querés que los traiga?”-, lo cierto es que, como todo indicio, su carácter es marcadamente ambiguo, anfibológico: Timerman también afirma conocer la responsabilidad de los iraníes y negociar con ellos (sea que sea lo que ello quiera decir); y sus palabras podrían haber sido conocidas, como se vio, nada menos que por Khalil (presunto operador del régimen iraní) y D’Elía. Las razones de ese conocimiento sólo pueden conjeturarse, pero el hecho mismo es más que significativo.

La tesis contraria a la adoptada por el *a quo* -defendida ante estos estrados por el pretensa querellante- es entonces, a esta altura igualmente plausible. Y no podría ser de otra manera. Por ello, en lugar de adoptar una postura concluyente y definitiva (pero sólo aparentemente fundada) como la que aquí se revisa, lo que demandaba la causa en su estado actual era una postura al menos agnóstica frente al significado, irresuelto, de la nueva prueba.





Cámara Federal de Casación Penal

2.8 Ante este panorama, no puedo sino otorgar razón al recurrente y compartir los argumentos en los que sustenta la base de su reclamo, en la medida en que el estudio fáctico y probatorio reclamado en el caso resultó cercenado por las decisiones adoptadas, admitiendo un precipitado cierre de la causa sin siquiera indagar sobre las cuestiones que habían sido indicadas oportunamente en el requerimiento de instrucción como pertinentes a esos efectos.

El inicio de la presente investigación se presenta como ineludible e impostergable para echar luz sobre los hechos denunciados. Debe dejarse sin efecto la desestimación de la denuncia.

El análisis del caso debe realizarse desde una mirada global e integrada, dejando de lado una perspectiva sesgada de los diversos elementos y constancias de la causa, a fin de arribar a una solución lógica y de acuerdo a las reglas de la experiencia, sin omitir el examen de cuestiones que se presentan como fundamentales para decidir sobre la verosimilitud de la denuncia y la pertinencia de las medidas propuestas y para evaluar la hipótesis delictiva denunciada.

No es posible, de momento, descartar como lo ha hecho el *a quo* la virtualidad y pertinencia que los nuevos elementos aportados podrían arrojar sobre los hechos denunciados. En efecto, la evaluación y disquisición que



sobre el mérito de la comunicación mantenida entre Timerman y Borger correspondiera efectuar sólo podrá realizarse en forma conglobada con los demás elementos de prueba que se propusieron.

Desde esta perspectiva y atendiendo a la instancia en la que se encuentra la causa, en la que ni siquiera se ha dado apertura a la etapa preliminar, no resulta posible restarle entidad, como lo ha hecho el *a quo*, despojándola de todo su valor probatorio.

Es que las hipótesis jurídico-penales que vienen sostenidas giran en torno a un nivel de conocimiento que no es posible predicar a esta altura, en la medida en que no existe certeza negativa que permita descartar el acaecimiento de los hechos tal cual fueron descriptos por el Fiscal Federal, Alberto Nisman quien se encontró a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación del atentado a la AMIA del 18 de julio de 1994.

Se trata, en definitiva, de inaugurar un espacio de discusión para que las partes puedan debatir sobre las circunstancias fácticas que obran en la causa mediante hechos controvertidos que necesitan ser probados.

En este contexto, la decisión desestimatoria adoptada en las presentes actuaciones luce incompatible con la controversia jurídica planteada y la falta de exhaustividad en la confrontación de los elementos pertinentes, en la medida en que la recurrente ha ensayado una hipótesis imputativa que se presenta -al menos de momento- plausible de ser investigada, más allá de ser





Cámara Federal de Casación Penal

meramente provisoria, y de la decisión que pudiera adoptarse con posterioridad.

Lo cierto es que la delicada naturaleza de los hechos denunciados exige, por parte del servicio de justicia y de los funcionarios que lo proveen, una respuesta rápida y eficiente pero, por sobre todas las cosas, una respuesta transparente enmarcada en los preceptos de previsibilidad y coherencia propia de los jueces mediante una sentencia judicial fundada.

Pero también demanda una investigación diligente y exhaustiva, firmemente enmarcada en los claros contornos de la ley y la Constitución –por encima de los cuales nadie puede pretender colocarse en un Estado de Derecho– que deben servir de guía en los procedimientos que tienen por fin la averiguación de la verdad, mediante la cual pudiera descartarse de manera contundente la hipótesis imputativa esgrimida.

2.9. A lo hasta aquí expuesto, no puede desconocerse en el reclamo que efectúa la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas la extrema gravedad que –de comprobarse conforme a los estándares y exigencias que impone al proceso penal nuestra Constitución Nacional y las leyes que reglamentan sus preceptos– tendrían los hechos denunciados, los cuales –al decir de la querellante– tuvieron como objetivo el encubrimiento del mayor atentado criminal de la historia argentina, que ha sido calificado



por varias instancias jurisdiccionales como *crimen de lesa humanidad*.

No pueden pasarse por alto, en este sentido, los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de investigación de hechos en donde se encuentra comprometida la responsabilidad de altos funcionarios estatales. Es que, como es sabido, la comunidad internacional ha desarrollado diversos mecanismos procedimentales para hacer frente a la preocupación de que quienes ocupan las más altas magistraturas de los Estados puedan manejar los resortes del poder de manera ilícita, con el fin de garantizarse impunidad. Ciertamente, están en la mejor posición imaginable para lograrlo.

Así, ya al menos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial es un principio reconocido del derecho internacional que los crímenes de masas -paradigmática (aunque no exclusivamente) perpetrados desde el propio Estado o con su aquiescencia-, como los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio, pueden y deben ser perseguidos penalmente sin limitaciones de tiempo ("principio de imprescriptibilidad") ni lugar ("principio de jurisdicción universal"). La Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo ha destacado en numerosos precedentes - cfr., por todos, "Priebke" (Fallos: 318:2148), "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Mazzeo" (Fallos: 330:3248)- y lo mismo ha hecho esta propia Cámara Federal de Casación Penal (cfr. C.F.C.P. Sala IV, causas N° 12.038 "Olivera Rovere, Jorge Carlos y otros s/recurso de casación", Reg. N° 939/12, rta. el 13/6/2012;





Cámara Federal de Casación Penal

Nº 14075 "Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/rec. de casación", Reg. Nº 743/12, rta. el 14/5/2012; Nº 12821 "Molina, Gregorio Rafael s/recurso de casación", Reg. Nº 162/12, rta. el 17/2/2012 y Nº 10609 "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/recurso de casación" Reg. Nº 137/12, rta. el 13/2/2012, entre muchas otras).

También se ha reconocido, en el ámbito de los organismos regionales de protección de derechos humanos, que la imprescriptibilidad como mecanismo para evitar la impunidad, alcanza a cualquier grave violación de derechos humanos (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Bulacio", sentencia del 18/9/03 y "Barrios Altos", sentencia del 14/3/01).

Puedo mencionar también la atención que se le ha prestado en las últimas décadas a otra clase de ilícitos gravísimos cometidos desde la función pública: aquellos vinculados con hechos de corrupción. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -con especial referencia a su preámbulo- destaca la preocupación de los Estados parte por la "gravedad para la estabilidad y la seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley" que plantea la corrupción. Esas consideraciones encuentran, a su vez, correlato, en el ámbito regional, con el objetivo establecido en la Convención Interamericana



contra la Corrupción, en cuanto consagra como condición para lograr una democracia representativa, el combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; condición indispensable para lograr la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región.

Ambos instrumentos internacionales son enfáticos en los esfuerzos que se espera de los Estados parte para cumplir diligentemente sus obligaciones de prevenir, detectar, investigar y, oportunamente, sancionar hechos de estas características.

En este sentido, la necesidad de investigar y dilucidar los hechos que involucren funcionarios públicos, sometidos al tamiz de la expectativa social, ha generado - tanto en el ámbito legislativo como judicial- la aplicación de estos principios a nuevas realidades, con la finalidad de cumplir con aquellas obligaciones asumidas por el Estado de investigar y sancionar a los responsables.

Por mi parte, señalé en diversos precedentes que dichos compromisos internacionalmente asumidos debían servir de parámetros para guiar el análisis de las pretensiones de las partes, dejando de lado una mirada sesgada o una perspectiva ingenua (cfr. en este sentido -en lo pertinente y aplicable- causa CFP 2160/2009/22/CFC2, caratulada "JAIME, Ricardo Raúl y otros s/recurso de casación", Reg. Nro. 1013/15.4, rta. el 29/05/15, causa CFP 6082/2007/T01/11/CFC1 caratulada "SUAREZ ANZORENA, Martín y otros s/recurso de casación, Reg. Nro. 1077.15/4, rta. el 5/06/2015 y causa CFP 12438/2008/CFC2 caratulada "DE VIDO,

Fecha de firma: 29/02/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

Julio Miguel y otra s/recurso de casación, Reg. Nro. 1122/15.4, rta. el 12/06/2015; entre otras).

Lo que se advierte, en definitiva, es que las razones que inspiraron el desarrollo de los dispositivos referidos se sustentan en un mismo y único principio cardinal: el deber que surge de la Constitución Nacional y de las leyes y la exigencia, sin cortapisas, de investigar con seriedad las denuncias que atañen a quienes, en virtud de la confianza y responsabilidades públicas depositadas, cuentan con herramientas para eludir el accionar de la justicia; pues, independientemente del resultado del proceso penal, la sociedad tiene derecho a obtener una respuesta genuina y no meramente formal, que aviente todo temor de manipulación y socavamiento de las instituciones en las que delegan la administración de la República.

Las consideraciones referidas, en fin, conducen a la conclusión de que las decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales que han intervenido hasta ahora en este proceso no solamente se han desviado de esos objetivos, sino que se han orientado en la dirección diametralmente opuesta a la demandada por los principios enunciados.

Por las consideraciones hasta aquí expuestas, considero que debe hacerse lugar a la pretensión de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), revocar la decisión recurrida, dejando sin efecto la desestimación de la denuncia.



3. Desistimiento formulado por el señor Javier A. De Luca ante esta instancia.

A esta altura y en virtud de las consideraciones hasta aquí esgrimidas, se presenta inoficioso el tratamiento del desistimiento del recurso del Ministerio Público Fiscal postulado por el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca.

Ello así pues la revisión de la decisión del *a quo* fue habilitada por el recurso de casación interpuesto por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas, quien reviste ahora el carácter de parte querellante.

II. Por ello, propongo al acuerdo: **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 3555/3571 por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), **CASAR y REVOCAR** la resolución recurrida obrante a fs. 3501/3516 vta. y aquéllas que la preceden, **TENER** por parte querellante a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), considerar que se presenta inoficioso el tratamiento del desistimiento del recurso de casación del Ministerio Público Fiscal postulado por el Fiscal General de Casación, doctor Javier Augusto De Luca; **DEJAR** sin efecto la desestimación de la denuncia y, con el objeto de procurar la garantía de imparcialidad del juzgador, **APARTAR** al Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal interviniente como así también a los magistrados de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que convalidaron la desestimación de la denuncia y **REMITIR** la presente causa al *a quo* para que tome nota de lo aquí resuelto y para que un nuevo juez,

Fecha de firma: 27/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

mediante sorteo de rigor, continúe con el trámite de las actuaciones con la celeridad que el caso impone. **TENER PRESENTE** las reservas del caso federal planteadas por las defensas. Sin costas en la instancia (arts. 18 de la C.N. y 172, segundo párrafo, 173, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

En el marco de la presente causa, corresponde comenzar por los cuestionamientos a la intervención de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (en adelante "D.A.I.A.") -pretensa querellante- como recurrente en el caso de autos, formulados por la defensa y por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia.

En el dictamen N° 10.806 obrante a fs. 3810/3815 el Señor Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Javier Augusto De Luca, postuló el desistimiento del recurso de casación de su par ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, y además planteó que la pretensa querellante D.A.I.A. no presentó el poder especial para querellar por los hechos que denunció.

El fiscal de casación no puso en duda que el firmante no sea representante legal o estatutario de la persona de existencia ideal, ni cuestionó tampoco la legitimación como ofendida por el delito que ellos



consideran que se cometió; solamente invocó la ausencia de poder especial que se exigiría a las asociaciones para actuar como querellantes en sede penal, según los arts. 82 y 83 del C.P.P.N. Agregó que no bastaría con acompañar la copia del estatuto societario, ya que el juzgador no debería convertirse en intérprete de una supuesta voluntad implícita de una de las partes. Pidió que se declare desierto o por no presentado el recurso de casación de la D.A.I.A.

Nuevamente insistió con esta cuestión en el dictamen n° 10.863 presentado en el término de oficina. Sostuvo que no solicitó que se rechacen *in limine* las presentaciones de la pretensa querellante por falta de personería, sino que se decida sobre ese asunto, teniendo en cuenta que a las personas jurídicas se les exige poder especial para querellar otorgado ante notario por escritura pública. Invocó el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional "Farías de Fiori, Estela" del 14/5/54, y el art. 1184 del Código Civil derogado.

Por su parte el Dr. Alejandro Rúa, defensor de Héctor Timerman, a fs. 3740/3453 vta., indicó que la D.A.I.A. carece de legitimación como pretense querellante pues habría incumplido con la norma de los arts. 46 y 47 del C.P.C.C.N., al no acompañar poder especial en la primera presentación de Ariel Adolfo Cohen Sabban (Presidente D.A.I.A.). Señaló que la ausencia de poder especial torna inadmisibles la impugnación de la pretensa querellante ya que sólo la Asamblea General de Delegados de





Cámara Federal de Casación Penal

dicha institución puede otorgar poder para constituirse como parte querellante y no el Consejo Directivo, cuyas actas fueron presentadas en autos en respaldo del pedido de ser tenido como parte querellante.

A su vez, la Dra. Lucila E. Larrandart, defensora de Andrés Larroque sostuvo a fs. 3754/3761 que la D.A.I.A. no puede constituirse como parte querellante porque la jurisdicción no se encuentra habilitada, pues no hay impulso de la acción penal pública ya que la denuncia fue desestimada por inexistencia de delito. Agregó que la D.A.I.A. no presentó poder especial para querellar.

A fs. 3609/3609 vta. el Vicepresidente Primero y Presidente en ejercicio de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentina (D.A.I.A.), en respuesta a los cuestionamientos antes reseñados, sostuvo que se encuentra facultado para representar a la entidad en orden a la siguiente documentación: copia certificada del acta de designación de autoridades oportunamente presentada ante el juez de primera instancia, copia certificada del estatuto respectivo, actas del Consejo Directivo que facultan a querellar en este caso concreto, Acta de la Asamblea General Ordinaria y de la Asamblea Especial Electora de la D.A.I.A. celebrada el 19 de noviembre de 2015 (fs. 3651/3653).

Respecto de este último documento puntualizó que en su Capítulo V, art. 21.1 se establece que el Presidente



de la entidad ejerce la representación de ésta, mientras que el art. 22.1 establece la facultad del Vicepresidente en caso de ausencia del Presidente, como sucede en autos.

A mayor abundamiento acompañó copias certificadas de las actas del Consejo Directivo de la institución en las que se aprobó la presentación como querellante de la entidad a la que representa en la presente causa; decisión que fue ratificada y reiterada por el Consejo Directivo en el mes de Junio del año 2016.

Ahora bien, analizada el Acta Notarial n° 014551295 obrante a fs. 3611/3637 se advierte que *"la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (D.A.I.A.) ejerce y ejercerá la representación política de sus entidades miembros y de la Comunidad Judeo- Argentina ante las autoridades y/o Poderes Públicos Nacionales o Internacionales, en toda cuestión que sea de interés de las entidades asociadas o de personas pertenecientes a la comunidad judía, ya sea que su intervención le sea requerida expresamente o que la misma asociación, de por sí lo considere conveniente y/o necesario para la mejor consecución de sus objetivos"* (cfr. art. segundo).

Además en dicho estatuto se establece que la D.A.I.A. tendrá por objeto, entre otros, *"representar a las entidades miembros, a la Comunidad Judía y a sus integrantes, realizando cuantos actos, gestiones, acciones, peticiones y actividades sean necesarias"* (artículo cuarto). Y a los fines de cumplir sus objetivos establece en el artículo quinto que podrá *"Intervenir judicialmente ante todos los fueros y en todas las*





Cámara Federal de Casación Penal

jurisdicciones con la facultad expresa de formular querellas" (artículo quinto, punto sexto).

A su vez el artículo duodécimo establece que *"La Asociación será dirigida y administrada por un Consejo Directivo formado por un Presidente, un Vicepresidente 1°, un Vicepresidente 2°, un Vicepresidente 3°, un Vicepresidente 4°, un Secretario General, un Prosecretario 1°, un Prosecretario 2°, un Prosecretario 3°, un Tesorero, un Protesorero 1°, un Protesorero 2°, un Protesorero 3°, 10 vocales titulares, 5 vocales suplentes y un Secretario de actas"*.

El artículo vigésimo establece entre los deberes del Consejo Directivo: *"20.1. Representar a la Asociación y administrar sus bienes"*. Y al Presidente la atribuye *"Ejercer la representación de la Asociación, pudiendo delegar la representación en alguno de los vicepresidentes"* (artículo vigésimo primero).

Para finalizar este análisis del estatuto ha de señalarse que *"son atribuciones de los vicepresidentes: 22.1. Reemplazar la presidente en el orden designado en caso de muerte, ausencia, licencia, enfermedad, renuncia o incapacidad, con los mismos deberes y atribuciones que tiene el Presidente"*.

Dicho estatuto es la ley que rige el funcionamiento y la actuación de la Asociación que pretende constituirse en querellante en esta causa. El Código Civil



y Comercial de la Nación vigente establece en su artículo 150 que: *"Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos [...]; c) por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las de este Título..."*.

El artículo 158 del nuevo código civil y comercial también establece que el estatuto de la persona jurídica debe contener normas sobre el gobierno, administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna. Todo lo cual se encuentra ampliamente cumplido en el estatuto aportado por la D.A.I.A.

De los términos de esa norma particular surge que el Consejo Directivo es el que representa a la persona jurídica D.A.I.A., por lo que es el órgano que fue instituido en la carta fundacional de aquella como el facultado para ordenar la interposición de una querrela criminal y encomendar a su presidente que, en el ejercicio de sus facultades estatutarias, lleve personalmente adelante esa tarea.

Volviendo a la norma civil y comercial vigente -y no la derogada que invocó el fiscal general ante esta instancia- respecto de los miembros del consejo directivo, el artículo 171 del C.C.C.N. requiere que sean miembros asociados de la institución. El estatuto debe prever, como





Cámara Federal de Casación Penal

mínimo, los cargos de presidente, secretario y tesorero, más dos vocales.

El art. 170 del C.C.C.N. indica que el acto constitutivo debe contener, entre otras previsiones "h) el régimen de administración y representación" y "l) los órganos sociales de gobierno, administración y representación. Deben preverse la comisión directiva, las asambleas y el órgano de fiscalización interna, regulándose su composición, requisitos de integración, duración de sus integrantes, competencias, funciones, atribuciones y funcionamiento en cuanto a convocatoria, constitución, deliberación, decisiones y documentación".

A su vez, una novedad del Código vigente en la materia es que ha adoptado la teoría orgánica de la representación de las personas jurídicas. Por ende, la representación surgirá del estatuto, contrato, o instrumento legal que diera origen a una persona de existencia ideal. El representante es el titular de un órgano, independientemente de la existencia de un poder, sin perjuicio de que pueda darse poder a un abogado para que represente a la sociedad en juicio: en el primer supuesto habrá representación orgánica, en el segundo, mandato.

Como se advierte en el presente caso, las autoridades de la D.A.I.A. han actuado personalmente en el ejercicio de una representación orgánica de la persona



jurídica que los ha instruido expresamente para querellar a través de lo plasmado en las Actas del Consejo Directivo.

En este punto debe confrontarse el acta n° 165 aportada por la D.A.I.A. de fecha 16 de mayo de 2016 en la que el Consejo Directivo de la institución aprobó que se presente *"como parte querellante en la causa de la denuncia del Fiscal Alberto Nisman en trámite en el Juzgado Federal n° 3, así como también la causa contra Héctor Timerman, en el juzgado Federal n° 11"* (cfr. fs. 3644).

A continuación cabe citar el acta n° 172 de la D.A.I.A. (fs. 3647) del 7 de noviembre de 2016 en la que se lee *"Caso Nisman: ...el consejo directivo instruye al Dr. Indij a proseguir con las actuaciones en trámite al día de la fecha en la Cámara de Casación Federal y toda la vía recursiva que fuere menester"*.

A fs. 3825/3839 vta. se presentó Ariel Adolfo Cohen Sabban en su carácter de Presidente de la entidad y acompañó el poder especial otorgado a los Dres. Santiago Andrés Kaplun y Gabriel Leonardo Camiser.

En definitiva, las autoridades del cuerpo no actuaron como mandatarios a quienes se les debe exigir un poder especial para querellar, sino que lo hicieron como representantes orgánicos de la persona jurídica y contaban con la indicación expresa para actuar como lo hicieron proveniente del órgano facultado a tal fin.

Las normas del art. 83 del C.P.P.N. que invocó una de las defensas no pueden analizarse de manera aislada de las específicas normas civiles que regulan la cuestión,





Cámara Federal de Casación Penal

máxime cuando ha mediado un cambio legislativo desde el dictado de la jurisprudencia que invocan. Así las cosas, la ausencia de poder especial a la fecha de la petición de ser tenido por parte querellante -en las concretas circunstancias aquí explayadas- no obsta a la admisibilidad de la impugnación deducida.

Ninguna de las contrapartes, ni el Fiscal General de Casación, han cumplido con el deber de llevar adelante el análisis de toda esta normativa particular y general para dotar de debida fundamentación a sus cuestionamientos. Por el contrario, invocaron normas derogadas y jurisprudencia que no se adapta a los hechos aquí descriptos, y, por lo demás, este planteo efectuado ante esta instancia ha sido el fruto de una reflexión tardía sobre la cuestión.

Con respecto al planteo en término de oficina de la Dra. Lucila Larrandart (defensora de Andrés Larroque) sobre la actuación del querellante en solitario, este no procede en atención a que en el *sub lite* hubo requerimiento Fiscal de Instrucción (art. 180 del C.P.P.N.), es decir impulso fiscal (conforme mi criterio sostenido en reiteradas oportunidades a partir del precedente "Juárez"; cfr., en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala IV, causa N° 13.548, "Juárez, Ángel s/recurso de casación" Reg. 881/12.4, rta. el 24/5/2012; reiterado en las causas N° 12.280, "Ildarraz, Roberto y otros s/recurso de casación",



reg. 1.960/12, rta. el 23/10/2012; N° 16.481 "Irustia, Paula Gabriela s/recurso de casación", reg. 2.227.13.4, rta. 12/11/2013; N° 16.359 "Dib, Miguel Oscar s/recurso de casación", rta. 23/05/14, reg. 974.14.4, Sala III: Causas N° 15.312 "De Puerto Flecha, Blas María y otros s/recurso de casación", reg. 1233, rta. 5/9/12; N° 16.896 "Quebecor Word Pilar S.A. y otros s/recurso de casación, rta. 7/11/13 y Sala I: causas N° 13.901 "Makarius, Carlos Marcos y López, José Oscar s/recurso de casación", reg. 19.520, rta. 16/05/12 y N° 15.624 "Peña, Santiago y otros s/recurso de queja", reg. 19.565, rta. 21/05/2012; Sala IV: "Rodríguez, María Elizabeth s/recurso de casación", causa CCC 31816/2012/CFC1, Reg. 1598/15, rta. el 21/8/15, entre muchas otras).

En el actual escenario procesal, se advierte que la jurisdicción revisora de este Tribunal se encuentra habilitada por la vía impugnaticia deducida por la D.A.I.A., en su calidad de pretense querellante, en consonancia con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido precedente "Santillán". En efecto, el Máximo Tribunal en el caso en cita sostuvo que *"la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5)." (Sentencia del 13/08/98, C.S.J.N., Fallos: 321:2021, cons. 10).*





Cámara Federal de Casación Penal

Por otra parte, comparto las consideraciones expuestas en el voto del Dr. Gustavo M. Hornos referidas a la legitimación de la D.A.I.A. como particular ofendido (en los términos del art. 82 del C.P.P.N.), a las que me remito por razones de brevedad. Consecuentemente, adhiero a la solución del distinguido colega en cuanto propone otorgar legitimación a la D.A.I.A. y constituirla como parte querellante en las presentes actuaciones.

Ha de recordarse la doctrina del Máximo Tribunal en cuanto a que los jueces no están obligados a tratar todas las cuestiones planteadas por las partes, sino sólo aquéllas que resulten pertinentes y conducentes para la solución del caso (Fallos: 295:970, 300:522, 306:2174, 310:2012, 310:1835, 326:2135, 327:525, 327:3157, 329:1951 y 329:3373 entre muchos otros), máxime cuando los planteos no se encuentren debidamente fundados.

Respecto del planteo de incompetencia interpuesto por la defensa de Héctor Timerman mediante el cual se pretende que intervenga la Sala II de esta Cámara, debe estarse a lo oportunamente considerado a fs. 3762/3767 vta. (Reg. Nro. 2204/2016 de la Sala I del 14/11/16). Contra esta resolución la defensa interpuso recurso extraordinario federal, que fue rechazado el 2/12/16 (Reg. Nro. 2352/16 de la Sala I).

Además, en el curso de la audiencia ante esta instancia, se reeditó el planteo de violación al principio



de *ne bis in ídem* respecto de la causa nro. 14305/2015/CFC1 de la Sala IV de esta Cámara, caratulada "Timerman, Héctor s/falta de acción". En este punto también deberá estarse a lo resuelto en el Reg. Nro. 1431/16.4, de fecha 8/11/16 de esa Sala en el que se declaró inadmisibile el cuestionamiento (y posteriormente se declaró inadmisibile el recurso extraordinario respectivo: Sala IV, Reg. 1615/16.4, rta. 15/12/16) toda vez que no se han aportado argumentos novedosos que conduzcan a apartarse de lo oportunamente decidido.

Conforme surge de los resultandos de la presente, en la resolución que hoy es objeto de revisión por esta Cámara, el 26 de septiembre de 2016 el "a quo" resolvió confirmar la decisión mediante la cual el juez de primera instancia, con fecha 5 de agosto de 2016, rechazó el pedido de reactivación de la investigación y la producción de medidas probatorias formulado por la D.A.I.A. y, correlativamente, su pretensión de ser tenida por parte querellante, con fundamento en que la jurisdicción no se encontraba habilitada legalmente, en virtud de que la denuncia formulada el 14 de enero de 2015 por el Fiscal General titular de la Unidad Fiscal A.M.I.A., Dr. Alberto Nisman -hoy fallecido- había sido desestimada por inexistencia de delito, con agotamiento de la vía recursiva.

En dicho orden de ideas, las dos instancias jurisdiccionales anteriores parten de la premisa de que la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito (cfr. art. 180 del C.P.P.N.) dispuesta el 26 de febrero de

Fecha de firma: 30/4/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

2015 fue confirmada primero por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (26/03/2015, en adelante "C.N.A.C.C.F.") y luego por la Sala I de esta Cámara Federal de Casación Penal (12/03/2015 -con integración parcialmente distinta de la actual-, en adelante "C.F.C.P.").

Al respecto, en primer término, es pertinente precisar que la citada decisión de la C.N.A.C.C.F. del 26 de marzo de 2015 no fue confirmada por esta C.F.C.P. en su anterior intervención. En efecto, este Tribunal no alcanzó a ejercer su actividad revisora, con motivo del desistimiento del recurso de casación del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, Dr. Javier Augusto De Luca, quien era la única parte recurrente en dicha oportunidad. En ese contexto procesal, la Sala I de esta C.F.C.P. se limitó a tomar razón de dicho desistimiento el 12 de marzo de 2015 (cfr. C.F.C.P., Sala I, causa CFP 777/2015/CFC1, "Denunciado: Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/encubrimiento (art. 277); Denunciante: Unidad Fiscal de Investigaciones del Atentado contra la sede de la A.M.I.A. y otros" obrante a fs. 878/879).

En esta ocasión, se presenta un escenario diferente, en el cual hay un nuevo sujeto procesal que pretende su incorporación como parte querellante, a partir del pedido de reactivación de la investigación introducido



el 2 de agosto de 2016. Es por ello que, en la actualidad, la jurisdicción revisora de este Tribunal se encuentra habilitada por la vía recursiva deducida por la D.A.I.A., en su calidad de pretense querellante -ahora querellante-, que es consonante con la posición asumida por los fiscales intervinientes en las presentes actuaciones en las instancias jurisdiccionales anteriores. En este nuevo contexto procesal, la desestimación de la denuncia postulada por el Dr. De Luca no constituye un obstáculo para que esta Cámara quede habilitada para ejercer la actividad revisora que le demanda la pretensa querellante, devenida por la presente en querellante, de acuerdo a los bien fundados argumentos expuestos por el voto que antecede, a los que me remito por razones de brevedad.

En las circunstancias apuntadas, se advierte que la afirmación del juez de primera instancia, en orden al *"sólido edificio fáctico y jurídico, que se evidencia en esta causa, consolidado en las tres instancias penales"* no guarda correspondencia con las constancias de la causa. Como se expuso, la Cámara Federal de Casación Penal no revisó la cuestión de fondo en aquella ocasión pues con fecha 15 de marzo de 2015 el Sr. Fiscal ante esta instancia solicitó el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el Fiscal ante la C.N.A.C.C.F. Por otra parte, la negación a permitir la investigación de los hechos denunciados en esta causa por las instancias anteriores ha sido resuelta siempre por los mismos magistrados, quienes en dos oportunidades insistieron con su postura originaria de desestimar la denuncia presentada

Fecha de firma: 2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

por el Dr. Natalio Alberto Nisman que fue acompañada por el Fiscal Gerardo Pollicita. Es decir que ésta es la primera vez que la Cámara Federal de Casación Penal se encuentra debidamente habilitada para revisar lo decidido por los tribunales de mérito.

La alusión efectuada por el magistrado al año y medio transcurrido desde la denuncia del Fiscal Nisman no demuestra la relevancia que se le pretende asignar con relación a la orfandad probatoria de los hechos que constituyen el objeto de aquélla, recogidos en el requerimiento de instrucción formulado por el Fiscal Pollicita (cfr. arts. 180 y 188 del C.P.P.N.). Ello es así, en atención a que, conforme lo ha venido destacando la D.A.I.A., nunca se produjeron las medidas solicitadas oportunamente por los representantes del Ministerio Público Fiscal (denunciante Dr. Nisman y requirente Dr. Pollicita en los términos de los arts. 180 y 188 del C.P.P.N.).

La negación a llevar adelante dichas medidas con las que ahora insiste el querellante –sumadas a las dos nuevas circunstancias invocadas en sustento de su actual recurso–, que también fueron solicitadas por los acusadores públicos en las instancias anteriores con el propósito de dotar de respaldo objetivo a la hipótesis acusatoria, unida a la cronología de los actos procesales relevantes del caso (denuncia: 14/01/2015; requerimiento de instrucción: 13/02/15; desestimación de la denuncia por inexistencia de



delito: 26/02/2015; confirmación de dicho pronunciamiento por el "a quo": 26/03/2015; auto por el que se toma razón desistimiento del Fiscal de Cámara Javier De Luca de esta Sala I CFCP: 12/03/15; solicitud de reactivación de la investigación solicitada por la D.A.I.A.: 02/08/2016; rechazo de la solicitud de la D.A.I.A.: 05/08/2016; confirmación de dicho rechazo por el "a quo": 27/09/2016), resultan, por sí solas ya en principio, circunstancias indiciarias de lo prematuro de la decisión confirmada por el "a quo" en la sentencia hoy sujeta a revisión por esta Sala.

Ratificada la legitimación del pretense querellante para recurrir, y afirmada su calidad de parte, se deben examinar los elementos que trajo esa parte para lograr la reactivación de la investigación.

En la resolución recurrida de fs. 3501/3516 vta. los nuevos elementos aportados se puntualizan de la siguiente manera: *"El primero de ellos -invocado en soledad por el pretense acusador- acude al carácter firme que adquirió la decisión por la cual se declaró la inconstitucionalidad del Memorandum de Entendimiento. A partir de tal acontecimiento, impugna el criterio del a quo en cuanto sostiene la ausencia de delito por falta de un comienzo de ejecución. Afirma que fue aquella decisión la que tuvo que venir a detener el plan de acción puesto en marcha por los imputados, quienes hicieron todo lo que pudieron para que el Memorando surta efectos"*.

El segundo elemento es el audio de una conversación telefónica entre el entonces Canciller





Cámara Federal de Casación Penal

argentino, Héctor Timerman, y el ex presidente de la Asociación Mutual Israelita Argentina -A.M.I.A.-, Guillermo Israel Marcos Borger. Siguiendo con la cita de la resolución de la Cámara "el pretense querellante sostuvo que [dicha conversación] probaría el conocimiento que tenía Timerman respecto a la identidad de los responsables del atentado terrorista más sangriento y devastador de la historia de nuestro país, habiendo sido el funcionario que tuvo un rol preponderante en el acuerdo de entendimiento celebrado entre las autoridades del Poder Ejecutivo Nacional y las autoridades de la República Islámica de Irán. A través del elemento de prueba referido se adosa un hecho nuevo y, tal es que el representante del Estado Argentino que suscribió el 'Memorando de Entendimiento' al momento de la negociación sabía que funcionarios iraníes tuvieron participación en el atentado y, aun así, llevó a delante negociaciones para hacer caer los pedidos de captura que pesan sobre los imputados".

La firmeza de la declaración de inconstitucionalidad del Memorandum determinó definitivamente la imposibilidad de su aplicación y quedó establecida la invalidez del Tratado en el marco jurídico constitucional. De ello no se deriva necesariamente (a contrario de lo afirmado en las instancias anteriores) que corresponda descartar sin más el análisis reclamado por los acusadores en las instancias previas y la D.A.I.A. ante



esta Cámara Federal de Casación Penal, sobre si existió, o no, una motivación espuria en su diseño e intento de puesta en marcha.

Por otra parte, no cabe descartar que el audio entre el ex presidente de la A.M.I.A. (Borger) y el Canciller Timerman -cuyo origen y alcance deberá ser examinado en la instrucción- pueda ser considerado como un elemento más a ser analizado de manera concatenada con el resto de los existentes en la causa y las diligencias probatorias que deberán ser producidas, que se enunciarán en la presente ponencia.

No se fundó en el fallo impugnado por qué esa conversación impide descartar sin más -como lo hace el "a quo"- la hipótesis de los hechos denunciados referida a que la finalidad del Memorándum no era en realidad la proclamada oficialmente.

Dicho marco de incertidumbre al respecto es incompatible con la certeza negativa exigida para una desestimación de la denuncia como la adoptada, máxime frente a las múltiples medidas de prueba solicitadas en el requerimiento fiscal de instrucción y por la D.A.I.A. ante esta instancia (en este sentido confrontar, en lo pertinente y aplicable: C.F.C.P., Sala I: causa CCC 50085/2010/8/CFC1, "Ferrón Ricardo Raúl y otros s/homicidio simple", reg. nro. 1797/16, rta. el 30/9/2016. Sala III: causa CFP 7014/2007/CFC1, "Brizuela, Derlys Ramón s/recurso de casación", reg. nro. 1513/15, rta. el 4/9/2015, causa CCC43913/2011/3/1/CFC1, "Rampoldi, Héctor Celestino s/recurso de casación", reg. nro. 1433/15, rta. el

Fecha de firma: 29/9/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

31/8/2015 y causa nro. 687/2013 "Mogliatti, Adrián s/recurso de casación", reg. nro. 508/14, rta. el 8/4/2014. Sala IV: causa Nro. 14.676, "Pereira, Rosa Ester y otros s/recurso de casación", reg. nro. 1896/12, rta. el 15/10/2012; causa nro. 12.482, "Talavera Torres, Alfredo s/recurso de casación", reg. nro. 1172/12, rta. el 11/08/12, causa nro. 278/2013 "Karara, Armando Luis y López, Ricardo Jorge s/ recurso de casación", reg. nro. 2626/13, rta. el 23/12/2013; causa nro. 946/2013, "Pereyra, Mario Ariel s/ recurso de casación", reg. nro. 672/14, rta. el 24/04/2014; causa nro. 1033/2013 "Chiappara, Fernando s/recurso de casación, reg. nro. 437/14, rta. el 28/3/14 y causa CPE 541/2011/4/CFC1, "Nimo, Marcelo Alejandro s/recurso de casación", reg. nro. 1619/15, rta. el 27/8/2015).

Tiene dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es arbitraria la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, sin integrarlos y armonizarlos debidamente en su conjunto, cuando ello conduce a la omisión valorativa de indicios que pudieron ser decisivos para alcanzar un resultado distinto en el caso (C.S.J.N., Fallos: 308:640, entre otros).

En esa línea también precisó el Alto Tribunal que si se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de



presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de los elementos indiciarios, ello se constituye como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso (L.478.XXI, "Liberman, Susana por sus hijos menores c/Instituto Nacional de Tecnología Industrial -INTI-", del 28 de abril de 1988 y J.26.XXIII, "Jaurena, Ramón Avelino s/homicidio culposo" - causa n° 1192, del 2 de abril de 1992).

Lo expuesto en el punto precedente evidencia la necesidad de reexaminar el expediente en función de la pretensión del acusador privado. En tal sentido, resulta ilustrativo recordar los antecedentes de esta causa.

En la resolución del 26 de febrero de 2015, el juez interviniente, Dr. Daniel Rafecas, señaló que las presentes actuaciones se iniciaron con la denuncia presentada por el Fiscal General, Dr. Natalio Alberto Nisman el 14 de enero de 2015, en el marco de la causa 3446/2012, caratulada "Velazco, Carlos Alfredo y otros por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público" (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Sec. N° 8).

En dicha denuncia, el Dr. Natalio Alberto Nisman -Fiscal General titular de la Unidad Fiscal de Investigación del atentado perpetrado el 18 de julio de

Fecha de firma: 29/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

1994 contra la sede la A.M.I.A.-, puso en conocimiento la existencia de un presunto *“plan delictivo”* que habría estado destinado a dotar de impunidad a los imputados de nacionalidad iraní acusados -y prófugos desde 2007- en dicha causa, para que eludan la investigación y se sustraigan de la acción de la justicia argentina, con competencia en el caso. Según lo expuesto por el denunciante, la maniobra habría sido llevada a cabo por *“altas autoridades del gobierno nacional argentino, con la colaboración de terceros, en lo que constituye un accionar criminal configurativo, a priori, de los delitos de encubrimiento por favorecimiento personal agravado, impedimento o estorbo de acto funcional e incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 277 inc. 1 y 3, 241 inc. 2 y 248 del Código Penal)”*.

Tal proceder criminal, según la denuncia del Fiscal Nisman, habría estado inspirado en la carencia energética existente en el territorio argentino en los últimos años. Mediante el acercamiento de ambos Estados, nuestro país obtendría petróleo que le iba a permitir cubrir aquellas necesidades prioritarias, e Irán, por su parte, se abastecería de granos y en una segunda etapa preveía vender armas al país. En otras piezas procesales agregadas al expediente existen hipótesis alternativas en cuanto a la finalidad ilícita que guiaba la maniobra denunciada; tal el caso de la arriada por la Diputada



Elisa Carrió a fs. 673/679, en torno a que se trataría de negociaciones espurias relativas a la provisión de uranio enriquecido a Irán por parte de la Argentina.

En aquellas piezas se planteó que en las negociaciones entre Argentina e Irán existían dos tipos de finalidades: las declaradas y lícitas -propias del resorte de los órganos estatales que las llevaban adelante- y otras solapadas e ilícitas, que son las que el denunciante consideró penalmente relevantes y que puso en conocimiento del juez para su investigación.

Ahora bien, el denunciante entendió que ese pretendido intercambio comercial con Irán encontraba un escollo: las implicancias de la causa A.M.I.A., las acusaciones que nuestro país venía formulando hacia nacionales de Irán como los responsables del atentado y la rotunda negativa de ese país a colaborar en la extradición de los supuestos autores del atentado a quienes protegía en su territorio. Circunstancias que habían generado un distanciamiento entre las dos Repúblicas. El denunciante explicó que el Memorandum de Entendimiento surgía, entonces, como el puente ideal para volverlas a reunir, aunque a un alto precio, pues sostuvo que debía renunciarse a cualquier pretensión por juzgar y condenar a quienes, hasta hoy, habían sido sindicados como los responsables del atentado a la A.M.I.A. El costo para la Argentina del pretendido resurgimiento de las relaciones comerciales gubernamentales con Irán era, según el denunciante y los fiscales de primera y segunda instancia, variar la hipótesis acusatoria del atentado a la A.M.I.A. hacia una

Fecha de firma: 29/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

nueva y falsa, diseñada por los gestores del Memorándum, en la que los acusados iraníes se vieran desvinculados definitivamente de su responsabilidad en el atentado, y fueran liberados de las notificaciones rojas que pesaban sobre ellos emitidas por Interpol.

En ese orden de ideas, el denunciante señaló que el tratado se iba a encargar, por un lado, de brindar el instrumento propicio para que la única restricción que al momento afecta la libertad de los acusados sea removida. Consideró que a través del "entendimiento" entre Argentina e Irán se procuraría que las circulares rojas emitidas por Interpol respecto de cinco de los ocho acusados iraníes fuesen eliminadas por cuanto su existencia ya no iba a tener razón de ser. Destacó que no era un dato menor que en el Memorándum de entendimiento no haya ninguna referencia a los tres imputados respecto de los que no existían circulares rojas, como si al Estado Argentino, que también tenía pedida la captura de esas tres personas, no le interesara por algún motivo preverlas dentro del tratado.

Continuó el denunciante señalando que bajo la fachada de significar un avenimiento a la investigación entre Argentina e Irán mediante la firma del Memorándum, ya no existiría motivo alguno para conservar en vigencia una medida orientada a identificar y a hacer comparecer ante los tribunales a quienes por aquélla eran buscados. Incluso, en la denuncia se sugirió la existencia de uno o



más acuerdos suscriptos con Irán, que nunca habrían alcanzado publicidad, pero que se encaminaban, todavía con más vigor, a la eliminación de esas notificaciones rojas.

El Fiscal refirió que si aún era necesario asegurar la impunidad de estas personas, porque Interpol no daba de baja las alertas rojas, tocaría a la "Comisión de la Verdad" -que el acuerdo instituía- la tarea de sellar la suerte de la investigación por el atentado a la A.M.I.A. En sus mecanismos se escondía, según indicó la denuncia, el camino para introducir una hipótesis distinta que redireccionaría de los acusados iraníes la responsabilidad por el crimen. Sostuvo que ese nuevo capítulo de la investigación A.M.I.A., estructurada por fuera de los funcionarios encargados de la investigación del atentado, incorporaría una supuesta "*conexión facha local*" construida al solo efecto de desplazar a los iraníes del foco acusatorio e implicaría una larga y complicada investigación, al punto de que se diluyera toda posibilidad real de lograr la elucidación final del hecho y las condenas de sus responsables.

El Dr. Nisman reconoció en su presentación que las cuestiones técnicas relativas a la validez jurídica del Memorándum fueron oportunamente evaluadas por los tribunales argentinos y que, entre otras, son las que condujeron a que por vía del trámite de un recurso de amparo, se impugne la validez constitucional de la ley 26.843 (que aprobó los términos de aquel Memorándum). Agregó que a la luz de otros gestos evidenciados por el gobierno argentino desde el año 2011, y tomando en





Cámara Federal de Casación Penal

consideración la conducta que acompañó la gestación y aprobación de ese tratado y, sobre todo, los datos arrojados por ciertas medidas dispuestas en el marco de la causa A.M.I.A., el citado pacto no era solamente un mero acto contrario a nuestra Carta Magna, sino que constituía la expresión de una voluntad delictiva circundada por otros actos, tales como negociaciones y gestiones previas y posteriores a la suscripción del acuerdo internacional, entabladas por una diplomacia paralela que, así como la legítima, respondía al Gobierno Nacional.

Además de brindar una detallada y extensa descripción del hecho denunciado -que aquí se sintetiza en su máxima expresión- el Fiscal Nisman aportó diversas pruebas con las que contaba hasta ese momento y que fueron analizadas por el Fiscal en su denuncia. Esas pruebas consistieron en copias en soporte magnético conteniendo el producido de las intervenciones telefónicas correspondientes a varias líneas telefónicas obtenidas por orden judicial en la causa 8566 caratulada "Pasteur 633 - atentado (homicidio, lesiones, daño) - Damnificados: A.M.I.A. y D.A.I.A. (Asociación Mutual Israelita Argentina y Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas)" del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6, Secretaría N° 11 -Anexo A.M.I.A.-; copias certificadas de las declaraciones testimoniales de Luis Ángel D'Elía y José Ricardo Eliashev; del oficio de fecha 5 de noviembre



de 2012 glosado a fs. 132.805; de la Nota N° 2194 fechada el 8/11/2012 de la Carpeta DIAJU N° 7102/11 y de la Nota n° 5572/14 fechada en 9/05/2014, ambas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; y del oficio al Jefe de Departamento Interpol de la Policía Federal Argentina fechado en 12/5/2014, todas ellas de la causa A.M.I.A. antes mencionada.

El Fiscal Nisman también acompañó copias simples de las noticias periodísticas, publicaciones y demás documentación referenciada en la denuncia y un disco compacto identificado como "Audios y Videos - Denuncia", conteniendo nueve archivos de audio y video a los que se hizo referencia en su presentación.

Asimismo, el Fiscal pidió que se cite a los denunciados a fin de que presten declaración indagatoria, que se dicten medidas precautorias a su respecto -prohibición de salida del país y embargos preventivos hasta cubrir la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000) en virtud de lo normado por el art. 518 del C.P.P.N.-, y reclamó que se lleven adelante los allanamientos a las viviendas particulares y oficinas laborales de los denunciados con el fin de proceder al secuestro de documentación, objetos y/o cualquier otro elemento -incluido material electrónico y/o digital- que guarde relación con la participación de los denunciados en la maniobra delictiva que les imputó.

En ese orden de ideas sostuvo que las pruebas aportadas en la denuncia generaron una sospecha razonable consistente en que en las moradas particulares de Héctor





Cámara Federal de Casación Penal

Marcos Timerman, Luis Ángel D'Elía, Jorge Alejandro Khalil, Fernando Luis Esteche, Héctor Luis Yrimia y Ramón Héctor Allan Bogado (alias "Allan") como en sus respectivos ámbitos laborales, podrían encontrarse elementos de prueba que contribuyan a la pesquisa.

Dicha denuncia fue ratificada con fecha 13/2/15 por el requerimiento fiscal de instrucción elaborado por el Sr. Fiscal Federal, Dr. Gerardo Pollicita, a fs. 316/351. En ese dictamen, el Fiscal Pollicita recogió cada uno de los sucesos relatados en la denuncia, las probanzas allí plasmadas y solicitó la producción de prueba en función de lo establecido en los arts. 180 y 188 del C.P.P.N. -medidas cuya pertinencia no fue controvertida en la presente-; a saber: se reciba declaración testimonial a Alberto Fernández, Rafael Bielsa, Jorge Taiana, Roberto García Moritán, Gabriel Levinas, Guillermo Borger, Adriana Reinfeld, Antonio Stiusso, Ronald Noble, Jorge Argüello, Laura Alonso, Patricia Bullrich, Carlos Pagni, Leonardo Mindez, Mariano Obarrio, del personal que prestó funciones desde enero del 2011 hasta esa fecha en embajadas y/o representaciones de negocios argentinas en Irán, Israel, Siria, Etiopía, Venezuela, Estados Unidos, Suiza, Francia y en la ONU, al personal de la comitiva de los viajes efectuados junto al Canciller por temas vinculados al Memorándum; se obtenga registro -tanto en soporte informático DVS, como en papel- de llamadas y mensajes de



texto entrantes y salientes -con celdas de activación- de los diferentes teléfonos celulares oportunamente utilizados por Jorge Khalil y de los diferentes teléfonos celulares oportunamente utilizados por los sujetos vinculados a la maniobra denunciada y que se comunicaron con Jorge Khalil; se ordene un cruce telefónico con miras a determinar la existencia de conexiones entre los sujetos investigados y la frecuencia de las mismas desde el 1/01/11 hasta la actualidad; se requiera a las compañías prestatarias de telefonía fija que remitan un detalle de las líneas asignadas desde el 1/01/11 hasta la actualidad a las diferentes personas investigadas y al área de Presidencia de la Nación, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, al Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios de la Nación y a la Secretaría de Inteligencia de la Nación; se solicite a las diferentes compañías de telefonía celular que remitan un detalle de las líneas asignadas desde el 1/01/11 hasta la actualidad a las diferentes personas investigadas; se solicite a la Dirección Nacional de Migraciones que informe sobre si registran movimientos de las personas investigadas a los países de Irán, Siria, Suiza, Francia, Etiopía, Venezuela, Estados Unidos desde el 1/01/11 hasta la actualidad; se requiera a las empresas que hubiesen intervenido en sus traslados que informen sobre la persona física y/o jurídica que hubiese solventado cada uno de esos viajes y que remita las constancias pertinentes; se incorpore copia certificada de documentos relevantes a la denuncia -copia del Memorándum, del decreto PEN que designa

Fecha de firma: 27/03/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

a Timerman a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, de la totalidad del incidente en el que se analiza la inconstitucionalidad del Memorándum; se arbitren los medios para obtener los registros taquigráficos y fílmicos que obren en el Congreso de la Nación en torno al debate parlamentario tanto en las respectivas comisiones como en ambas Cámaras, referidas a la ratificación del instrumento en cuestión; se solicite a la A.F.I.P. -previo levantamiento del secreto fiscal- que acompañe la totalidad de las declaraciones juradas que hubiese presentado la persona identificada como Ramón Héctor Bogado y, particularmente, que informen si registra aportes en virtud de desempeñar algún cargo en relación de dependencia; se libre orden de presentación contra la casa Rosada -área Presidencia- y contra el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación -área del titular de cartera- y contra la Secretaría de Inteligencia de la Nación -sede central-, con el objeto de obtener el registro de visitas desde el mes de enero del 2011 hasta la actualidad; se libre orden de allanamiento contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación con el objeto de recabar el registro de visitas desde enero del 2011 hasta la actualidad, todas las actuaciones vinculadas a la negociación, elaboración, suscripción y avance del Memorándum, toda constancia vinculada a las comunicaciones que se hubiesen efectuado a



Interpol en relación al Memorándum, cables diplomáticos tanto públicos como secretos y toda otra información que hubiesen enviado por cualquier vía desde enero de 2011 hasta la actualidad el personal de las representaciones argentinas en los países de Irán, Israel, Siria, Etiopía, Venezuela, Estados Unidos, Suiza y Francia que guarde relación con los hechos denunciados, la nómina de la totalidad del personal que prestó funciones desde el mes de enero de 2011 hasta la actualidad en las embajadas y/o representaciones de negocios argentinas en los países recién reseñados y en la representación argentina ante la ONU; el detalle de la totalidad de los viajes que hubiese efectuado el Canciller y su personal a Irán, Israel, Siria, Etiopía, Venezuela, Estados Unidos, Suiza y Francia desde enero de 2011 hasta la actualidad; se requiera a Interpol que remita la normativa vinculada a las órdenes de detención con notificaciones rojas y específicamente indique si para dar de alta y/o baja alguna de ellas se requiere ineludiblemente la orden del juez en una causa penal previamente iniciada; se incorpore el expediente PEN N° 296/12 por medio del cual el Poder Ejecutivo Nacional remitió el Memorándum al Congreso Nacional para su ratificación, toda constancia relativa a la tramitación de las notificaciones rojas de Interpol en el marco de la causa A.M.I.A. y, en particular, se certifique si en algún momento las mismas fueron dadas de baja por el referido organismo internacional sin mediar previamente una orden del juez a cargo de la pesquisa; se obtenga detalle sobre la comitiva, incluidos los invitados, que acompañaron a la

Fecha de firma: 20/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

ex Presidenta de la Nación en cada oportunidad que concurrió a la Asamblea General de la ONU a partir del año 2009; se arbitren los medios para proceder a la intervención de las cuentas de correo electrónico allanbogad@yahoo.com.ar, ftvcta@hotmail.com; se incorpore la versión taquigráfica y fílmica de los discursos de la ex Presidenta de la Nación en la Asamblea General de la ONU con fechas 25/09/12 y 24/09/13; se incorporen las imágenes de la conferencia de prensa de Timerman con posterioridad al encuentro diplomático del 28/09/13; se incorporen constancias relativas al trámite de extradición de Hadi Soleimanpour con el Reino Unido; se requiera a A.M.I.A. y D.A.I.A. que informen si fueron formalmente invitadas por la Presidencia de la Nación a participar de la Asamblea General de la ONU y, en caso afirmativo, detalle los años en los cuales fueron invitadas; se requiera a la Jefatura de Gabinete de Ministros que por su intermedio se informe si Luis D'Elía prestó funciones en algún área dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y, en caso afirmativo, se acompañe la resolución de su designación y posterior remoción; se ordene el allanamiento de los domicilios particulares de D'Elía, Esteche, Khalil, Yrimia, Bogado y del estudio jurídico de Yrimia.

Desde esa perspectiva, el Fiscal requirente postuló que los hechos denunciados tendrían relevancia jurídico penal, en principio y sobre la base de los



elementos disponibles a ese tiempo -aportados en la denuncia-, a tenor de los tipos penales previstos en los arts. 277, incs. 1 y 3; 241, inc. 2 y 248 del C.P.

En definitiva, el representante del Ministerio Público Fiscal requirió la producción de numerosas medidas de prueba (cfr. capítulo V del requerimiento de instrucción) -algunas de las cuales fueron recogidas por quien actualmente motiva la intervención de esta instancia-, entre las que se destacan declaraciones testimoniales de funcionarios públicos del anterior gobierno nacional, de políticos, de dirigentes de organizaciones judías, de agentes de inteligencia, de funcionarios de Interpol, de periodistas, de funcionarios diplomáticos de diversas embajadas. También se pidieron registros y cruces de llamadas telefónicas; identificación de líneas telefónicas de los denunciados, su registro de movimientos migratorios, diversos allanamientos, la obtención de documentación diplomática relacionada con el hecho, la intervención de cuentas de correo electrónico, la obtención de versiones taquigráficas y material fílmico, diversos informes, entre tantas otras.

El Agente Fiscal Pollicita consideró que no sólo existía verosimilitud en el hecho denunciado por su colega, sino que esbozó una larga serie de medidas de prueba -ya referenciadas- que, a su entender, podrían echar luz sobre la hipótesis acusatoria del Ministerio Público Fiscal, y señaló que por el momento procesal embrionario en el que se encontraba la denuncia, dicha enunciación de medidas de prueba a producir no agotaba el espectro de la pesquisa, de

Fecha de firma: 2014/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

la que seguramente irían emergiendo otras tantas necesarias para la dilucidación de la verdad.

Casi inmediatamente, a fs. 386/419 (de fecha 13/2/15, mismo día que la presentación del requerimiento fiscal de instrucción del Dr. Pollicita) y a fs. 455/456 (de fecha 25/2/15), se presentó la Procuradora del Tesoro de la Nación, Angelina María Esther Abbona (acompañada por el Subprocurador del Tesoro de la Nación, Horacio Pedro Diez y por el Subprocurador del Tesoro de la Nación, Javier Pargament), quien formuló manifestaciones invocando la representación del Estado Nacional.

Dicha funcionaria sostuvo que esa intervención tenía por objeto *"sustentar la legitimidad de lo actuado por el Poder Ejecutivo Nacional y los órganos que de él dependen, en relación con el Memorandum de Entendimiento suscripto con la República Islámica de Irán"*. En ese orden de ideas agregó que se imponía la presentación de informes y documentación conducentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. En el capítulo V de ese escrito se acompañaron quince documentos para ser analizados por el magistrado.

Los acusadores destacaron que tal presentación no resulta habitual en las causas penales seguidas contra funcionarios públicos, sobre todo teniendo en cuenta el momento procesal en el que fue interpuesta -aun sin que existieran imputados debidamente constituidos como tales en



la causa-, lo que motivó que el Fiscal de Cámara, Dr. Germán Moldes presentara una denuncia penal al respecto (fs. 618/620 vta.). La denuncia quedó radicada ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 7 (causa nro. 1610/15), a cargo del Dr. Sebastián Casanello, quien la desestimó por inexistencia de delito. Dicha decisión fue recurrida por el representante del Ministerio Público Fiscal y con fecha 21 de abril de 2015, la Sala II de la C.N.A.C.C.F. declaró la nulidad de la desestimación de la denuncia resuelta y apartó al magistrado instructor de esas actuaciones. Con fecha 10 de noviembre de 2016 el Dr. Sergio Torres, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12 -ante quien quedó radicada la causa- citó a los denunciados por el Fiscal Moldes (entre ellos, a Angelina María Esther Abbona) a fin de que presten declaración indagatoria, a tenor de lo normado en el art. 294 del C.P.P.N.

En autos, los acusadores entendieron que no resultaba inverosímil e infundada la denuncia del Dr. Nisman (como sostienen las Defensas y el Fiscal de casación), pues generó que una alta funcionaria del gobierno nacional considerara necesario ejercer una defensa de los involucrados invocando una discutida *"representación del Estado Nacional"* en el marco de una causa penal.

La Dra. Abbona consideró que debía procederse a producir y valorar prueba con el fin de descartar la denuncia de Nisman, lo que fue denominado por el Fiscal de Cámara Dr. Moldes como un *"impulso ansioso e impaciente*

Fecha de firma: 27/6/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

por poner fin precipitadamente a una pesquisa que ni siquiera se había iniciado", de parte de una de las personas que participó de las deliberaciones y de la comisión estatal que viajó a Europa en el marco de las tratativas del Memorándum (cfr. fs. 642), por lo que el representante del Ministerio Público Fiscal sugirió que la nombrada podría ser considerada partícipe de la maniobra que encubriría el hecho que denunció el fallecido Fiscal Nisman.

También a fs. 247/248 se presentó la Diputada de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, María Graciela Ocaña, quien puso en conocimiento de la instrucción que el dirigente del Movimiento Patriótico Revolucionario Quebracho, Fernando Esteche -señalado por Nisman en su denuncia- había realizado declaraciones en medios periodísticos que podían guardar relevancia con los hechos de la causa. Indicó que durante una entrevista realizada por el periodista Gustavo Sylvestre en su programa radial "Mañana Sylvestre", emitida por radio Del Plata AM 1030, Esteche indicó que conocía a Bogado -presunto agente de la S.I.D.E.- y que se lo habían presentado en el marco de sus "relaciones con los sectores del oficialismo" en función de discutir un presunto proceso judicial en su contra impulsado por el Gobierno Nacional.

Además detalló que Esteche refirió que ese encuentro se habría producido en las dependencias de la



Jefatura de Gabinete de Ministros, a partir de una persona llamada Christian Raff, que sería asesor del Gobierno Nacional y que habría prestado servicios en la Administración Nacional de la Seguridad Social en un cargo en el área de las relaciones con los movimientos sociales entre el período comprendido entre noviembre de 2010 a septiembre de 2013.

La diputada Ocaña requirió que se cite a prestar declaración al señor Christian Raff para que aclare cuestiones relativas a esa entrevista pues entendió que se encontrarían vinculadas a la denuncia de autos. Además citó una nota del diario Clarín del 22 de enero de 2015 en la que se informó que *“Ramón Allan Bogado (44 años) alias ‘el francés’ reviste en la categoría de ‘inorgánico’ de algún servicio de inteligencia argentino según tres fuentes de información que pidieron mantener su nombre en reserva a Clarín”*.

Esta presentación no recibió respuesta por parte del juez instructor.

Con fecha 2 de febrero de 2015, el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4 declaró su incompetencia para seguir entendiendo en estas actuaciones y las elevó a la Secretaría General de la C.N.A.C.C.F. a fin de que, mediante sorteo de estilo, se desinsacule el tribunal que deberá entender en la presente denuncia (cfr. fs. 273/278 vta.). Resultó desinsaculado el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3, entonces a cargo del doctor Sebastián Ramos, quien declinó la competencia





Cámara Federal de Casación Penal

atribuida (fs. 280/282). Trabado el conflicto negativo de competencia entre los aludidos Juzgados, con fecha 4 de febrero de 2015 la C.N.A.C.C.F. resolvió que la presente causa continúe tramitando ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3 (fs. 297/298).

Así, recibidas las constancias pertinentes, con fecha 5 de febrero, el Dr. Ramos citó a Santiago Nicolás Dupuy de Lome a fin de que ratifique una denuncia formulada ante la C.N.A.C.C.F., declaración que fue recibida con fecha 19 de febrero de 2015 por el Dr. Rafecas, juez titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3 (fs. 436/436 vta.).

El 25 de febrero de 2015 el magistrado ordenó certificar por secretaría la documentación remitida por las partes, acumular las actuaciones a la referida denuncia que había realizado Santiago Nicolás Dupuy de Lome -causa n° 314/15 del registro de la Secretaría n° 5 de ese juzgado- por considerar que se estaría frente al mismo hecho denunciado en el marco de esta causa (cfr. fs. 462 - cuerpo III) y se tuvo por designados a abogados defensores.

Al día siguiente, 26 de febrero de 2015 el juez Rafecas resolvió desestimar la denuncia del Fiscal Nisman y el requerimiento de instrucción del Fiscal Pollicita (fs. 465/499 vta.).

Luego de dictada la desestimación de la denuncia, la diputada Elisa María Carrió se presentó ante el Fiscal



Pollicita y acompañó el informe que realizó en relación al discurso brindado por la Dra. Fernández de Kirchner ante la Asamblea Legislativa de apertura de sesiones ordinarias del Congreso Nacional y en relación a la resolución del Dr. Rafecas que dispuso la desestimación de la denuncia presentada por el Dr. Alberto Nisman. Indicó que dicho informe revelaría las posturas cambiantes y contradictorias respecto de la causa A.M.I.A., sólo conteste con los posicionamientos políticos de coyuntura de la ex Presidenta de la Nación (fs. 504/513).

A continuación el Fiscal Federal Pollicita apeló la resolución desestimatoria (fs. 515/532) por considerar que el cierre inmediato del sumario, sin realizar ninguna de las medidas que habían sido propuestas, impedía contar con información esencial para poder sostener con certeza si los hechos denunciados tienen, o no, relevancia en el ámbito penal. En ese orden de ideas calificó de prematuro el cierre de la causa ya que *“la resolución cuestionada contiene afirmaciones categóricas claramente opuestas a las posiciones igual de extremas defendidas por el Dr. Nisman en su denuncia, lo cual persuade acerca de que resulta prudente y razonable abrir la investigación propuesta por esta Fiscalía para luego poder tomar una decisión sobre el fondo del asunto con la información necesaria a tales fines”*.

La Diputada Nacional Elisa Carrió se presentó nuevamente a fs. 675/679 y aportó a la denuncia un artículo periodístico de una revista brasilera -Veja- en la que se





Cámara Federal de Casación Penal

planteaba una nueva hipótesis del motivo de las negociaciones con Irán -que fue referenciada *supra*-.

Sostuvo que dicha publicación indicaba que Irán habría enviado dinero para la campaña de Cristina Fernández de Kirchner en 2007 a cambio de negocios nucleares e impunidad en el atentado contra la A.M.I.A. Señaló que tres ex integrantes del gabinete de Hugo Chávez informaron a ese medio de comunicación acerca de la mediación que realizó Venezuela entre Irán y Argentina cuyo contenido podría ser una de las posibles razones detrás del encubrimiento que denunció el Fiscal Alberto Nisman antes de su muerte.

Según dicha información periodística que aportó a la causa, el entonces presidente iraní Mahmoud Ahmadineyad le habría pedido personalmente a Hugo Chávez interceder ante el Gobierno argentino para obtener tecnología nuclear para su país y lograr que los iraníes sospechosos del ataque terrorista en Buenos Aires no figuraran en la lista de Interpol. Sobre esa base se informó que *“una de las ‘contraprestaciones’ por las que el Gobierno Argentino le garantizaría impunidad a los acusados de la voladura de la A.M.I.A. sería la venta de Uranio enriquecido”*. De tal manera, según la aportante de la información referenciada, el acuerdo le serviría a Irán para normalizar su relación con Argentina y tener el visto bueno internacional para cerrar su plan nuclear.



Citó las declaraciones públicas del dirigente Rodolfo Terragno en las que expresó: *"A mí lo que me llamó la atención cuando empecé a investigar esto, fue que en los Estados Unidos se haya publicado un año y medio antes, lo que en definitiva iba a ser el memorando de Argentina con Irán. Ya en el 2010 se había dicho que Ahmadineyad le había pedido a Chávez que intercediera ante la Argentina, para que la Argentina volviera a proveerle tecnología nuclear (...) no está claro cuál es la contra prestación para semejante concesión..."*.

La Diputada Carrió consideró relevante para la investigación del caso que se hubieran realizado aportes dinerarios a la campaña del anterior gobierno teniendo en miras las intenciones solapadas de la interacción de los dos gobiernos ya reseñadas (Irán y Venezuela).

Más adelante, los diputados Federico Pinedo, Patricia Bullrich y Laura Alonso se presentaron en su carácter de Diputados Nacionales a fin de aportar la misma publicación de la revista "Veja" del 14 de marzo de 2015 a la que hizo referencia la Diputada Carrió (fs. 680/680 vta.).

A fs. 697/700 el Fiscal de Cámara Germán Moldes presentó memorial de acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 454 del C.P.P.N. (en fecha 19/3/15) Tachó de arbitraria la resolución del juez Rafecas y destacó que para arribar a una conclusión válida se hace imprescindible la realización de, cuando menos, una batería básica de medidas conducentes a erradicar las dudas e inquietudes planteadas en la denuncia. En ese sentido invocó el art.





Cámara Federal de Casación Penal

116 de la C.N. que manda a los jueces a conocer primero los hechos para después decidir sobre ellos, paso que se habría salteado el señor juez de primera instancia con su decisión desestimatoria. Indicó que para superar ese estado de incertidumbre inicial que conlleva toda la investigación es necesario concretar mínimamente las diligencias útiles que permitan tomar conocimiento de los hechos denunciados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 199 del C.P.P.N., pues lo contrario significaría, simple y llanamente, abortar la encuesta.

Sostuvo que la *“desvinculación exprés de funcionarios poco lugar deja al ideario de justicia en las expectativas sociales y en la imaginación popular”*, y que la decisión del magistrado resultó procesalmente inapropiada, pues eventualmente debió sobreseer a las personas mencionadas en la denuncia y en el requerimiento de instrucción.

Sin embargo destacó que para que los denunciados pudieran acceder a ese beneficio, deberían someterse al examen de la justicia y sería necesario que se sustanciara, al menos sumariamente, la investigación y, en ella, tuvieran la ocasión de formular sus descargos y aportar las probanzas que hagan a su derecho. Dicho camino, sin embargo -indicó el Fiscal General- fue bloqueado por la resolución desestimatoria.



El reclamo principal del Ministerio Público Fiscal radicó en lo prematuro de la decisión desestimatoria adoptada, por lo que solicitó que se revoque la resolución recurrida y que se ordene que prosiga la investigación.

El 26 de marzo de 2015 (un mes después de que el juez instructor desestimara la denuncia) la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se expidió en esta causa (fs. 762/800). Con el voto de los Dres. Jorge L. Ballestero y Eduardo R. Freiler –disidencia del Dr. Eduardo G. Farah- se resolvió confirmar la desestimación de la denuncia que diera origen al presente expediente por inexistencia de delito (art. 180 del C.P.P.N.) y ordenó remitir testimonios con relación a la situación del denunciado Bogado.

En contra de dicha decisión, el Sr. Fiscal ante la Cámara Federal de Apelaciones interpuso recurso de casación, respecto del cual el Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Javier Augusto de Luca postuló su desistimiento. Frente a dicha postulación, esta Sala I de la C.F.C.P. –con una integración parcialmente diferente a la actual- tomó razón del desistimiento del recurso propiciado por el acusador (cfr. fs. 878/879 de fecha 12/5/15).

A *posteriori* de las desestimaciones de primera y de segunda instancia lucen agregados varios cuerpos de fotocopias de las pruebas aportadas oportunamente por el denunciante.

El 22 de octubre de 2015, el juez interviniente dictó un proveído en el que sostuvo: “I. Atento a lo





Cámara Federal de Casación Penal

resuelto a fs. 878/9, y no restando medidas que cumplimentar, agréguese a los autos principales la documentación vinculada a la causa, en forma anterior al presente, otórguesele foliatura correlativa y fórmense tantos cuerpos como sean necesarios. II. Déjese constancia de ello. Fecho, archívense estas actuaciones en las que no se adeuda sellado”.

A fs. 3356/3366 vta. se presentó el Dr. Ricardo Monner Sans. Cuestionó en primer lugar la legalidad del trámite toda vez que consideró que no podía archivarse la causa soslayando la debida y oportuna intervención, legalmente establecida a esa fecha, del órgano del Ministerio Público Fiscal especialmente competente al efecto: la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (F.I.A.). Invocó lo dispuesto en la ley 24.946 vigente al tiempo de los hechos. Agregó que tanto Cristina Elisabet Fernández de Kirchner y Héctor Marcos Timerman, a la fecha de comisión de los hechos que se les imputaron (y hasta el fin de sus propios mandatos), eran agentes integrantes de la administración nacional.

Además citó, entre otras, la Res. PGN N° 112/03 del 26/11/03 y la Res. PGN N° 38/12 del 18/5/12 que –en lo sustancial– establecen que en los procesos penales donde se investiguen hechos cuya naturaleza y presuntos responsables encuadren en las previsiones de los arts. 45, inc. a), b) y c) y/o 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, se



impone comunicar a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas para que tome la intervención necesaria establecida.

La solicitud de intervención de la F.I.A. no fue examinada aún en las instancias anteriores (cabe destacar que el Sr. Juez de primera instancia tuvo presente dicha presentación junto con otras a fs. 3414).

La D.A.I.A. se presentó a fs. 3403/3410 pidiendo ser querellante en el expediente, solicitó la reactivación de la causa sobre la base de la existencia de nuevos elementos no valoradas anteriormente (conversación telefónica entre Borger y Timerman y firmeza de la declaración de inconstitucionalidad del Memorándum) y solicitó la producción de medidas probatorias. Invocó el "Derecho a la Verdad" de las víctimas del atentado a la A.M.I.A. y su derecho a la acción penal de acuerdo a lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informes 28/92 del 2/10/92. Requirió además que se produzcan las pruebas solicitadas por el Agente Fiscal en el requerimiento de instrucción y que se solicite *add effectum videndi et probandi* la causa n° 14.305/2015 a los fines del esclarecimiento de los hechos objeto de denuncia.

Tres días después, el juez de primera instancia, Dr. Daniel Rafecas, resolvió rechazar la constitución como parte querellante de la D.A.I.A. con fundamento en que para que se pueda adoptar tal decisión es imprescindible que la jurisdicción se encuentre habilitada legalmente a través del impulso de la acción penal pública. Consideró que ello





Cámara Federal de Casación Penal

no se daba en el caso por cuanto la denuncia formulada por el Fiscal Nisman había sido desestimada por inexistencia de delito. Agregó que la vía recursiva contra esa decisión se encontraba agotada y que el mecanismo escogido por los representantes de la D.A.I.A. para promover la revisión de lo oportunamente resuelto no se encontraría previsto en la legislación procesal, por lo que no podría darse curso a la solicitud efectuada en tal sentido.

Nótese que la decisión referenciada en el párrafo anterior carece de parte dispositiva.

A su vez el Fiscal Federal, Gerardo D. Pollicita, apeló la decisión del magistrado (fs. 3433/3444) y lo propio hizo la D.A.I.A en su carácter de pretensa querellante (fs. 3445/3453 vta.). Dichas apelaciones fueron sucedidas por los memoriales respectivos ante la Cámara Federal de la pretensa querellante y del Fiscal General Dr. Germán Moldes.

Con fecha 27 de septiembre de 2016, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, integrada por los Dres. Ballestero y Freiler, resolvió confirmar la resolución obrante a fs. 3415/3425 en todo cuanto decide y ha sido materia de apelación (fs. 3501/3516 vta.).

En función de las nuevas circunstancias traídas a estudio antes referidas, no se fundó en la instancia anterior las razones por las cuales cabe descartar sin más



su pertinencia a los efectos de dar sustento a la hipótesis acusatoria, máxime cuando aquellas otras diligencias probatorias oportunamente solicitadas en el requerimiento fiscal de instrucción fueron desechadas *in limine*. Ello revela el carácter prematuro y arbitrario (por falta de fundamentación y por parcialidad) de la desestimación de la denuncia resuelta en autos.

Así, resulta prematura la afirmación del magistrado instructor consistente en que es "*inusitadamente grave*" que el Fiscal Federal Nisman denuncie a las máximas autoridades gubernamentales de la República Argentina por considerar que se encuentra frente a la comisión de un delito. Precisamente, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función asignada constitucionalmente la de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República (art. 120 de la C.N.). El fiscal representa los intereses generales de la sociedad y, de conformidad con el principio de legalidad procesal, tiene la obligación de impulsar la investigación en todos los delitos de acción pública, dentro del marco de las normas procesales vigentes, y asegurando el debido respeto de las garantías fundamentales de los justiciables.

En efecto, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (n° 24.946, reformada por ley n° 27.148), en su art. 3 establece que en materia penal el Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de





Cámara Federal de Casación Penal

persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local.

El legislador determinó que *"El Ministerio Público Fiscal de la Nación ejerce sus funciones con autonomía funcional, sin sujeción a instrucción o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura"*. No responde a órganos ajenos a su estructura porque puede tener que promover la acción penal contra autoridades de los otros poderes de la Nación.

A su vez, el Código Procesal Penal de la Nación pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción penal pública e indica que *"deberá"* iniciarla de oficio en aquellos casos en los que no dependa de instancia privada. El art. 65, por su parte, establece que *"El ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley"* y el art. 177 indica que los funcionarios o empleados públicos que conozcan en el ejercicio de sus funciones la comisión de delitos perseguibles de oficio, tienen la obligación de denunciarlos.

La resolución del juez de primera instancia, en tanto sostuvo que la gravedad del delito que antecede a los



hechos denunciados torna "inusitada" la denuncia del Fiscal Nisman y el requerimiento de instrucción del Fiscal Pollicita, resulta prematura. Ello, pues no corresponde aún en esta etapa del proceso pretender asignar a los hechos una determinada calificación legal, la que no puede establecerse en un *numerus clausus*. Las calificaciones legales durante un proceso penal son esencialmente modificables.

En el caso de autos, se pretendió exigirle a una denuncia más de lo que debe contener.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 176 del C.P.P.N. *"la denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación del hecho, con las circunstancias del lugar, tiempo y modo de ejecución, y la indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal"*.

Una denuncia, al ser uno de los actos que puede dar inicio al proceso penal, no debe necesariamente estar acompañada de toda la prueba que le permita al magistrado obviar la investigación. El denunciante no tiene la carga de probar en ese acto cada uno de los hechos que denuncia, solamente debe exponer un hecho que haya llegado a su conocimiento y que tenga cierto grado de verosimilitud en cuanto a constituir un hecho ilícito. Además, debe aportar, en caso de contar con ellos, los datos y circunstancias del hecho, sus autores y víctimas, los posibles testigos en caso de conocerlos y demás elementos que pueda aportar a fin de clarificar el hecho cuya investigación reclama.





Cámara Federal de Casación Penal

Si esto no fuera así, si se exigiera que una denuncia fuera tan completa como la acusación final en el debate oral, ningún juez daría curso a una denuncia o a un requerimiento fiscal de instrucción pues siempre ese acto de la génesis de la causa tendría que dar la solución del caso -lo cual se contradice con su esencia; la finalidad de una denuncia es precisamente, dar inicio a una investigación penal-, y ello obviamente no es lo que pretendió el legislador con la sanción del Código Procesal Penal de la Nación.

En esa dirección, resulta pertinente recordar que en materia de interpretación de la ley no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, sino que las normas deben ser analizadas de manera armónica, dándoles el sentido que las concilie y las deje a todas con valor (Fallos: 330:2800, 331:866, 338:488 y 339:323, entre muchos otros). De no ser así pierde coherencia la articulación decidida por el legislador respecto de las obligaciones del fiscal y del juez.

En dicho marco del proceso, el magistrado instructor concluyó anticipadamente la denuncia del Fiscal Nisman al señalar que los elementos *“acompañados al momento de la presentación de la denuncia”* y *“la posterior incorporación de diversos elementos de convicción al legajo... inhiben el inicio de un proceso penal por cuanto, conforme será expuesto a continuación, no sólo dejan*



huérfano de cualquier sustento típico al hecho descripto como una supuesta maniobra de 'encubrimiento' y/o 'entorpecimiento de la investigación' del atentado a la A.M.I.A. destinado a dotar de impunidad a los acusados de nacionalidad iraní, sino que por el contrario, tales evidencias se contraponen de modo categórico al supuesto 'plan criminal' denunciado".

El enfoque que adoptó el magistrado instructor se revela prematuro. En efecto, aquél se sustentó en la "orfandad probatoria" de la hipótesis acusatoria de la denuncia, recogida en el requerimiento de instrucción, para inhibir el inicio de la investigación cuya finalidad específica es, precisamente, la comprobación de tal hipótesis mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Por dicha razón, los hechos objeto del requerimiento de instrucción deben aparecer como una hipótesis delictiva verosímil, plausible y coherente.

La inexistencia de delito en el estado embrionario del expediente se vincula con una evidente e indiscutible imposibilidad de adecuar los hechos denunciados en una figura del Código Penal o de las leyes penales especiales.

Para que con anterioridad a efectuar una investigación se desestime la denuncia interpuesta, no puede quedar resquicio de duda, discusión jurídica o prueba pendiente de producción y la atipicidad debe surgir palmaria.

Por la razón expuesta precedentemente, la decisión jurisdiccional sobre la desestimación de una





Cámara Federal de Casación Penal

denuncia no siempre produce los efectos que pretendió otorgarle la defensa durante la audiencia ante esta instancia, sino que si se trata simplemente del rechazo *in limine* de una denuncia, puede ser admitida nuevamente si se modifican las circunstancias en el expediente, como sucedió en este caso.

No se fundó debidamente hasta el momento, ni el juez de primera instancia ni la C.N.A.C.C.F., por qué descartaron una inicial verosimilitud de los hechos denunciados, ya que al no haber dado curso a la investigación, analizaron de manera parcializada las constancias de la causa, e impidieron producir las medidas propuestas por el representante del Ministerio Público Fiscal -algunas de las cuales fueron ratificadas por la querrela ante esta instancia- que podrían aportar elementos a la pesquisa, que abonaran o descartaran la denuncia del Fiscal Federal.

En el mismo orden de ideas, es pertinente recordar que la calificación jurídica propuesta en la denuncia y en el requerimiento fiscal de instrucción no configura un extremo exigido por la ley procesal y es eminentemente provisoria durante la instrucción, conforme lo ya expuesto. En el proceso penal se produce un escalonamiento lógico producto de su natural avance. Primero, frente a la denuncia existe la posibilidad de que el hecho haya ocurrido; con el procesamiento estamos frente



a una probabilidad, y al arribar a la sentencia debemos tener certeza de que el hecho denunciado constituye delito y fue cometido por el imputado, sin que medien causas de justificación o exculpación a su respecto.

Por lo demás, el decisorio de primera instancia no tomó en cuenta en el estudio del caso la significación jurídica del art. 248 del C.P. planteada -referida a la violación de los deberes de los funcionarios públicos-, que habían esgrimido tanto el Fiscal denunciante como el Fiscal de la causa que requirió la instrucción del sumario.

Por otra parte, el art. 180 del C.P.P.N. establece en su último párrafo que la denuncia "*Será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder*".

El art. 193 del C.P.P.N. señala que "*La instrucción tendrá por objeto: 1°) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad; 2°) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad; 3°) Individualizar a los partícipes; 4°) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad; 5°) Comprobar la extensión del daño causado por el delito...*".





Cámara Federal de Casación Penal

La obligación de investigar por parte del juez fuera de aquellos supuestos en los que procede la desestimación de la denuncia está impuesta por ley, debido a que el art. 194 del código adjetivo consolida que *"El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196"*. Además la ley de rito señala que deberá interrogar a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad (art. 239 del C.P.P.N.).

El magistrado instructor calificó como *"alarmante"* la alegada inexistencia de elementos de prueba en respaldo de las imputaciones formuladas por el Fiscal Nisman. Ello evidencia la falta de fundamentos y acentúa el carácter prematuro de la decisión adoptada, pues al mismo tiempo que se refiere a la ausencia de pruebas como sustento de la desestimación de la denuncia, se impide realizar las medidas de prueba solicitadas por el Fiscal requirente a los efectos de comprobar o rechazar la hipótesis acusatoria.

De acuerdo con el Código Procesal Penal vigente, el requerimiento fiscal de instrucción debe incluir *"1) Las condiciones personales del imputado o si se ignoraren, las señas o datos que mejor puedan darlo a conocer. 2) La relación circunstanciada del hecho con indicación, si*



fuere posible, del lugar, tiempo y modo de ejecución. 3) La indicación de las diligencias útiles a la averiguación de la verdad." (cfr. art. 188, ibídem).

Los requisitos legales del requerimiento fiscal de instrucción se encuentran cumplidos en el dictamen del Dr. Gerardo Pollicita de fs. 316/351.

Al respecto, esta C.F.C.P. ha sostenido en reiteradas ocasiones que la base fáctica objeto de investigación e imputación se va precisando a lo largo de la instrucción, en su caso, con las correspondientes ampliaciones de requerimientos a tenor de lo normado por el ya citado art. 188 del C.P.P.N., hasta quedar delimitada en el requerimiento de elevación a juicio (cfr. art. 347 del C.P.P.N.), que constituye la pieza procesal que delimita el objeto del debate oral y público, con relación al cual las partes ofrecen y producen la prueba (C.F.C.P. Sala IV: causa nro. 1605/2013, "Reyes, Facundo s/recurso de casación"; reg. nro. 2574/14, rta. el 18/11/2014; causa CCC51130/2003/TOC1/CFC1, "Chmea, Alberto y otros s/recurso de casación", reg. nro. 324/15, rta. el 12/3/2015 y causa CCC 66792/2007/T01/CFC1 "Turchiardo, Diego Oscar s/recurso de casación", reg. nro. 1460/15, rta. el 17/7/2015. Sala III: causa nro. 491/2013 "Cozzi, Alejandro y otro s/recurso de casación", reg. nro. 463/14, rta. el 27/3/2014).

Por otra parte, también se ha destacado el carácter provisorio que reviste la calificación jurídica de los hechos objeto de investigación durante la instrucción, aun cuando la base fáctica de imputación debe mantenerse sustancialmente o ser debidamente ampliada, a fin de





Cámara Federal de Casación Penal

asegurar el principio de congruencia derivado del derecho de defensa y el debido proceso legal (art. 18 de la C.N., cfr. lo expuesto por la Sala IV: causa nro. 15.148 "Palombo, Rodolfo Oscar y otros s/recurso de casación", reg. nro. 191/14, rta. el 26/2/2014; causa nro. 34/2014 "Ramírez, César Gabriel Higinio s/recurso de casación", reg. nro. 5/15, rta. el 4/2/2015; causa CCC 29349/2013/T01/CFC1, "E.L.G. s/recurso de casación", reg. nro. 1703/15, rta. el 10/9/2015 y causa nro. 1336/13 "Vázquez, Vicente Ignacio s/recurso de casación", reg. nro. 767/15, rta. el 27/4/2015, entre tantas otras).

A partir de los parámetros apuntados, se aprecia, por un lado, que el requerimiento fiscal de instrucción reviste la naturaleza de una hipótesis de trabajo provisoria, tanto en su aspecto fáctico como jurídico. Y, por otro lado, que, en tanto hipótesis, tampoco debe ir acompañada de prueba ya producida sino de una propuesta de medidas tendientes a ese objetivo. Precisamente, por tal razón, la finalidad propia de la instrucción (no del requerimiento de su apertura) es la "comprobación" del hecho delictuoso *"mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad"* (cfr. art. 193 del C.P.P.N.), por ello se evidencia lo prematuro del decisorio del juez de instrucción.

Cabe tener en cuenta que en la desestimación de la denuncia el Sr. Juez Federal sustentó su decisión de no



iniciar la pesquisa en *“la ausencia de adecuación del hecho denunciado en algún tipo penal”* (art. 180, tercer párrafo del C.P.P.N.).

Se consideró que la maniobra denunciada no tuvo comienzo de ejecución ya que el Memorando de Entendimiento suscripto por la República Argentina con la República Islámica de Irán no habría entrado en vigor y habría sido declarado inconstitucional. En esa misma línea votó el Dr. Ballestero. Se sostuvo, en este orden de ideas que *“todas las supuestas gestiones, tratativas y negociaciones que la denuncia le adjudica a distintas personas que no integran organismos públicos”* quedarían *“circunscritas a la antesala del comienzo de ejecución”*, y que *“en modo alguno, los elementos de juicio reunidos, siquiera por vía de hipótesis, permiten circunscribirlos o conectarlos con un pretendido plan criminal urdido desde el seno de las más altas autoridades de la República Argentina...”*.

Cabe aclarar que el Dr. Freiler, por sus propios motivos llegó a la misma conclusión que el Dr. Ballestero, construyendo una decisión con dudosa mayoría de fundamentos.

Al respecto, si la conducta no es delito por no haber habido comienzo de ejecución, ello implicaría que el juez analizó alguna figura penal en concreto y al estudiar su configuración típica descartó que haya existido comienzo de ejecución. Sin embargo, no es ese el razonamiento reflejado en el auto desestimatorio en el que, por el contrario, se afirmó que no hay ningún delito porque lo denunciado no supera los actos preparatorios, sin explicar





Cámara Federal de Casación Penal

cuándo se produce dicha transición respecto de cada una de las figuras penales invocadas en la denuncia y cualquier otra que resultare aplicable. Por consiguiente, lo expuesto revela la ausencia de una debida fundamentación y convierte en arbitraria la decisión de no dar curso a la investigación bajo algún prisma delictivo.

Por otra parte, el juez instructor destacó las tratativas y las comunicaciones directas de personas que no eran funcionarios públicos con Irán y con funcionarios públicos nacionales para ponerlos al tanto del avance de esas tratativas. El juez ubicó el accionar de las personas que no eran funcionarios públicos fuera del "*iter criminis*".

Conforme lo expuesto por el magistrado, las conductas de esos sujetos no funcionarios públicos se encontraban "*en el tramo aún no punible del camino del delito*". Así, el juez, sin fundamentación alguna y alejándose de la hipótesis acusatoria, colocó ese supuesto comienzo de ejecución en la entrada en vigencia del Pacto con Irán. Entendió que la ausencia de efectos jurídicos del Memorándum impidió el comienzo de ejecución del delito, y que la circunstancia de que nunca haya "*cobrado vida*" impide que se haya configurado el hecho denunciado.

Sin embargo, de la denuncia y del requerimiento fiscal de instrucción surge que los Fiscales establecieron que el plan criminal habría comenzado cuando en enero de



2011 el Canciller argentino habría asistido a reuniones secretas en la República de Siria con el Canciller y con el presidente de Irán, y en aquella reunión Timerman le habría hecho saber a sus interlocutores que las autoridades políticas argentinas estaban dispuestas a renunciar a la investigación del caso A.M.I.A. y a cualquier reclamo de cooperación y justicia, con tal de provocar un acercamiento de orden geopolítico y restablecer las relaciones plenas entre ambos Estados.

Según los Fiscales, de haber existido esa propuesta efectuada por la máxima autoridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que es uno de los puntos que los Fiscales piden que se investigue, se podría haber puesto en marcha la comisión de las conductas ilegales denunciadas, y a las que le sucedería la intervención de otras personas -funcionarios y no funcionarios- en el ámbito interno de los dos Estados, supuestamente a fin de lograr el objetivo indicado (todo ello en los términos de la hipótesis fiscal denunciada y ratificada en el requerimiento fiscal de instrucción).

A su vez, el "a quo" no fundó adecuadamente los motivos por los cuales descartó que la firmeza de la inconstitucionalidad del Memorándum hubiera impedido automáticamente la verificación de la posible comisión de un delito, siendo que no se han dado curso a las diligencias propuestas.

No se da una fundamentación suficiente por el juez de primera instancia, ni por la Cámara que convalidó su decisión, al no haber expuesto por qué la invalidez





Cámara Federal de Casación Penal

constitucional del Memorándum, la falta de concreción del objetivo propuesto por razones ajenas a la voluntad de los partícipes del hecho, o por la falta de colaboración de Irán, o por el trámite que propusieron para la puesta en funcionamiento de la "Comisión de la Verdad", y cualquier otra circunstancia ajena a la intención de los denunciados, o producto de la oportuna intervención judicial, torne necesariamente atípicas las conductas denunciadas, en el hipotético caso de ser comprobadas.

El juez instructor no fundó adecuadamente por qué las negociaciones oficiales y extraoficiales con Irán para la firma del Memorándum no pueden considerarse actos ejecutivos de la conducta denunciada, siendo sólo calificados como simples actos preparatorios no punibles.

Lo señalado por el juez sobre el punto que se viene examinando constituye una fundamentación aparente equiparable, según reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la falta de fundamentación (cfr. Fallos: 338:435, 338:68, 331:1090, 331:36, 330:4983, 330:4903, entre muchos otros).

En definitiva, en el fallo recurrido no se dio una efectiva fundamentación de las razones por las cuales se consideró que dado que la "Comisión de la Verdad" no se puso en marcha, entonces no hay delito; una cosa no impide necesariamente la otra.



En efecto, no se dio acabadamente cuenta de por qué se entendió que todos los actos cumplidos por el Poder Ejecutivo Nacional durante las negociaciones y en el ámbito interno (uno de ellos de contenido constitucional y federal complejo) quedaron en la etapa de las meras ideas y/o actos preparatorios del delito (según lo sostenido por el juez de primera instancia).

En definitiva, es una afirmación dogmática con fundamentación aparente (equiparable a la falta de fundamentación) aquella varias veces señalada en la causa respecto a que la declaración de inconstitucionalidad del Memorándum con Irán y la no constitución de la "Comisión de la Verdad" impiden la existencia de un comienzo de ejecución delictivo pues ese tratado y su creación jurídica nunca rigieron.

El tiempo que se tomó el Fiscal de la U.F.I. A.M.I.A. en denunciar el hecho fue materia de cuestionamiento en la desestimación de la denuncia ya que, según lo sostenido por el juez, *"este debió haber sido denunciado por la misma Unidad Fiscal AMIA a poco de su suscripción [del Memorándum], o bien tras el respaldo normativo que obtuvo el Congreso de la Nación, que lo convirtió en Ley al mes siguiente"* (cfr. fs. 469 vta.). Más adelante agregó que *"Ni la propia Unidad Fiscal AMIA, ni los magistrados que intervinieron en el trámite del amparo por inconstitucionalidad, advirtieron una connotación penal en la sola firma del Acuerdo o en su refrendo por el Congreso Nacional... Sobre este panorama ya de por sí desolador para la hipótesis del Fiscal, encima pesa sobre*





Cámara Federal de Casación Penal

lo que se avanzó del Acuerdo en su camino hacia la entrada en vigor, una declaración de inconstitucionalidad... Para decirlo en términos llanos. La criatura concebida en el marco del Memorándum, esto es la "Comisión de la Verdad", nunca pudo nacer. Desde aquel entonces transcurrieron ya dos años. Y luego, fue sepultada, seis meses atrás, a partir de haber sido declarada inconstitucional".

El juez desoye con estas afirmaciones lo narrado en la denuncia por el Fiscal Nisman en cuanto a la forma en que fue accediendo a la información relativa a los hechos denunciados, en atención a su rol principal en la investigación del atentado a la A.M.I.A.; acceso progresivo y que necesitó de un trabajo de recopilación y análisis de datos que lo convenció de la necesidad de llevar adelante la presentación ante la justicia federal. En la denuncia se dijo que los objetivos reales de las tratativas llevadas adelante con Irán fueron ocultos para el público en general y aun para los funcionarios que investigaban el atentado, para los damnificados directos de aquél y probablemente también para algunos de aquellos legisladores que votaron la ley respectiva de aprobación del Memorándum.

Otra crítica que recibió la denuncia consistió en que según el Dr. Nisman el hecho denunciado "*se habría visto sorpresivamente frustrado por la oportuna, valiente e inflexible postura adoptada por las autoridades de INTERPOL, en especial su máxima autoridad, el Secretario*



General, Ronald Noble, quien se habría opuesto a tales exigencias, pese a las constantes presiones del Canciller Timerman para que revea su postura y haga caer las notificaciones rojas" (fs. 471) y que esa grave y directa acusación formulada "no una sino quince veces a lo largo del escrito, no se ha visto acompañada de ninguna prueba o indicio que la respalde. No hay documento alguno, ni testimonio alguno, ni escucha alguna, que sostenga este punto, ciertamente crucial, del escrito del -por desgracia fallecido- Dr. Nisman, en contra del Canciller Timerman y su presunta actitud frente a Interpol".

Luego se hace referencia a un correo electrónico que le habría mandado Ronald Noble a Timerman y que éste leyó en una conferencia de prensa, en el que aclaraba que Argentina luego de la firma del Memorándum con Irán mantuvo las notificaciones rojas, lo cual desmentiría la postura de Nisman.

En este razonamiento, se contradice la anterior postura en cuanto a que el principio de ejecución de los hechos se daría con la puesta en funcionamiento de la "Comisión de la Verdad". En otras palabras, retrocede el magistrado a analizar esos supuestos "actos preparatorios impunes" a los que de momento pareciera otorgarles una relevancia mayor cuando se critica la denuncia del representante del Ministerio Público Fiscal.

Los elementos que evaluó el juez en este caso fueron aportados por la Procuración del Tesoro de la Nación, sin embargo el juez evidencia una vez más una fundamentación aparente, el carácter prematuro y la





Cámara Federal de Casación Penal

ausencia de imparcialidad de su fallo al descartar sin más la hipótesis acusatoria con sustento en un mail aportado por uno de los denunciados y dos entrevistas posteriores en un periódico. El magistrado en su tarea de investigar debe intentar ir, en lo posible, a las fuentes directas de prueba. En autos no se explicitaron (ni se advierten) las razones por las cuales, si esta circunstancia era de fácil dilucidación simplemente produciendo la prueba pedida por el Fiscal Pollicita en el punto 9) del listado de medidas solicitadas en el requerimiento de instrucción (*"se arbitren los medios para escuchar en testimonial al Sr. Ronald Noble en orden a los hechos que -según la denuncia- serían de su conocimiento en virtud del cargo que ocupaba en el gobierno nacional"*), se optó en cambio por el cierre, sin duda prematuro, de la investigación.

Ha existido en las resoluciones parcialidad en la valoración de la prueba a favor de descartar cualquier intento de probar la hipótesis acusatoria, mientras que se admitió sin cuestionamiento la aportada en beneficio de la atipicidad de la conducta, aún cuando éstas provinieran de quien no debería tener interés en la causa. Por otra parte, la desestimación de la denuncia implica en términos generales que no es necesario producir prueba para descartar la configuración de los hechos delictivos denunciados. Por consiguiente, si sucede lo contrario (hay diligencias probatorias por realizar), y no existe certeza



negativa, es evidente que la decisión adoptada (como sucedió en este caso en el que había prueba pendiente de producción) resulta indudablemente prematura y arbitraria.

En el mismo sentido se advierte esta disparidad de criterios del juez de primera instancia quien pese a no producir ninguna de las pruebas del Fiscal denunciante, ni alguna de las cuarenta y cinco diligencias de prueba propuestas en el requerimiento fiscal de instrucción, sin embargo, analizó otros documentos que habría firmado el Fiscal Nisman de manera contemporánea a la denuncia en análisis y que habrían sido arrimados a la causa por los Secretarios Letrados de la U.F.I. A.M.I.A. por orden de la Procuración General. El supuesto contenido contradictorio de esas presentaciones con la de esta causa fue ponderado en la desestimación de la denuncia, sin explicar por qué, ni intentar producir la prueba para develar este punto; cuestión esta destacada posteriormente por el Fiscal Pollicita en su recurso de apelación de fs. 515/532.

En otro orden de ideas debe recordarse que, según el Fiscal Nisman, la "Cumbre de Alepo" habría sido el punto de partida del plan de impunidad de los imputados iraníes. En ese orden argumental, señaló que "[E]ntre octubre de 2010 y enero de 2011, el gobierno argentino ...experimentó un giro de 180 grados en relación a su consideración del caso A.M.I.A.. Efectivamente, aquel enero de 2011, Héctor Timerman visitó la ciudad siria de Alepo y secretamente se reunió con su par iraní, Alí Akbar Salehi, a quien le hizo saber que las autoridades políticas argentinas estaban dispuestas a renunciar a la investigación del caso





Cámara Federal de Casación Penal

A.M.I.A. y a cualquier reclamo de cooperación y justicia, con tal de provocar un acercamiento de orden geopolítico y restablecer plenas relaciones comerciales entre ambos estados". "Quedará demostrado también que el Canciller Salehi tomó nota de tal ofrecimiento y se lo comunicó [al] Presidente Ahmadinejad: '...Argentina ya no está más interesada en resolver aquellos dos atentados... en cambio prefiere mejorar sus relaciones comerciales con Irán'. Es la primera vez que un estado agredido implora a un estado agresor que firme un acuerdo por el cual les otorgará impunidad a sus agresores". "Según las pruebas halladas hasta el momento, aquella decisión fue comunicada secretamente a las autoridades iraníes por el mismísimo Canciller Timerman en Alepo en enero de 2011". "En concreto, por orden presidencial, Timerman se apartó de la comitiva oficial [...] para dirigirse a la ciudad de Alepo, lugar donde mantuvo, en secreto, una reunión con el canciller iraní, Alí Salehi. Allí transmitió el siguiente mensaje: '...la Argentina ya no está más interesada en resolver aquellos dos atentados, pero en cambio prefiere mejorar sus relaciones comerciales con Irán'".

En la resolución recurrida, se afirma que ni el hecho de la existencia de la reunión aludida ni su carácter secreto revelan su connotación delictiva. Y que su contenido sólo aparece sustentado en una nota publicada por el diario "Perfil" el 26 de marzo de 2011, en la cual el



periodista Eliashev sostuvo: *“El gobierno de la presidenta Cristina Kirchner estaría dispuesto a suspender de hecho la investigación de los dos ataques terroristas que sufrió este país en 1992 y 1994 [...] según revela un documento hasta ahora secreto, recientemente entregado por el ministro de Relaciones Exteriores de la República Islámica de Irán Alí Akbar Salehi, al presidente Mahumud Ajmedineyad”.* *“Para la diplomacia de Irán, las investigaciones argentinas habrían quedado cerradas. El canciller iraní asegura en su informe al presidente Ajmedineyad que ‘la Argentina ya no está más interesada en resolver aquellos dos atentados, pero que en cambio prefiere mejorar sus relaciones económicas con Irán’”.*

En una segunda nota del 2 de abril de 2011, el periodista Eliashev, expresó que *“resulta imposible revelar de manera pública la fuente en que se origina”* la información relativa a *“los pormenores de un documento preparado en la cancillería iraní”* publicada días antes por *“Perfil”*.

El magistrado sentenciante descartó la hipótesis de Nisman sobre el contenido del Acuerdo secreto de Alepo, en virtud de que la declaración testimonial prestada oportunamente por Eliashev, ante el propio Nisman (28/04/2011), no da cuenta de la fuente de la información sino sólo de los procedimientos de control utilizados en *“Perfil”*, porque el periodista relató que el texto del documento que le llegó estaba en idioma inglés sin haber especificado quién habría traducido al inglés el *“paper”* intergubernamental al que se refirió el testigo, donde,





Cámara Federal de Casación Penal

según explicó, *“el responsable de relaciones exteriores del régimen de ese país le sugiere al presidente que en virtud de los elementos de juicio que maneja la cancillería iraní dice, ellos lo dicen, están dadas las condiciones para que los argentinos decidan dar vuelta de página en las relaciones argentino-iraníes”*.

Sobre esa base, en dicho pronunciamiento de primera instancia se afirmó que *“resulta imposible aceptar [la referida información periodística] como elemento probatorio [de] lo que para el Dr. Nisman es el ‘comienzo del plan de impunidad’”*.

Sin embargo, en otra parte de la resolución se considera que lo decidido por el Jefe de Interpol puede ser acreditado con correos electrónicos aportados por la defensa y que no sería necesario citar al señor Ronald Noble para despejar la duda en cuanto a las charlas que mantuvo con el ex Canciller Timerman respecto de las circulares rojas. Esto constituye un ejemplo del carácter prematuro, y de la parcialidad y arbitrariedad con la que se resolvió el cierre del caso y del disímil estándar probatorio para valorar los dichos y las pruebas propuestas por la acusación y la defensa. Ello toda vez que no se explicaron las razones por las cuales resultaba irrazonable y/o inútil la producción de dicha medida de prueba – propuesta por el Ministerio Público Fiscal y la querrela-consistente en recibirle declaración testimonial a Ronald



Noble en sede judicial, bajo juramento de decir la verdad de cuanto concierne y de conformidad con lo previsto en los arts. 239 al 252 del C.P.P.N., para determinar los hechos denunciados. Específicamente, el referido art. 239 del código adjetivo establece el deber de interrogar a toda persona que pueda tener conocimiento de los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

A esta altura, cabe advertir nuevamente que ni la denuncia ni el requerimiento de instrucción deben probar la hipótesis acusatoria que sostienen, sino que ésta debe resultar "verosímil". Con dicho enfoque, contrariamente a lo afirmado por el magistrado instructor y por la Cámara "a quo", se aprecia que no se ha demostrado fundadamente que resulte inverosímil la denuncia presentada, sostenida por el Fiscal requirente, por lo que se impone el inicio de la investigación para determinar la acreditación, o no, de los hechos denunciados.

No cabe soslayar que se admite en el pronunciamiento que de las escuchas telefónicas efectuadas respecto de algunos de los imputados no funcionarios públicos entre 2011 y 2013, surge que éstos tenían acceso a despachos y a funcionarios del gobierno nacional, con quienes mantenían trato cordial y se jactaban frente a los iranés de esa proximidad política, pasándoles además información que reunían en ese contacto con lo público.

En los fallos recurridos se referencia lo denunciado por el Fiscal Nisman en cuanto a que en ciertas ocasiones las personas que no eran funcionarios decían





Cámara Federal de Casación Penal

actuar como portavoces del Gobierno con relación a la postura de éste en torno al Memorándum y, además se hacían eco de los reclamos y frustraciones de la posición iraní ante el fracaso de lo que podría entenderse sería el levantamiento de las notificaciones rojas. Además, se señaló que estos sujetos planeaban abiertamente futuros negocios del Estado Argentino, del que no eran funcionarios, con Irán (en este sentido cfr. por ejemplo la conversación del 27 de septiembre de 2013, citada por el Fiscal Nisman entre los imputados D'Elía y Khalil, la del 25 de mayo de 2013 entre las mismas personas, la del 6 de febrero de 2013 entre Bogado y Khalil y del 18 de diciembre de 2012 entre Khalil y Esteche).

En la instancia anterior se refirió que esa relación fluida implicaba que se les hacía saber a los iraníes acerca del avance de los pasos formales del Memorándum en el ámbito interno y convenían el envío de gente para establecer operaciones comerciales con empresas estatales, pese a que, como ya se explicó, no tenían facultades para ello por no pertenecer a la función pública.

El "a quo" no funda los motivos por los que considera que se trata en el caso de actos propios reservados al Poder Ejecutivo Nacional, mientras que, según la denuncia, habrían intervenido personas que no integraban el gobierno.



Asimismo, como se ha venido destacando, hay múltiples medidas de prueba por realizar en la investigación que evidencian el carácter prematuro del fallo desestimatorio de la denuncia adoptado.

Al respecto, las medidas pedidas ante esta instancia por la D.A.I.A. son, sin perjuicio de las que puedan adoptarse: la causa N° 14.305/2015 *add effectum videndi et probando*, testimonios solicitados, los registros de llamadas, cruces de llamadas, solicitar informe a la Dirección Nacional de Migraciones a los fines de conocer los posibles viajes realizados por los denunciados y de ésta manera analizar su posible participación en la negociación del Memorándum; registros taquigráficos y fílmicos que obren en el Congreso de la Nación en torno al debate parlamentario relacionado a la discusión sobre el Memorándum; registros de visitas a la Casa Rosada, al Ministerio de Planificación Federal y a la S.I.D.E.; allanamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación y de los domicilios particulares y/o profesionales de los diversos imputados; requerir colaboración a la Unidad Fiscal Especializada en Ciber Delincuencia (UFECI); requerir informe a la Jefatura de Gabinete de Ministros a los fines de determinar la existencia o no de algún rol activo del Sr. Luis D'Elia en el Poder Ejecutivo Nacional; entre otras.

En función de todo lo expuesto, cabe concluir que resulta inoficioso pronunciarse sobre el desistimiento solicitado por el Fiscal General respecto del recurso de casación de su colega de la Cámara Nacional de Apelaciones





Cámara Federal de Casación Penal

en lo Criminal y Correccional Federal contra la desestimación de la denuncia por inexistencia de delito. Ello, pues esta Sala se encuentra habilitada por el recurso de casación del pretense querellante, devenido por la presente resolución en querellante, para pronunciarse sobre el carácter prematuro que presenta la desestimación de la denuncia.

En definitiva, el estudio de la causa muestra que la decisión apelada, así como la dictada por el juez federal de primera instancia, son arbitrarias y prematuras, ya que no se han propuesto -ni se advierten- argumentos para sostener que se verifica en el caso de autos la certeza negativa exigida para la conclusión anticipada del proceso. Además, existen numerosas medidas de prueba propuestas que en su caso podrían acreditar -o descartar- la adecuación típica del hecho denunciado y eventualmente elucidar las responsabilidades del caso.

Para finalizar, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que constituye un supuesto de sentencia arbitraria por omisión en la averiguación de los hechos cuando el magistrado no ha tomado las medidas conducentes para esclarecerlos, lo que priva a la sentencia de su calificación como acto judicial (Fallos 295:316).

Por último, la descalificación como acto jurisdiccional válido de la desestimación de la denuncia



por resultar arbitraria y prematura impide que los magistrados que adoptaron dicha decisión continúen interviniendo en las presentes actuaciones por imperio del art. 173 del C.P.P.N. y para garantizar la imparcialidad del juzgador (art. 18 de la C.N.). Consecuentemente, corresponde disponer su apartamiento.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: **Hacer lugar** al recurso de casación de la pretensa querellante Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (D.A.I.A.); **casar y revocar** la resolución de fs. 3501/3516 vta. y aquéllas que la preceden; **tener por parte querellante** a la D.A.I.A.; considerar que se presenta inoficioso el tratamiento del desistimiento del recurso de casación del Ministerio Público Fiscal postulado por el Fiscal General de Casación, doctor Javier Augusto De Luca; **dejar sin efecto** la desestimación de la denuncia dispuesta en autos y, a fin de garantizar la imparcialidad del juzgador, **apartar** al Sr. Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal actuante como así también a los magistrados integrantes de la Sala I que convalidaron la desestimación de la denuncia y **remitir** las actuaciones al "a quo" para que tome nota de lo aquí resuelto y para que un nuevo juez, mediante sorteo de rigor, continúe con el trámite de las actuaciones con la celeridad que el caso impone. Ténganse presentes las reservas del caso federal planteadas por las defensas. Sin costas en la instancia (arts. 18 de la C.N. y 172, segundo párrafo, 173, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Fecha de firma: 2016/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

-I-

CUESTION PREVIA

1º) En primer término corresponde referirse a las cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Casación para darle adecuado tratamiento a las mismas.

En materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 125:10; 127:36; 308:1557, entre otros). Estas formas sustanciales no se cumplen si un tribunal interviene en una causa sin hallarse facultado para conocer en ella, de modo tal que toda decisión que haya sido emitida con ausencia de jurisdicción se encuentra inexorablemente afectada de invalidez (Fallos 329:4688), por lo que corresponde ingresar a lo planteado por el Fiscal General en breves notas (fs. 3958/3960vta.) y por la defensa particular de Timmerman (fs. 3914/3953vta.).

En atención a la relevancia que subyace en determinar de manera previa los jueces que se encuentran facultados para conocer en esta causa, habré de recordar que en tres de las cuatro Salas que conforman esta Cámara Federal de Casación Penal se han efectuado planteos de conexidad, vinculación o derivación en relación a diversos



expedientes que tramitan ante esta Sala I, la Sala II y la Sala IV de este Tribunal, que deben ser dirimidos de manera previa al dictado de una decisión sobre el fondo del asunto.

En estas actuaciones CFP 777/2015/CFC2 "*Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/encubrimiento (Art. 277) Denunciante: Unidad Fiscal de investigación del atentado contra la sede de la Amia y otros*" del registro de esta **Sala I**, en la causa CFP 5624/1996/T01/CFC1 "*Castañeda, Carlos Antonio s/recurso de casación*", del registro de la **Sala II**, y en el expediente CFP 14305/2015 del registro de la **Sala IV** "*Timmerman, Héctor s/recurso de casación*" de esta Cámara, han sido fundadamente introducidas cuestiones previas al dictado de una decisión sobre los recursos sometidos a control jurisdiccional, que se vinculan con la vigencia de la garantía de juez natural y debido proceso.

Debe por ello ser dilucidado de manera previa la eventual existencia de conexidades, vinculaciones o derivaciones de esta causa con el expediente de la Sala II CFCP - CFP 3184/2013/CFC1 S/Amparo - Ley 16.986- (también conocida como "*Memorándum*"), y a través de ella con la investigación del atentado y las causas ocurridas a consecuencia de las anomalías verificadas en torno a su investigación.

La inhibición que se ha solicitado a esta Sala I CFCP es una cuestión que hace a la operatividad de las garantías del debido proceso y juez natural.

A ello se adiciona la relevancia institucional que revisten los procesos que se han detallado previamente,





Cámara Federal de Casación Penal

en tanto se investigan graves violaciones a los derechos humanos, que tuvieron como víctima a la "AMIA" y al pueblo argentino, relevancia de público conocimiento, y que exige extremar los recaudos que deben observarse en todo proceso penal, máxime atendiendo a los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de esta propia Cámara, en anteriores intervenciones, en relación a la causa "AMIA", y con las causas que fueron originándose a consecuencia del denunciado entorpecimiento de su investigación.

A continuación, detallaré estos antecedentes, a fin de que se advierta la irregular situación a mi entender, que implica que esta Sala I CFCP se encuentre interviniendo actualmente en esta causa CFP 777/2015/CFC2 "Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/encubrimiento (Art. 277) Denunciante: Unidad Fiscal de investigación del atentado contra la sede de la Amia y otros".

Dicha irregularidad implica en los hechos que la decisión del juez o jueces que resuelvan la cuestión esté basada en criterios no objetivos, y por ello, contrarios a la garantía del juez natural y la imparcialidad que debe regir la actuación de los magistrados. La gravedad del tema no es menor: el Poder Judicial de la Nación no puede ser utilizado a conveniencia de ninguna parte, sino que debe responder a un sistema estricto de organización interna conforme pautas y criterios previos, objetivos y uniformes. En todas las causas vinculadas con el atentado a la AMIA se



han establecido una pluralidad de pautas y criterios, por lo que la ausencia de inhibición para continuar entendiendo de esta Sala I de la CFCP luce carente de fundamentos y desatiende los principios que determinan la conexidad de este expediente con los radicados en la Sala II de la CFCP: una mejor y más pronta administración de justicia, inspirada en razones de economía procesal aconsejan que su investigación quede a cargo de un único tribunal (Fallos: 330:1172, 1618).

Para que se entienda, *“la distribución estricta de la competencia material es quebrantada por razones de economía procesal en caso de hechos punibles conexos”, y “la unión de causas penales con conexión entre sí tiene la ventaja de que se debe practicar prueba sólo una vez sobre el suceso total y, por ello, se garantiza la mayor economía procesal”* (Roxin, Claus *“Derecho Procesal Penal”,* Ed. Del Puerto, año 2000, págs.. 32 y 165).

A fin de analizar la situación que aquí se presenta respecto a la conexidad con los expedientes de Sala II de esta Cámara, habré de relevar los distintos elementos que fundan mi posición a favor de mantener el mismo criterio histórico que se ha adoptado en casos de idénticas características, no sólo porque es la decisión que exhibe mayor coherencia, sino porque disipa sospechas de parcialidad que han sido planteadas por las partes y determina la aplicación de criterios objetivos en la distribución de las investigaciones evitando el riesgo de multiplicidad de prueba y decisiones contradictorias por parte de distintos magistrados.





Cámara Federal de Casación Penal

2.1) Las denuncias de encubrimientos a la investigación de la AMIA:

Es mi deber como Magistrada de la Nación advertir la extrema importancia que reviste el asunto: a partir del atentado ocurrido el 18 de julio de 1994 en la sede de la mutual Amia, y la formación de la correspondiente causa donde se investiga la explosión, en estos más de 22 años, se han originado nuevas denuncias e investigaciones a consecuencia del trámite verificado en dicha causa originaria.

Todas ellas, hasta que en el año 2015 ingresó la presente causa CFP 777/2015/CFC2 "Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/encubrimiento (Art. 277) Denunciante: Unidad Fiscal de investigación del atentado contra la sede de la Amia y otros" a esta Cámara y fue sorteada la Sala I, y en el año 2016 la causa CFP 14305/2015 fue sorteada a la Sala IV, siempre tuvieron radicación y resoluciones emanadas de la Sala II de este Tribunal, conforme su integración al momento de pronunciarse.

Es decir, desde hace un año operó una modificación de un criterio sostenido históricamente y por diversos magistrados, por lo que a partir del 2015 las nuevas causas donde se investigan encubrimientos al atentado a la AMIA ya no serían conexas, ni vinculadas, ni derivadas, con su investigación.



Corresponde se preste especial atención al fundamento en que se sostuvo la radicación de las causas CFP 9728/2000 "Galeano, Juan José y otros"; CFO 2925/1998 "Vicat, Luis Ernesto y otros" y CFP 3446/2012 "Velazco, Carlos Alfredo y otros"; CFP 5624/1996/T01/CFC1 "Castañeda, Carlos Antonio s/recurso de casación" y CFP 3184/2013/CFC1 "S/Amparo - Ley 16.986" ante la Sala II de esta Cámara.

En todas esas causas, se han denunciado irregularidades que habrían acontecido en la investigación de la causa "AMIA": introducción de una falsa línea de investigación (causa "Galeano"); amenazas a testigos de la causa "AMIA" (causa "Vicat"); secretarios judiciales involucrados en dichas amenazas (causa "Velazco"); sustracción de medios de prueba (causa "Castañeda").

Todas ellas por conexidad, vinculación o derivación tramitan ante la Sala II CFCP por tratarse de la Sala sorteada primigeniamente para intervenir en el atentado a la sede de la "AMIA"; sólo se encuentra concluida la causa del amparo.

Entonces y para centrarse en lo medular del asunto, debe prestarse atención a los objetos procesales que han determinado la formación de cada expediente antes citado, y la razón por la cual **TODOS** ellos tramitan ante la misma Sala II revisora en esta instancia de Casación.

En la causa "Galeano" se encuentran imputados diversos funcionarios públicos, denunciados por haber encubierto la investigación del atentado antes referido, entre ellos: el juez a cargo en aquel tiempo de esa





Cámara Federal de Casación Penal

investigación, Juan José Galeano, el ex Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, los fiscales Eamon Mullen y José Barbaccia, el ex titular de la SIDE Hugo Anzorreguy y el ex titular de la DAIA Rubén Beraja, entre otros.

En dicha causa se encuentra actualmente celebrándose el debate en el juicio, la plataforma fáctica atribuida es el pago a uno de los acusados de la conexión local, Carlos Telleldín para que acusara a ex policías bonaerenses, que luego fueron absueltos de dicho atentado, y haber introducido una línea de investigación falsa, denominada "pista siria", todo ello con el objeto de encubrir a los verdaderos autores de la explosión.

En la causa "**Castañeda**", con fecha 29/6/2005 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 6 Carlos Antonio Castañeda fue condenado como autor penalmente responsable del delito de sustracción de objetos destinados a servir como prueba ante la autoridad competente en forma reiterada -dos hechos-, a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena, accesorias legales y costas, pruebas que formaban parte de la investigación del atentado del 18 de julio de 1994.

El hecho de esta causa es entonces haber entorpecido la investigación mediante la sustracción de medios de prueba de la investigación del atentado a fin de lograr la impunidad de sus responsables.



Luego arribaron a la Sala II de este Tribunal por conexidad/vinculación las causas "Viccat" y "Velazco", que como ya expresara, también involucra a funcionarios y particulares, a quienes se les atribuye haber entorpecido - mediante amenazas a testigos-, la investigación de la explosión de la "AMIA".

Finalmente, cfr. sistema Lex-100 y resolución dictada por la Cámara Contencioso Administrativo Federal al resolver su incompetencia y remitir al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal n° 6 a cargo de la investigación de la explosión, se remitió por conexidad/vinculación la causa de CFP 3184/2013/CFC1 S/Amparo - Ley 16.986- a la Sala II CFCP, donde el tema a resolver era la adecuación constitucional y convencional de dicho instrumento.

Ahora bien, en esta causa CFP 777/2015/CFC2 "Fernández de Kirchner, Cristina y otros. Denunciante Nisman, Alberto", el **objeto procesal** se circunscribe a la hipótesis que el uso del "Memorándum" (que como ya se dijo el análisis de su constitucionalidad tramitó en la Sala II CFCP), fue interpretado por el extinto Fiscal Nisman, como el instrumento para lograr la impunidad de los acusados de nacionalidad iraní, por el cual un conjunto de funcionarios argentinos de alto rango (ex Presidenta de la Nación, Canciller, Diputados), junto con otros particulares, fueron denunciados por encubrimiento.

Esta causa se sustancia actualmente ante esta Sala I, y la pregunta que se impone formularse es cuál es la diferencia respecto a las causas "Galeano", "Viccat",





Cámara Federal de Casación Penal

"Velazco", "Castañeda", "Memorándum s/amparo" sobre las que medió declaración de conexidad, vinculación o derivación con la Sala II de la CFCP por tratarse de investigaciones de hechos de encubrimiento o entorpecimiento de la investigación principal del atentado a la sede de la "AMIA", ocurrido el 18 de julio de 1994, con esta causa donde se denunciaron presuntos ilícitos por el uso el "Memorandum".

Debe señalarse que en el recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante se efectúa incluso un paralelismo de la presente denuncia, con la formulada en la que hoy y actualmente se encuentra en juicio, identificada como causa "Galeano". Tal como refiere a fs. 3561vta./3562 de su recurso de casación *"la justicia federal decidió promover una investigación por estas cuestiones y finalmente la causa derivó en un debate oral en trámite. No se advierte el motivo por el cual, en la presente causa, la justicia federal no actúa en la misma línea y con el mismo criterio antedicho. Todos los posibles encubrimientos e irregularidades deben investigarse, no sólo los que se produjeron previo al inicio del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner"*.

A ello debe sumarse la especial situación que se registra con la causa CFP 3184/2013/CFC1 S/Amparo - Ley 16.986-, en la que ha sido dispuesta su conexidad procesal con la causa "AMIA": esta conexidad o vinculación contiene



aún mayores fundamentos entre la causa donde se analizó la adecuación constitucional y convencional del instrumento internacional, con el delito que habría implicado su empleo -eje de la denuncia que se formuló en esta causa CFP 777/2015- .

Es que si para analizar el contenido del memorándum se dispuso la conexidad con la causa principal del atentado terrorista, con más razón puede alcanzarse al análisis de la denuncia del señor fiscal Nisman, respecto a la comisión de un posible delito mediante su uso.

Ello así, por cuanto si para analizar el contenido del instrumento internacional y su constitucionalidad se consideró que debía hacerse por el mismo tribunal que tenía la causa principal del atentado, el estudio de la hipótesis denunciada en orden a que la finalidad del instrumento internacional sería encubrir a los responsables, es congruente y razonable que el tribunal competente también sea la Sala II de la CFCP, porque puede tener vinculación con la causa principal.

A mayor abundamiento, si el análisis del contenido del memorándum se vincula con el atentado, la supuesta finalidad delictiva denunciada por el entonces fiscal Nisman para encubrir a los responsables de la voladura, también podría estarlo, pues contrariaría el sentido común que la discusión sobre la constitucionalidad del instrumento tenga más vinculación con el atentado que su posible sanción y utilización con fines ilícitos.

Es más, la pretensa querellante alega como fundamento de su solicitud de reapertura de la denuncia





Cámara Federal de Casación Penal

hecha por el Fiscal Nisman, la firmeza que adquirió la declaración de inconstitucionalidad del "Memorándum", argumento que más allá de su acierto y pertinencia, evidencia que la "nueva prueba" se vincula con el amparo que tramitó ante la Sala II.

También la pretensa querellante DAIA ha efectuado una serie de críticas a la resolución dictada por la cámara a quo que se vinculan íntimamente con el contenido del "Memorándum": las notificaciones rojas -previstas en el art. 7 de ese instrumento- y que el instrumento no abarcaba a la totalidad de los imputados iraníes en la investigación.

Es decir, la propia recurrente funda su pedido de reapertura en aspectos que implican indagar acerca del contenido del "Memorándum", circunstancia que une indisolublemente su análisis a los planteos que se formularon ante la Sala II en la causa CFP 3184/2013/CFC1 S/Amparo.

Entonces: todas las causas acumuladas por conexidad o vinculación en la Sala II CFCP lo fueron con la lógica que correspondían a anteriores encubrimientos denunciados de la investigación del atentado a la sede de la AMIA, hasta que arribó el año pasado esta causa CFP 777/2015/CFC2 a la Sala I CFCP y donde se cambió dicha lógica.



En su primer ingreso, y ante el desistimiento del Fiscal ante esta Cámara, no hubo oportunidad procesal para que fuere dirimida la cuestión de competencia, habiéndose puesto de manifiesto por la defensa en reiterados pedidos en este segundo ingreso, tanto ante esta Sala, como en las Salas II y IV CFCP, por lo que corresponde su tratamiento.

Es una circunstancia objetiva que en "Galeano" se investiga el encubrimiento a la explosión de la sede de la "AMIA"; de la misma manera se resolvió en "Vicat", "Velazco", "Memorandum-amparo" y finalmente en esta causa CFP 777/2015/CFC2 se ha denunciado el encubrimiento de la investigación a la sede de la "AMIA". No se alcanza a comprender donde está la diferencia que en todas las causas que tuvieron el origen común del atentado a la AMIA son conexas o vinculadas y quede excluida la causa CFP 777/2015/CFC2.

2.2) Inhibiciones de los jueces de esta Cámara en la causa "AMIA" (Sala II CFCP):

Tal como recordé al plantear mi inhibición a fs. 3658/3669 para continuar entendiendo en estos actuados (al igual que lo hice en los ya mencionados ante la Sala II CFCP), lejos de presentarse como algo antojadizo o dilatorio, los planteos de conexidad, vinculación o derivación que efectuaron las partes, surgen de las propias constancias de las actuaciones obrantes en Sala I y en Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal.

Como relevé detalladamente en mi escrito de inhibición, los motivos y los términos en que presentaron las excusaciones varios magistrados de este Cuerpo en





Cámara Federal de Casación Penal

diversas excusaciones e inhibiciones presentadas ante las causas **conexas o vinculadas** con la explosión a la "AMIA", demuestran el reconocimiento de conexidades y vinculaciones entre diversos expedientes, que han motivado la intervención de la Sala II de esta Cámara, y a la aplicación de criterios extensivos a inhibiciones presentadas en algún incidente, a los principales, o en una causa a las vinculadas o conexas.

Cabe referir que todas las excusaciones formuladas fueron aceptadas por parte de los magistrados de esta Cámara que podían intervenir en las causas "AMIA" y sus vinculadas/conexas.

En el año **2008** se excusaron en la causa n° 8990 "Galeano, Juan José s/recurso de casación", Sala II, los señores jueces doctores W. Gustavo Mitchell, Juan E. Fégoli y Pedro R. David.

En el año **2011**, se excusó en la causa n° 13767 "Ribelli, Juan José y otros s/R.C.", el **doctor Alejandro W. Slokar** por haber intervenido por el MJyDH como querellante en las actuaciones vinculadas con el ataque a la sede de la AMIA *"del conocimiento de todas las causas relativas al ataque a la sede la AMIA y a las irregularidades de su investigación"*.

En el año **2012**, en la causa n° 13.767 de la Sala II el **doctor Gustavo M. Hornos** puso en conocimiento las circunstancias que deberían producir su *"abstención"* en



"las causas relativas al criminal ataque terrorista a la sede de la AMIA y de la DAIA y respecto de los procesos en los que se investigan delitos cometidos en su tramitación". Afirma haber tenido alguna intervención como Fiscal, que ya le hicieron lugar a excusaciones por el solicitada en Sala II y III de la CNCP como el Pleno de este Cuerpo al momento de decidir "una cuestión planteada entre la Sala I y II receptó favorablemente mi excusación en la causa caratulada "Casteñeda, Carlos Antonio s/recurso de casación". Afirma que "...la estrecha vinculación existente entre aquellas actuaciones y las presentes..."; "considero mi deber presentar a vuestro alto criterio mi excusación para conocer en esta causa y en aquellas relativas al criminal ataque terrorista a la sede de la AMIA y de la DAIA y respecto de los procesos en los que se investigan delitos cometidos en su tramitación".

En el año **2013** se excusaron los doctores **Liliana E. Catucci, Mariano H. Borinsky y Eduardo Rafael Riggi:**

La **doctora Liliana E. Catucci** por encontrarse *"comprendida en la causal prevista en el artículo 55, inciso 9º del Código Procesal Penal"* en los autos nº 13767 "Ribelli" y sus acollarados.

En el expediente 13767 el **doctor Mariano H. Borinsky** y manifestó que *"de la compulsa de las actuaciones, observo que en razón del objeto procesal investigado en la presente causa, existe una vinculación con el expediente nro. 9789/00 caratulado 'Galeano Juan José y otros s/malversación de caudales", en cuyo marco se*





Cámara Federal de Casación Penal

han sustanciado diversos incidentes que tramitan ante esa Sala de manera conexa" y por advertir "que algunas de las partes que integran aquel proceso, también se encuentran constituidas como sujetos procesales en la presente, motivo que también refuerza la vinculación entre ambos expedientes", por razones de decoro y delicadeza y en aras de procurar afianzar la confianza de las partes en el proceso de la administración de justicia, puso a consideración de sus colegas para que resuelvan si debe intervenir en las actuaciones.

El doctor **Eduardo Rafael Riggi** en la causa 1173/2013 "Vicat, Luis Ernesto s/rec. de queja" "y en sus vinculadas" en razón de la relación de parentesco que en un breve lapso mantendría con su consuegro, imputado en las actuaciones.

Luego de la intervención de los doctores **Luis María Cabral** y **Marcelo Vázquez**, en calidad de subrogantes de la Vocalía 2, las que cesaron; actualmente en la totalidad de los expedientes en trámite ante la Sala II de esta Cámara conexos o vinculados con "AMIA" (causa "Ribelli") intervienen los doctores **Ángela E. Ledesma**, **Juan C. Gemignani** y la que emite este voto.

2.3) Resolución Plenaria de esta CFCP:

Por otro lado, esta Cámara Federal de Casación Penal ya tuvo ocasión de pronunciarse en Pleno respecto a cuestiones idénticas a las que aquí plantean las partes:



las posibles conexidades, vinculaciones y derivaciones fueron resueltas por este mismo cuerpo en **Acuerdo Plenario** el **18/5/2006** en la Resolución n° **65/06** adoptada por los jueces **Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Angela E. Ledesma, Amelia L. Berraz de Vidal, Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, y Héctor Guillermo Vidal Albarracín** -en calidad de conjuez- en el marco de la contienda negativa de competencia suscitada entre las Salas I y II de esta Cámara en la causa "*Castañeda, Carlos A. s/recurso de casación*" en la que se analizan las denuncias por irregularidades por parte de funcionarios públicos en la investigación de la voladura de la sede de la AMIA-.

En dicha resolución plenaria se dispuso la intervención de la Sala II para conocer en dichas actuaciones "*...en mérito a la previsión del artículo 41 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación que dispone que las causas serán conexas cuando un delito autónomo hubiese sido cometido para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad...*" extremos que se consideraron presentes en el caso en el que se investigó la sustracción de diversos elementos de prueba destinados a servir de prueba en la causa "AMIA". Y se concluyó que "*...ese especial acto de encubrimiento por el que se condenó al nombrado (art. 255 del Código Penal), no tendría otro destino que el de entorpecer la investigación del atentado a la entidad citada, sucesos estos actualmente en estudio en la Sala II...*", haciendo referencia a las causas 5667 y 5673 "*Telleldín, Carlos Alberto y otros s/recurso de queja*".





Cámara Federal de Casación Penal

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

2.4) Resoluciones de competencia de la CSJN:

A esta situación se adicionan dos resoluciones de competencia dictadas por el Alto Tribunal, en el marco de las investigaciones generadas a consecuencia de la explosión en la sede de la AMIA.

En la primera de ellas, se asumió la conexidad de dicha investigación con el planteo de inconstitucionalidad del "Memorándum de Entendimiento sobre temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA perpetrado en Buenos Aires el 18 de julio de 1994" al haberse resuelto



mantener su análisis en la órbita del juez federal Rodolfo Canicoba Corral, a cargo de la investigación del ataque ocurrido el 18 de julio de 1994 en la mutual israelí (cfr. CSJN "Competencia N° 592. XLIX Asociación Israelita Argentina (AMIA) y otros s/amparo de ley 16.986", resuelta el **15/10/2013**).

En la segunda y recientemente adoptada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con su actual conformación), si bien falló a fin de determinar la competencia entre el fuero federal y el ordinario sobre la investigación de la muerte del Fiscal de la Nación Natalio Alberto Nisman, estableció que: *"Específicamente, en este caso hasta el presente persiste (o no ha sido descartada) la hipótesis de la vinculación del hecho investigado con las tareas concretas que realizaba en ejercicio de su función el Fiscal federal al momento de su deceso"* (CSJN causa n° CCC 3559/2015/16/5/1/RH8, "N.N. Y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros", resuelta el **20/09/2016**). Es de destacar, que la tarea principal que el fiscal Nisman había realizado y a la que allí alude el Máximo Tribunal, consistió justamente en las investigaciones del atentado a la AMIA, que culminó su actuación antes de su deceso, con la denuncia cuya desestimación se encuentra a estudio de esta Sala.

2.5) Circunstancias que corroboran la conexidad:

2.5.1. En esta misma causa se observa a fs. 3339 agregado un sobre de color marrón con membrete del Ministerio Público Fiscal, en cuyo interior fue aportado como prueba por parte del Fiscal Federal Gerardo Pollicita,





Cámara Federal de Casación Penal

un escrito con una leyenda en letra manuscrita, inserta en tinta negra, sobre el margen superior izquierdo de la primer hoja, donde se lee "AMIA", que conforme la declaración testimonial de Daniel Pedro Santoro, periodista del Diario Clarín, de fecha 29/12/2015, a fs.3331/vta., cuando reconoció un artículo periodístico titulado "Pacto con Irán, un juez acusó a Cristina de traición a la patria", edición del día 24/12/2015 página 16, circunstancias en las que "aportó en este acto el documento al que accediera por medio de fuentes judiciales, las cuales me reservo en uso de las facultades legales que me asisten. Dicho documento consiste en un documento sin firma ni sellos, numerado al pie en 47 páginas, del que sería el voto del doctor Gemignani y al que se alude en la publicación periodística exhibida".

De las constancias administrativas y jurisdiccionales obrantes en Sala II surge que el juez Juan Carlos Gemignani depositó su voto en la caja fuerte de seguridad de dicha Sala con fecha 22/6/2015, introducido en un sobre de color madera, bajo la inscripción "Voto doctor Juan Carlos Gemignani. Causa 3184 AMPARO MEMORANDUM AMIA", el cual a su vez fue depositado en otro sobre cerrado, firmado y lacrado. El juez Gemignani habría pedido su devolución con fecha 28/12/2015, y se habría efectuado su entrega con fecha 12/2/2016.



2.5.2. En fecha 08/11/2016, la publicación de la gacetilla de prensa en el "Centro de Información Judicial" del fallo recaído en Sala IV en los autos CFP 14305/2015/4/CFC1 en la misma fecha (Reg. N° 1431/16.4), que fuera remitida por los señores jueces integrantes de dicho tribunal (Gemignani, Hornos y Borinsky), donde se denunció al ex canciller Héctor Timerman por el delito de traición a la patria, se titula: *"AMIA: Casación Federal habilita la continuidad de la investigación respecto de Héctor Timerman"*. El título es elocuente: señala el origen común y vinculación de las diversas causas que se han ido originando en el tiempo con la investigación de la explosión del atentado a la sede de la "AMIA", independientemente que no se haya declarado su conexidad.

3°) En conclusión, por la pluralidad de hechos referenciados en las presentes causas federales complejas, atento haber sido el temperamento ya adoptado en otras causas donde se investigan encubrimientos en la investigación del referido atentado; por haber sido planteado por las partes y por los magistrados mediante inhibiciones y recusaciones, con interpretación de que el hecho terrorista del atentado a la "AMIA" (principales "Ribelli", causa 13.767), se encuentra vinculado a varios procesos en donde se investigan los ilícitos de funcionarios (vgr. Galeano y otros); la discusión en torno a la constitucionalidad del Memorándum se vincularía también con los ilícitos que se denuncian con el uso de dicho instrumento internacional -que constituye el objeto procesal en esta causa-, es que considero que corresponde





Cámara Federal de Casación Penal

sea dirimida la cuestión de competencia entre estas actuaciones CFP 777/2015 de esta Sala de la Cámara Federal de Casación Penal, con las mencionadas de la Sala II y el radicado en Sala IV expediente CFP 14305/2015.

Todos los elementos referenciados, se los tome aislada o en conjunto, ponen de manifiesto conexidades y vinculaciones existentes entre las distintas actuaciones que se investigan.

Para disipar cualquier duda terminológica, cabe aclarar que si bien el Código Procesal Penal de la Nación refiere a "conexidades" de causas, de las constancias reseñadas surge, que los términos "conexidades" y "vinculados" han sido utilizados indistintamente por jueces de esta Cámara (doctores Hornos, Gemignani, Borinsky, Riggi, Ledesma y la suscripta, como así también los que participaron del citado Plenario), y en el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación refiere a "vinculación".

Hay una serie de razonamientos pertinentes para resolver la situación que se plantea en esta causa CFP 777/2014.

La conexidad/vinculación entre la causa donde se analizó la constitucionalidad de la firma del memorándum, con el procedimiento donde se denuncia a diversos individuos por haber encubierto la investigación de la AMIA mediante la suscripción de ese instrumento, que lleva



insito el análisis de algunos de sus artículos -alertas rojas, imputados alcanzados, entre otros-.

Las idénticas características que revisten la causa CFP 777/2015 con las caratuladas "Galeano", "Castañeda", "Vicat" y "Velazco", todas conexas o vinculadas con AMIA y en trámite por eso ante la Sala II de esta CFCP, al compartir como elemento común el entorpecimiento de la investigación del atentado a la sede de la AMIA.

No existe modo válido de establecer una excepción a lo que se ha hecho históricamente en todas las causas conocidas como AMIA -principal, conexas o vinculadas-, durante muchísimos años, hasta el arribo el año pasado de esta causa CFP 777/2015, ocasión en la que operó un cambio radical de las reglas seguidas por este Cuerpo.

Es que no hay fundamento para que excusaciones antes aceptadas en el seno del mismo Tribunal por parte de los mismos jueces, al día de hoy no signifiquen lo que significaban, ni alcance a situaciones expresamente mencionadas al momento de inhibirse.

Debo recordar finalmente la multiplicidad de notas periodísticas recientes donde se aludió al empleo del conocido mecanismo de "forum shopping", cuya traducción sería foro de conveniencia en su acepción legal en el derecho internacional privado.

Pero en el sistema judicial argentino se ha utilizado en referencia al mecanismo de la elección de un juez para tener mejor suerte.





Cámara Federal de Casación Penal

He de advertir que la posición que aquí dejo expuesta se dirige justamente a eliminar toda sospecha de empleo de dicho mecanismo, garantizar a las partes un trato sin favoritismos, el respeto de reglas a las que este Cuerpo se ha sujeto en situaciones idénticas a la aquí planteada y el llamado de atención sobre prácticas que debilitan la credibilidad del Poder Judicial Argentino por parte de la sociedad, ya que el sistema de competencias, conexidades, vinculaciones y derivaciones no puede responder o variar según los tiempos que corren al momento de ser resueltos.

4º) Por lo expuesto, considero que corresponde suspender el trámite de los recursos hasta tanto se dirima, por los mecanismos pertinentes la cuestión vinculada a la competencia.

Sin perjuicio de que entiendo no corresponde a esta Sala resolver respecto del recurso de casación traído a estudio de esta Cámara por la pretensa querellante, habiendo resultado vencida en dicha cuestión, ingresaré en el tratamiento del resto de los agravios sometidos a consideración de este Tribunal.

-II-

Recurso del Ministerio Público Fiscal.

Desistimiento. Principio de unidad de Actuación.

5º) Que a todo lo expuesto, habré de agregar que no coincido con la solución propuesta por el juez que



lidera el Acuerdo en torno al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara Federal de Apelaciones y el posterior desistimiento que de aquél efectuó el Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Javier De Luca.

Conforme establecía la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 en su art. 1°: *“El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.*

Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura.

El principio de unidad de actuación debe entenderse sin perjuicio de la autonomía que corresponda como consecuencia de la especificidad de las funciones de los fiscales, defensores y tutores o curadores públicos, en razón de los diversos intereses que deben atender como tales.

Posee una organización jerárquica la cual exige que cada miembro del Ministerio Público controle el desempeño de los inferiores y de quienes lo asistan, y fundamenta las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran”.

En términos similares, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal sancionada el 10/06/2015 (Ley





Cámara Federal de Casación Penal

Nº27.148) dispone en su art. 1º que *“El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”.*

En su art. 9º regula sobre los principios funcionales de la organización y establece -entre otros- el de unidad de actuación. Dispone que *“...el Ministerio Público Fiscal de la Nación es una organización jerárquica cuya máxima autoridad es el Procurador General de la Nación. En su actuación es único e indivisible y estará plenamente representado en la actuación de cada uno de sus funcionarios. Cada funcionario controlará el desempeño de quienes lo asistan y será responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo. Éstos actuarán según las instrucciones impartidas por sus superiores y conforme a lo previsto en esta ley”.* Asimismo, se estatuye allí que el Ministerio Público Fiscal actuará de acuerdo al principio de objetividad y *“...requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado”.*



En todas sus presentaciones ante esta Cámara Federal de Casación Penal, el representante del Ministerio Público Fiscal por los fundamentos relevados por el juez que vota en primer término, sostuvo que los hechos denunciados no constituyen delito (fs. 863/876 y 3597/3607) y desistió de los recursos que fueran deducidos por sus antecesores en la instancia (cfr. también fs. 3958/3960vta.).

Refirió en esta segunda oportunidad que “[e]n [su] dictamen anterior, hace más de un año, [había sostenido] que las conductas denunciadas no podían constituir delito pues se trataba del ejercicio de facultades constitucionalmente atribuidas a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y porque los términos del acuerdo no podían interpretarse como una ayuda a los prófugos para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerlos a su acción, en los términos de los arts. 274 y 277 CP”. En virtud de ello, consideró que “...por ser un asunto de puro derecho, no era ni sería susceptible de ser modificada por la incorporación y valoración de prueba nueva, ni por la profundización de la pesquisa, en tanto se sigue tratando de la misma hipótesis, que no es delictiva” (cfr. fs. 3601 vta.). Luego de ello, el Fiscal General Dr. De Luca procedió de todos modos a analizar las pruebas invocadas por los fiscales de las anteriores instancias para propiciar la reapertura de la investigación, tras lo cual concluyó que “[l]as llamadas pruebas nuevas, no son pruebas, ni nuevas, y aunque por su intermedio se





Cámara Federal de Casación Penal

intentase probar algo, no sería otra cosa que más de lo mismo: un hecho no delictivo” (fs. 3607).

El tenor de esta presentación –así como el que efectuó el fiscal en la anterior radicación de esta causa en esta instancia–, expresa la posición que mantiene el Ministerio Público Fiscal en relación a la plataforma fáctica sobre la que se articuló la denuncia que dio inicio a esta causa, donde concluye que los hechos que se describen no configuran delito.

A partir de ello, se advierte una seria contradicción entre la actuación de los fiscales de las instancias inferiores en el marco de estas actuaciones con el criterio jurídico penal sostenido por su superior, en conflicto con los principios funcionales del Ministerio Público Fiscal.

De tal manera, como consecuencia del principio de unidad de actuación y de la organización jerárquica del Ministerio Público Fiscal, resulta de relevancia pronunciarse en concreto sobre el recurso de dicha parte, pues una vez desistido en los términos y por los motivos expuestos por el Fiscal General ante esta Cámara en sus dos presentaciones, el organismo acota su intervención al control de la legalidad del proceso y la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, conforme se establece en el art. 120 de la CN y



art. art. 1º Ley Nº 27.148 en tanto ha desistido de su pretensión acusadora; y tal rol se mantiene en esos términos para todas las instancias procesales en que se radiquen estas actuaciones y sin perjuicio de que intervenga uno u otro fiscal.

Esa postura por lo demás es la que se ajusta a los lineamientos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuviera en ocasión de delinear al resolver el precedente "Quiroga" (Fallos: 327:5863).

Debe recordarse entonces que *"no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal. En efecto, al establecer la independencia y autonomía funcional de dicho organismo, el constituyente ha tomado una clara decisión en favor de una división rigurosa entre las funciones de promoción y decisión"*.

En consecuencia y conforme lo dictaminado por el Fiscal en esta instancia, disiento con lo postulado por el juez Hornos en el punto II.3 de su voto, ya que no habiendo sostenido el recurso, debe tenerse por desistido el recurso de casación interpuesto a fs. 3540/3554, atento que sostener lo contrario implica una inadecuada interferencia del Poder Judicial sobre decisiones de otro poder, contraria a la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal establecida en la Constitución Nacional.

-III-

Admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante "DAIA":

Fecha de firma: 20/12/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



Cámara Federal de Casación Penal

6º) Que para analizar la admisibilidad del recurso de casación deducido, cabe abordar la cuestión referida a las facultades del querellante para impulsar la acción penal. Sobre este punto, en reiteradas oportunidades he sostenido que éste puede hacerlo incluso en forma autónoma, cuando no existe promoción de la acción por parte del Ministerio Público (cfr. mis votos en las causas FMZ 32021420/2013/CFC1, "Bento, Walter Ricardo s/ recurso de casación", rta. el 03/08/2016, reg. 1421/16.1, Sala I; n° 1518 "Correa, Roberto Carlos y Montesano, Andrés s/recurso de casación", rta. el 3/2/2016, reg. 24.903, Sala I; CCC 18052/2014/CFC1, "Piaggio, Germán Esteban; Gallardo, Pablo Martín, reg. n° 582/2015, rta. el 25/6/2015, Sala I; FPA 3992/2013/1/CFC1, "Appiani, Jorge Humberto s/recurso de casación", rta. el 20/11/2015, Sala I; Noguera, Luis Alberto; Gallardo, Gustavo Avelino s/defraudación por administración fraudulenta", rta. el 25/6/2015, Sala I; n° 14.618, "Vigil Constancio s/recurso de casación", rta. el 7/12/2012, reg. 20.903, Sala II; n° 14.149, "Landau, Pablo Javier s/ recurso de casación", rta. el 4/6/2012, reg. 20.003, Sala II, entre muchos otros).

En este sentido, considero que resultan pertinentes los lineamientos establecidos por nuestro Alto Tribunal en el precedente "Santillán", en el sentido de que *"Si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y*



la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada en previo juicio llevado en legal forma" (Fallos: 321:2021).

Resulta acertado el criterio según el cual el querellante se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal (causa n° 5926, "Baza, Gustavo Daniel s/recursos de casación e inconstitucionalidad", Sala II del 23/11/05, reg. n°8128, entre otros).

En la misma línea, se ha afirmado que si de acuerdo a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Santillán" y "Quiroga" (Fallos 321:3021 y Fallos 327:5863, respectivamente), puede proseguirse con el avance del proceso a la etapa del juicio con el requerimiento de elevación del acusador particular, en ausencia de uno producido por el Fiscal (confr. causa N° 6031, reg. N° 7721, "Linares, Martín Maximiliano s/rec. de casación", rta. el 6 de junio de 2005), con mayor razón resulta viable llevar a cabo la instrucción sin la anuencia del Fiscal, pues los intereses de los imputados que podrían afectarse son de menor entidad.





Cámara Federal de Casación Penal

Si esto último no fuese así, sería un contrasentido que el código adjetivo (art. 180, *in fine*) le otorgara a la parte que pugna por constituirse en querellante, la potestad de recurrir ante la Cámara de Apelaciones respectiva, con el objeto de que se ordene la realización de la instrucción.

Además, es el modo en que la ley ha preservado la vigencia del principio según el cual le está vedado al juez proceder de oficio, desde que procederá por la instancia del particular ofendido (cfr. Causa n° 6537, "López González, Mirta y otro s/recurso de casación", reg. N° 8482, rta. el 8/2/06 a cuyos fundamentos me remito "brevitatis causa" CFCP, Sala I, causa n° 13.548, "Gramignano, Patricia Beatriz; Gómez, Jorge y Mikaelan, Luis Juan s/recurso de casación", rta. el 11/05/2011, Reg. 17772.1).

Ha expresado esta Cámara de Casación que "corresponde dejar a salvo que es criterio de la Sala..., a partir de doctrina sentada por la Corte Federal en el caso 'Santillán' (Fallos: 321:2021), que el querellante se encuentra legitimado para impulsar en solitario la causa penal en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal. Se ha entendido de tal modo que asiste a todos los litigantes el derecho a obtener una sentencia fundada, y que para poder llegar a ese momento los efectos de



"Santillán" deben retrotraerse desde el comienzo de la causa penal pues sino lo resuelto por el Alto Tribunal no tendría los alcances allí indicados..."

"También se ha sostenido que cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, correspondiendo a la querella, en forma autónoma, impulsar los procedimientos al comienzo del asunto, conforme lo establecen los artículos 180 y concordantes del C.P.P.N. y al finalizar la instrucción, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 346 y concordantes del mismo cuerpo legal, para obtener la elevación a juicio, con las limitaciones correspondientes (C.N.C.P. Sala I, causa 7721 "Linares, Martín Maximiliano s/recurso de casación", rta. 6/6/2005).

"Por ello, mal podrían ser garantizados los derechos de las víctimas, si sus pretensiones no pueden ser oídas por un juez competente con anterioridad al juicio, ya que es evidente que la conclusión del sumario en la etapa instructoria impide su análisis en el debate, cercenándose de este modo, y bajo un pretexto meramente formal, la garantía aludida." (Sala IV, causa Nro. 12.154, "Sorín, Ariel Hugo s/recurso de casación", rta. el 26/09/2011, reg. n° 15.692.4).

Al respecto, cabe señalar que "[s]i el juez dispone la desestimación, de conformidad con el pedido fiscal, el archivo es ineludible (ver art. 195, párrf. 2°), a menos que el querellante en ciería impugne, con





Cámara Federal de Casación Penal

miras a lograr la apertura del proceso por la cámara de apelaciones. No puede restringirse la facultad del pretense querellante a los supuestos en que existió requerimiento fiscal de instrucción; constituye una limitación no prevista por la letra del art. 180" (el resaltado me corresponde) (Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación, Anotado. Comentado. Concordado", quinta edición, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, págs. 296 y 297).

Ahora bien, tratándose en el caso de autos de una pretensa querrela, en lo atinente al derecho al recurso, luce pertinente recordar que el art. 180 *in fine* del código de rito establece que "[S]erá desestimada [-la denuncia-] cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder. La resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable, aun por quien pretendía ser tenido por parte querellante."

En esta inteligencia, la doctrina sostiene que "... también la desestimación vendrá a ser procedente cuando el hecho denunciado no constituye delito (en verdad, lo que se ha querido decir es que no encuadre en figura típica; pero, muy excepcionalmente, pueden darse otras hipótesis, verbigracia, la indiscutida verificación de una excusa absoluta) o cuando 'no se pueda proceder'. Y añade, finalmente, que tanto esa resolución como lo que disponga



la remisión de la denuncia a otra jurisdicción son apelables, 'aun por quien pretendía ser tenido por parte querellante'. Lo así preceptuado resulta aplicable a la querella, de la denuncia" (Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, "La querella", tercera edición, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2008, págs. 196).

En razón de lo expuesto, encontrándose legalmente reglamentado el derecho al recurso en supuestos como el de autos, en tanto ha sido expresamente previsto por el legislador en el citado art. 180 *in fine* del código ritual, en el particular caso sometido a control jurisdiccional considero que la aquí pretensa querella (D.A.I.A.) se encuentra habilitada para recurrir el fallo impugnado ante esta instancia.

7º) Fijado cuanto antecede y por compartir el análisis que efectúa el juez que lidera el Acuerdo en el Acápite I, puntos 1.b y 1.c respecto a la personería de los pretensos querellantes para representar a la DAIA y su legitimación como parte en este proceso, en la medida que el recurso satisface las exigencias de admisibilidad y fundamentación, al haberse introducido agravios de conformidad con los motivos previstos por el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, en las condiciones del artículo 463 del mismo texto legal, puesto que el pronunciamiento por sus efectos constituye resolución equiparable a definitiva en los términos del art. 457 del código ritual en tanto impide la continuación del proceso y en consecuencia produce un gravamen insusceptible de reparación ulterior, corresponde su tratamiento.





Cámara Federal de Casación Penal

Que en sentido indicado se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Verón, Leonardo Cesar s/ causa n° 16.920" (CSJ 416/2013 (49-V)/CS1 del 29 de septiembre de 2015), haciendo suyos los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal subrogante, doctora Irma Adriana Garcia Netto, quien sostuvo que la resolución de cámara de apelaciones, "*... al confirmar el archivo de las actuaciones y el rechazo de los medios de prueba propuestos por la querella, imposibilita la continuación del proceso, causando un gravamen de imposible reparación ulterior, por lo que es de aquellas que han de ser equiparadas a una sentencia definitiva.*".

Debe señalarse además que el recurso interpuesto por la parte acusadora no puede ser analizado con los alcances de la doctrina sentada por la CSJN en el fallo "Casal", puesto que la revisión amplia de la sentencia a la que se refiere tal doctrina se estableció en favor del imputado y no abarca al Ministerio Público Fiscal, al querellante, ni a quien esté solicitando se le reconozca tal calidad en la causa.

En efecto, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Juri, Carlos Alberto s/ homicidio culposo" (J. 26. XLI. rta. el 27/12/2006, Fallos 329:5994) la víctima tiene un derecho al recurso y protección judicial efectiva, cuyo contenido y alcance ha



de configurarse a partir de lo dispuesto por los arts. 8.1 y 25 de la CADH, y no del 8.2.h de dicha Convención.

Por las argumentaciones expuestas, y en atención a los alcances del voto que habré de desarrollar a continuación, considero que corresponde admitir a los representantes de la D.A.I.A. como querellantes en estas actuaciones, resultando su recurso formalmente admisible.

-IV-

Alcances de la intervención de esta Cámara:

8º) Para un correcto estudio de la cuestión debatida en estas actuaciones y que se encuentra sometida al control jurisdiccional de esta Cámara Federal de Casación Penal, el extremo que debe analizarse en primer término es el alcance de las facultades de revisión en los términos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Que, considerando la pretensión del recurrente, corresponde expedirse en este punto respecto a las posibilidades de revisión de este Tribunal. En efecto, cabe expresar que siendo ésta la primera vez que ha sido instada la jurisdicción de esta Sala I de la CFCP, por cuanto en la vez anterior el recurso de casación ha sido desistido por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, es que incumbe expedirse sobre la cuestión traída a estudio.

En efecto, de conformidad con lo expuesto precedentemente en cuanto a la legitimación activa para recurrir en esta instancia por parte del pretense querellante, es que este Tribunal asume su judicatura con





Cámara Federal de Casación Penal

plenitud, con el amplio alcance de las posibilidades de revisión que le son propias y emanan del control debido al presente recurso de casación.

Sin embargo, es de destacar que, cuanto el recurrente postula es la revocación de la resolución que - por segunda vez-, dispuso la confirmación del archivo de la denuncia que diera origen a estas actuaciones. A tal efecto, corresponde analizar la resolución puesta aquí en crisis y los fundamentos en los que se sustentó dicha decisión.

De ésta surge que, para confirmar la resolución del señor juez de grado que rechazó la pretensión del recurrente para lograr el desarchivo oportunamente dispuesto, el *a quo* ponderó que los dos nuevos hechos o nuevas pruebas invocados -en tales términos- por el impugnante, tendientes a lograr la reapertura de la denuncia, no son idóneos a dichos fines. Puntualmente, la cámara postuló -con el voto de dos jueces- la ineptitud de la escucha telefónica entre Timerman y Borger reseñada y la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad del llamado "Memorandum", para posibilitar el desarchivo de la denuncia.

Al respecto, resulta imperativo resaltar que las facultades de revisión de esta Cámara Federal de Casación Penal en esta intervención, no se encuentran estrictamente limitadas al fallo contra el que la pretensa querellante



(D.A.I.A.) interpuso el recurso de casación en esta oportunidad.

Frente a ello, corresponde que esta cámara aborde la totalidad de la fundamentos en los que se sustentó la decisión ahora recurrida, y ello incluye inevitablemente el estudio de la confirmación de la desestimación de la denuncia dictada con fecha 26/3/2016 (fs. 765/800).

-V-

Fundamentación de la resolución recurrida:

9º) Ahora bien, estimo que asiste razón al recurrente en cuanto a que la resolución impugnada no brindó suficientemente los motivos mediante los cuales arribó a dicho temperamento, al detentar un déficit de fundamentación que obsta a su consideración como acto jurisdiccional válido.

En primer lugar, con miras a futuras intervenciones de los jueces de la instancia de apelación, habré de dejar sentado mi criterio en torno a la importancia de la conformación de los tribunales con el total de sus miembros.

Ello pues, a partir de la lectura de los votos de los mentados magistrados, se advierte la disímil posición que cada uno de ellos había adoptado en su anterior pronunciamiento en punto a la cuestión vinculada con la creación de la "Comisión de la Verdad" por medio del Acuerdo de Entendimiento entre la República Argentina y la República Islámica de Irán. El juez Ballesteros, por un lado, recordó que de adverso a lo que hubiera sostenido antes el juez de primera instancia, él consideró que en ese





Cámara Federal de Casación Penal

punto del Acuerdo sí había existido un principio de ejecución, aunque los sucesos no adquirirían la relevancia jurídica reclamada por el fallecido Fiscal Alberto Nisman (ni evidenciaban la intención espuria de redireccionamiento de la investigación que éste le asignaba). Por otro lado, el juez Freiler recordó que en su fallo, en lo concerniente a la creación de la denominada Comisión de la Verdad, había coincidido con el *a quo* en cuanto a que *“aquello no configuraba siquiera un principio de ejecución del delito denunciado sino, a lo sumo, podría constituir un acto preparatorio no punible”*.

En vista de ello, cabe recordar que vengo sosteniendo que en los casos en que los tribunales se hubieren pronunciado sin intervención del tercer juez, se configura un vicio que impide la consideración de un acto jurisdiccional válido (en los casos de decisiones emitidas por las Cámaras de Apelaciones o Tribunales Orales) (cfr. mi voto *in re* CCC 25187/2014/T01/4/CFC2, “Chinga Guerrero, José Antonio s/recurso de casación”, rta. el 7/11/2014, reg. nro. 622/2014; CCC 25187/2014/T01/2/CFC1, “Boulangger Aguilar, Edwin s/recurso de casación”, rta. el 7/11/2014, reg. 621/2014; Causa n° 1346/13, “Gervasi, Luis Aldo s/recurso de casación”, rta. el 26/2/2014, reg. nro. 23.170; expte. n° CCC 33069/2013/1/1/CFC1, “Villalba, Roberto Martín S/recurso de casación”, rta. el 7/11/2016, reg. nro. 2143/16.1; entre muchos otros).



Sobre esta cuestión, Francisco J. D'Albora sostiene que *"el órgano colegiado debe constituirse debidamente -al igual que el representante del Ministerio Público- para no malear con un vicio insubsanable, configurativo de nulidad absoluta, toda la actividad"*, y que *"...el órgano judicial al cual incumbe la decisión debe estar integrado por los mismos jueces que participaron en el debate, a fin de preservar la identidad física del juzgador"* (cfr. D'Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación Anotado, Comentado y Concordado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2009 págs. 679 y 719).

En el mismo sentido, se ha sostenido que resulta *"...obligatoria en la deliberación la presencia de los tres jueces que hayan intervenido en el debate"* (cfr. Almeyra, Miguel A., Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2010, pág. 841).

De tal manera, siempre que una decisión jurisdiccional emitida por un órgano colegiado sea producto de la deliberación y el sufragio de sólo dos de los jueces, sin que entre ellos exista total coincidencia argumental, la falta de emisión de una opinión sobre la solución del caso, resulta un defecto insuperable para el correcto abordaje y resolución de los argumentos llevados a su jurisdicción por las partes.

En base a lo aquí expresado, cabe dejar sentada la importancia de que no se vea afectada la constitución del tribunal, pues ello conlleva un vicio formal que impide la consideración de la decisión como acto jurisdiccional





Cámara Federal de Casación Penal

válido y por tanto, motiva su nulidad en los términos del artículo 167 inciso 1º del CPPN.

10º) En segundo término, advierto que el tratamiento brindado a las dos nuevas causales que fueron denunciadas para lograr el desarchivo de las actuaciones, no ha sido acabado. En efecto, no sólo en lo referido a la respuesta concreta expuesta sobre cada línea argumental en particular, sino también por la remisión que los señores jueces formularon respecto a su anterior intervención en que resolvieron -por primera vez-, la confirmación del archivo de la denuncia inicial dispuesta por el señor juez de instrucción.

La cuestión conlleva especial relevancia por las particulares circunstancias de la tramitación de estas actuaciones, pues reitero, ésta es la primera ocasión en que este Tribunal puede expedirse sobre el fondo del asunto, a partir de la excitación de la jurisdicción ya señalada.

Consecuentemente, las razones esgrimidas deben meritarse en un doble orden. Por un lado, deben ponderarse los fundamentos vertidos por el *a quo* para sustentar su decisorio y, por el otro, por la naturaleza del asunto sujeto a estudio, esto es, la pretensión del ahora querellante de lograr el desarchivo de las actuaciones, corresponde así también analizar los motivos desarrollados en la primera intervención. Ello así, por cuanto es por



expresa remisión que los señores magistrados han efectuado, lo que habilita la revisión de este Tribunal -por vez primera- sobre la idoneidad, o no, de los hechos o pruebas que en su caso permitirían la apertura de la investigación al imprimírsele el trámite pertinente a la denuncia originaria. Lógicamente, si debe aquí analizarse la idoneidad de los motivos para lograr el desarchivo, ello alcanza a ambas resoluciones.

Por su parte, debe señalarse que para la dilucidación de dicha cuestión, o sea, si el tratamiento brindado por el *a quo* a la pretensión del impugnante ha sido el correcto, se debe aceptar que *prima facie* los extremos fácticos descritos en la denuncia inicial, podrían hipotéticamente constituir un delito de acción pública. Ello así, por cuanto de no seguirse dicho temperamento, esto es, que lo denunciado originariamente nunca y bajo ningún punto de vista pueda llegar a constituir una infracción penal, carecería de sentido la ponderación de estos dos nuevos elementos invocados por el recurrente. En efecto, mal podríamos adentrarnos sobre la pertinencia de los dos supuestos nuevos hechos, que comprobarían un hecho sin relevancia penal.

En este punto, conviene advertir cuál es el objeto de la cuestión. Debe aclararse que cuanto está en última instancia en discusión, es el juicio debido en esta etapa inicial -en rigor, embrionaria- de las actuaciones. El análisis sobre los extremos aludidos en la denuncia que diera origen a estos obrados, no debe confundirse con el propio de otras etapas procesales ulteriores. No





Cámara Federal de Casación Penal

corresponde equiparar el juicio requerido para dar trámite a una denuncia penal formulada por un agente fiscal, con uno de mérito.

Por ello es de destacar, que cuanto es materia de revisión aquí, no son los extremos fácticos y jurídicos expuestos en la denuncia original, sino la suerte que la misma corrió, esto es, su desestimación y correspondiente archivo. Es por ello que de conformidad con la amplitud debida del recurso de casación, estimo que el tribunal revisor no trató de modo suficiente y acabado los argumentos planteados. No corresponde en esta instancia expedirse respecto de la entidad de la denuncia, sino sobre el temperamento desestimatorio dispuesto, que en las particularidades de la especie, luce prematuro.

Ello así, por cuanto el a quo no imprimió un completo tratamiento a los motivos esgrimidos por el pretense querellante. La resolución puesta aquí en crisis deviene en arbitraria, y le es aplicable la doctrina según la cual corresponde descalificar como acto jurisdiccional válido, a aquellas sentencias que omiten pronunciarse sobre cuestiones conducentes oportunamente propuestas, o lo hacen mediante breves afirmaciones sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su jurisdicción (Fallos: 331:2077), como asimismo, aquéllas que omiten el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial



el derecho del impugnante y lo silenciado pudiere resultar conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 326: 4541). Este déficit, impide tener a la sentencia como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 324:1289 y sus citas).

Frente a ello, considero corresponde hacer lugar a la pretensión esgrimida por la pretensa querrela D.A.I.A. en su libelo recursivo, toda vez que el temperamento adoptado en el fallo impugnado luce prematuro.

Por los motivos expuestos, surge planteada la arbitrariedad del fallo dictado por los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones, por considerar que no se ha dado tratamiento a cuestiones fundamentales planteadas por la pretensa querellante en su recurso de apelación, lo que en consecuencia repugna la norma prescripta en el art. 123 del código ritual.

11º) Al carácter prematuro de la desestimación de la denuncia que he afirmado previamente, cabe adicionar que del estudio del recurso de casación interpuesto por la querrela, y su contraste con lo resuelto, se observan una serie de omisiones de tratamiento que lucen pertinentes para resolver la cuestión que se ha planteado.

En primer término la parte querellante planteó que no fue analizado en el decisorio que se recurre el impacto que la eventual entrada en vigor y funcionamiento del Acuerdo de Entendimiento entre la República Argentina y la República Islámica de Irán hubiera tenido, respecto de la baja de las denominadas "alertas rojas", en caso de que





Cámara Federal de Casación Penal

las personas inculpadas por el atentado a la AMIA fueran “puestas a derecho”.

En segundo lugar, sostuvo que los jueces de la instancia de apelación omitieron analizar sus alegaciones referidas a la denunciada existencia de una “diplomacia paralela” y a las personas que identificó como intervinientes del grupo que la llevaba a cabo (cfr. fs. 3563 vta.). Consideró que el fallo contra el que dirige sus impugnaciones en una sola persona, omitió referirse a otras personas que también habían sido denunciadas en el libelo presentado por el Fiscal Nisman.

En concreto, sobre este punto, refirió que “...se considera que estos ‘personajes inclasificables’ pudieron haber hecho actos tendientes a levantar las notificaciones rojas y/o a lograr la impunidad de los imputados iraníes en la causa que investiga el atentado a las sede de la AMIA-DAIA, cuanto menos, debería reabrirse la investigación con relación a tales ‘personajes’”.

A partir de ello, surge que en efecto el decisorio no ha abordado de forma plena e integral los agravios introducidos por el apelante (cfr. memorial de fs. 3490/3453). En efecto, se ha limitado el análisis de la pretensión acusadora únicamente en relación con algunos de los denunciados, sin siquiera analizar la gravitación que la supuesta “nueva prueba” incorporada por esta parte pudiera tener respecto de las demás personas inculpadas,



particularmente de quienes no integraban el Poder Ejecutivo al momento de la negociación y suscripción del Memorandum de Entendimiento con la República Islámica de Irán.

Así pues, se observa de la literalidad de la decisión en crisis que el tribunal no sustanció todos los puntos de agravio, ni valoró los argumentos expuestos por el juez de grado, que llevaron a disponer la desestimación de la denuncia incoada contra algunos de los imputados.

Al respecto, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido - mediante remisión al Dictamen del Procurador- en el sentido de que *"...la sentencia del a quo omitió el tratamiento de cuestiones conducentes planteadas por el quejoso, apartándose de la normativa invocada, proceder incompatible con las garantías que protege la defensa en juicio y el debido proceso. Es dable resaltar, que la sentencia que no contiene una apreciación razonada de las constancias del juicio, en armonía con la normativa legal aplicable, posee un fundamento sólo aparente, con sustento en afirmaciones dogmáticas que la descalifica como acto jurisdiccional válido afectando las citadas garantías constitucionales (Fallos: 312:1656; 314:1887, entre otros)"* (Fallos: 326:601).

En reiteradas oportunidades el Alto Tribunal declaró que la prescindencia de elementos de juicio conducentes para la solución del caso, priva al fallo de la debida sustentación, porque éste no resulta la aplicación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, apreciados objetivamente por los jueces de la misma y





Cámara Federal de Casación Penal

considerados fundamentales para la decisión del pleito (Fallos 246:190 y 382; 249:517), interpretando que la sentencia que prescinde manifiestamente de las pruebas incorporadas a los autos y conducentes para la solución del juicio, carece de fundamentos bastantes para sustentarla (Fallos 251:464).

Si bien no desconozco que los jueces del caso no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, ni a tratar todas las cuestiones expuestas y examinar los argumentos que, en su parecer, no sean decisivos (Fallos: 307:1121, etc.), lo cierto es que las observaciones propuestas a la alzada por la presentante exigían una consideración de la que no fueron provistas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitrariedad las sentencias que omiten el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado pudiere resultar conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 326: 4541).

La omisión de tratar aspectos conducentes para la solución de la causa, priva a la sentencia de sustento como acto judicial válido (Fallos: 314:737).

Resultan descalificables las decisiones que no proveen un análisis razonado de cuestiones conducentes para



la correcta dilucidación del pleito (Fallos: 308:980, 1762, 2077; 310:1707; 324:3674, entre otros). Con similar comprensión, el Tribunal ha reiterado que no constituye un pronunciamiento válido aquél que trasunte una mecánica aplicación de normas generales y desatienda la específica relación debatida en la litis, careciendo de una adecuada ponderación de aspectos relevantes del caso (Fallos: 310:302; 320:2446, entre otros). Asimismo, han sido tachadas de arbitrarias aquellas decisiones viciadas de dogmatismo, que prescinden de dar un tratamiento adecuado a la controversia planteada, o de analizar elementos conducentes obrantes en las actuaciones, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, con grave menoscabo a la defensa en juicio del recurrente (Fallos: 312:683; 317:640; 318:2299, entre otros).

En suma, por las consideraciones antes expuestas, considero que asiste razón a la querellante en lo que al presente punto respecta y en consecuencia, el decisorio en pugna no es susceptible de ser reputado como acto jurisdiccional válido a la luz de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia.

-VI-

Legalidad de la prueba aportada. Origen desconocido de la escucha.

12º) A partir de lo expuesto precedentemente, y toda vez que del estudio pormenorizado de esta causa surge un grave interrogante en torno a uno de los dos elementos de prueba invocados por la querrela como novedosos, considero que corresponde efectuar algunas consideraciones





Cámara Federal de Casación Penal

vinculadas con la posibilidad de valorar la prueba respecto de la cual, no se ha podido descartar un posible origen ilegal.

Al presentarse para solicitar ser tenido por parte querellante y la reapertura de la investigación (fs. 3403/3410), el Presidente de la DAIA Ariel Adolfo Cohen Sabban sostuvo que han variado los presupuestos analizados por las instancias jurisdiccionales para desestimar la denuncia y petición de investigación propiciada por el Fiscal Dr. Pollicita, toda vez que *"han aparecido nuevos elementos no valorados anteriormente"*.

En primer lugar, indicó que "...de la causa N°14.305/2015 en trámite ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N°11 surge un nuevo elemento fundamental que es el audio de una conversación telefónica entre Guillermo Israel Marcos Borger (quien fuera presidente de la Asociación Mutual Israelita Argentina - AMIA-) y Héctor Marcos Timerman (ex Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación), donde éste último admitiría que la República Islámica de Irán puso la bomba que atentó contra la AMIA-DAIA y sin perjuicio de ello se continuó con el tratamiento del denominado 'Memorandum de Entendimiento' entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA, que habría tenido como objetivo la impunidad de los



acusados iraníes" (el resaltado corresponde al original, cfr. fs. 3405 vta./3406).

Agregó allí que "[l]a validez de dicho audio fue confirmada por la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en fecha 24/05/2016".

En base a lo expuesto, el pretense querellante solicitó al juez de grado que requiriera la remisión *ad effectum videndi et probandi* de la causa radicada ante el Juzgado Federal n°11, "a fin de avanzar en el esclarecimiento de la causa que la entidad que represent[a] y la sociedad en su conjunto reclaman".

En segundo lugar, señaló el aquí recurrente que **"al momento de la desestimación de la denuncia oportunamente dispuesta por V.S., aún no había adquirido firmeza la inconstitucionalidad del 'Memorandum de Entendimiento', circunstancia que también inevitablemente debe valorarse como un nuevo elemento a los fines de la reactivación de la causa"** (el destacado corresponde al original, cfr. fs. 3407).

Argumentó luego que "el derecho de la víctima en la averiguación de la verdad. Amerita de por sí (y sin perjuicio de los anteriores fundamentos brindados, la reactivación de la pesquisa anterior de los nuevos elementos probatorios descubiertos".

Habré de centrar mi atención en la primera de las nuevas pruebas señaladas por el pretense querellante en su presentación: el audio de la comunicación telefónica mantenida entre Guillermo Borger y el entonces Canciller Héctor Timerman y particularmente, a la forma en que ésta





Cámara Federal de Casación Penal

fue introducida en este expediente para consideración de los magistrados.

Conforme surge del decisorio impugnado por el pretense querellante, ambos magistrados resolvieron no detenerse a analizar la legalidad de la obtención de la prueba en cuestión, si bien señalaron su origen como desconocido, pues estimaron prioritario estudiar su pertinencia para la pretensión de las partes recurrentes (en apelación, el pretense querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal).

Sin embargo, uno de los pilares del estado de derecho radica en que el Estado no puede beneficiarse ni usufructuar por el resultado de un ilícito, lo que configura el fundamento ético que establece la exclusión probatoria de la prueba ilegalmente obtenida, de manera que no cabe sino dar a esta cuestión tratamiento prioritario cuando el Estado se encuentra frente a la posibilidad de que esa prueba sea utilizada en una investigación (o, como en el caso, para motivar la activación o reactivación de ella).

En este caso, nos encontramos frente a la grabación de una comunicación telefónica cuyos intervinientes negaron haber grabado y cuyo origen se desconoce, que fue introducida en al menos dos expedientes penales y publicada en los medios de comunicaciones, todo



ello sin que se conozca o se investigue su verdadera procedencia y legalidad.

Frente a ello, debe referirse que el constituyente de 1853 protegió la correspondencia epistolar porque era la única forma que existía de afectar la intimidad de las personas, pero que el derecho de reserva requiere de una interpretación dinámica y progresista que se readeque a los cambios sociales, culturales y científicas de la sociedad, lo que en la actualidad incluye además de las comunicaciones telefónicas los medios electrónicos.

Afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Quaranta" (Fallos: 333:1674) al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional que *"...en él se consagra 'el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante -correlativo al principio general del art. 19- en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público' (ver "Fiorentino" Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten*





Cámara Federal de Casación Penal

hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente”.

Se agregó allí que “...tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional”, lo que en el caso en principio no habría ocurrido.

He tenido oportunidad de sostener en un anterior pronunciamiento que no deben convalidarse las intromisiones arbitrarias o ilegales en la esfera privada de las personas, bajo falsos pretextos de eficacia, contrariando garantías fundamentales que gozan de especial protección constitucional (cfr. mi voto in re CCC 45605/2011/T01/CFC2 “AGUILAR LUNA, Iván Guillermo s/recurso de casación”, reg. 2307/16.1, rta. el 30/11/16).

Sobre esa base, afirmé que no constituye un acto jurisdiccional válido aquel que resulta ser derivación de una información contraria a los principios y garantías de intimidad. Ello pues resulta inválida la sindicación obtenida a partir de una declaración viciada, toda vez que el resguardo constitucional y convencional de los principios y garantías antes mencionados, conduce a la



exclusión de las informaciones y elementos de convicción obtenidos por tales medios.

En ese sentido y con un fundamento ético, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado contenido a la regla de exclusión en el entendimiento de que la declaración, confesión o elementos de convicción derivados de actos contrarios a la tutela constitucional contenida en el art. 18, conducen a su exclusión y que no puede una sentencia judicial sustentarse sobre la base de estos por el solo resultado del hecho, puesto que *"... otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito"* (Fallos 303:1938).

Los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, que el delito no rinda beneficios y en el proceso penal tiene especial relevancia y debe ser tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos, la verdad y la justicia. De esta manera, el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir por ilícita de una prueba, cuando ella en sí misma haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales.

No es posible aprovechar las pruebas obtenidas por vías ilegítimas, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, ya que de lo contrario se compromete





Cámara Federal de Casación Penal

la buena administración de justicia (Fallos 303:1938, 306:1752, 310:1847 y 2384, 317:1985, 333:1674). Pero también ha reconocido que no existe lesión alguna al debido proceso si existen otras evidencias distintas de las que se tengan por ilegales, que permitan lograr la búsqueda de la verdad, especial para un adecuado servicio de justicia (conf. fallos 311:2045; 318:1476; disidencias de los Dres. Belluscio; Petracchi y Boggiano, 321:2947, disidencia del Dr. Fayt, 325:3118).

En el orden regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Tristán Donoso" reafirmó la protección de las comunicaciones telefónicas como aspecto de la vida privada de las personas protegido por el art. 11 de la DACH y cuya restricción se encuentra sometida a estricto control de proporcionalidad, idoneidad y necesidad (Corte IDH, Caso "Tristán Donoso vs. Panamá", sentencia de fecha 27 de enero de 2009).

Resulta de interés recordar que en el caso de cita la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional del Estado de Panamá por la violación a la vida privada del abogado Tristán Donoso, por la divulgación de una comunicación telefónica que éste había mantenido con su cliente, divulgación que había realizado el Procurador General de la Nación de ese país, a pesar de no encontrar responsabilidad por la interceptación y grabación de dicha



conversación -cuyo origen la Corte estimó que podría ser privado o particular-.

Se afirmó allí que “...[e]l artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada” (párr. 55).

La Comisión en ese caso alegó que “[n]o obra en el expediente del presente caso resolución alguna del Procurador General de la Nación autorizando la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas del señor Tristán Donoso”. “[L]a interceptación y grabación de la conversación telefónica del 8 de julio de 1996 fue realizada en contravención de lo previsto en el derecho interno panameño para tales supuestos”. Asimismo, “ni el señor Tristán Donoso ni el señor Adel [Z]ayed habían prestado su consentimiento para que se interceptara [y] grabara [...] dicha comunicación telefónica”. Finalmente, afirmó que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que





Cámara Federal de Casación Penal

disuada la ocurrencia de interferencias 'arbitrarias o abusivas' al derecho a la intimidad o a la vida privada" (párr. 58º, caso citado).

La Corte, por su parte recordó que si bien no se había demostrado que el ex Procurador hubiera ordenado realizar la interceptación y grabación de la conversación telefónica, *"...esta circunstancia por sí sola no exime de responsabilidad internacional al Estado si de las pruebas aportadas por las partes surgiera la responsabilidad de otro agente estatal en la interceptación y grabación de la conversación telefónica..."*.

Afirmó que *"...la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros"* (párr. 75) y que *"...la divulgación de la conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica y algunos directivos del Colegio Nacional de Abogados, y las manifestaciones utilizadas por el ex Procurador en dichas ocasiones, violaron los derechos a la vida privada y a la honra y reputación del señor Tristán Donoso, reconocidos en los artículos 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respeto consagrada en el artículo 1.1 del mismo tratado"* (párr. 83).

Asimismo, la Comisión señaló en el marco de este caso que *"...la investigación desarrollada por la*



Procuraduría de la Administración no llevó a cabo todas las diligencias necesarias para investigar la procedencia de la interceptación y grabación de la conversación en cuestión, y posteriormente sancionar a los responsables de la violación al derecho a la intimidad del señor Tristán Donoso”

Ese mismo año, la CorteIDH emitió sentencia en el caso “*Escher y otros vs. Brasil*”, oportunidad en la que reafirmó y amplió los estándares establecidos en “*Tristán Donoso*”, al establecer -en la misma línea que el TEDH en “*Halford v. the United Kingdom*”, del 27 de mayo 1997- que “[e]l artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla” (párr. 114).

Afirmó a continuación la Corte IDH que “...el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones” y concluyó que “[e]n





Cámara Federal de Casación Penal

definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación” (el destacado me pertenece, CorteIDH “Escher y otros vs. Brasil”, sentencia del 6 de julio de 2009).

Todo lo expuesto conduce a concluir que la justicia no puede avanzar en la evaluación del contenido de un elemento probatorio -aportado por una de las partes como acreditación de un extremo incluido en la denuncia-, cuando existen serias dudas sobre la legalidad de su procedencia y por lo tanto, puede encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado Argentino frente a la comunidad internacional por la trasgresión a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, materia regida tanto por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional como por instrumentos internacionales de igual jerarquía (art. 11 CADH), tanto por su interceptación, grabación, divulgación o difusión y pretensión de su utilización como prueba de cargo, en el marco de la acusación penal dirigida contra uno de los interlocutores.

En este estado de las cosas, un estudio riguroso de la cuestión sometida a revisión de esta Cámara, debería conducir a los magistrados a estudiar primero la licitud del “nuevo elemento” aportado, y superado dicho estándar,



recién allí analizar su gravitación en la acreditación de la hipótesis denunciada.

En otras palabras, no se puede sostener la decisión de reapertura de la investigación en el contenido de una comunicación telefónica, cuyo origen pudo haber sido subrepticio y cuya utilización podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En tanto ello no se investigue y descarte, toda decisión que importe la continuidad de la pesquisa debe fundarse en la justipreciación integral, correlacionada y armónica de los demás elementos invocados por el recurrente, excluyendo prueba de origen ilícito.

-VII-

Consideraciones en torno a la hipótesis delictiva denunciada:

13º) Por lo demás y más allá de que no cabe expedirse sobre las calificaciones legales eventualmente aplicables al caso conforme lo analizado, considero oportuno recalcar que no obstante, el hecho político de la suscripción de un tratado bilateral entre dos países soberanos, con el tratamiento de los órganos constitucionales de la república (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) no puede reputarse *prima facie* como instrumento idóneo para encubrir un ilícito, máxime cuando dentro del sistema de control interpoderees es atribución del Poder Judicial el examen de la validez jurídica de la ley que ratificó un instrumento internacional bilateral, dictado en el marco de un acto federal complejo, requerido constitucionalmente a tal efecto.





Cámara Federal de Casación Penal

Es el Poder Judicial en el ejercicio de las competencias que constitucionalmente le son asignadas, a través del sistema de control de constitucionalidad difuso prescripto, el que se encuentra facultado a examinar la adecuación constitucional de una ley -en el caso la ley 26.843 de aprobación del "Memorándum de Entendimiento"-, lo que en efecto es diametralmente distinto a sostener que en sí mismo se trata de un acto ilícito, o bien hábil para ello, o en un instrumento para delinquir.

En este sentido, encontrándose en pugna un tratado cuya ley de aprobación 26.843 fue declarada inconstitucional por sentencia firme de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (causa CFP 3184/2013/CA1, "AMIA s/ Amparo - Ley 16.986", rta. el 15 de mayo de 2014), que tuvo como partes contratantes a la República Argentina y la República de Irán, en tanto la hipótesis acusatoria esgrimida por el recurrente lleva de suyo la descalificación de la ley dictada en el marco del acto federal complejo constitucionalmente exigido para la entrada en vigor de los acuerdos celebrados con naciones extranjeras, en el entendimiento de que ese instrumento se erige como la vía hábil para la comisión de un hecho ilícito, se impone un análisis de la estructura normativa del Estado Constitucional de Derecho, desde la teoría del derecho, atento la implicancia jurídica, política,



científica y sociológica que engendra la cuestión aquí planteada.

A tal efecto, se debe analizar la legitimidad del poder constituido -Poder Ejecutivo y Congreso de la Nación- para la sanción de la ley 26.843 que ratifica el tratado mediante un acto federal complejo; el rol crítico de las partes en este proceso en el derecho interno sobre el texto normativo; la obligación política jurídica de obedecer las leyes por los ciudadanos, dado su validez hasta tanto no sean anuladas por el poder judicial, conforme el artículo 116 de la Constitución Nacional.

14°) La Constitución Nacional diseña las funciones y atribuciones de los poderes del Estado, establece las diferencias entre poder constituyente y constituido y las diferentes jerarquías conforme el origen de la norma jurídica. Al decir de Kelsen al analizar la estructura jerárquica de la norma que *"... la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado por la Constitución. ... Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa*





Cámara Federal de Casación Penal

que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia" (Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho", Editorial Eudeba, 4º edición Buenos Aires, 2010, pp. 124/125).

Después de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 el orden de prelación normativo en la República Argentina quedó establecido en primer lugar por la Constitución Nacional y los tratados incorporados en el artículo 75 inc. 22 sobre derechos humanos, en las condiciones de su vigencia; en segundo lugar por los tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, como así también los tratados con otras naciones y con las organizaciones internacionales y concordatos con la santa Sede, instrumentos que también tienen jerarquía superior a las leyes; y en tercer lugar las leyes de la Nación.

En este sentido, la vigencia del derecho internacional en el orden interno del país requiere la instrumentación de un acto federal complejo, en el que han de intervenir tanto el Poder Ejecutivo en el ejercicio de la competencia constitucional para celebrar tratados con potencias extranjeras -art. 99, inc. 11, de la C.N.- y, por otra parte, el Poder Legislativo el que tiene a su cargo la



realización del trámite parlamentario relativo a la aprobación o rechazo de tratados concluidos con las demás naciones -art. 75, incs. 22 y 24, de la C.N.-, todo ello en el marco de un régimen republicano de control y contrapesos, en el ejercicio de las atribuciones que corresponde a los poderes del Estado.

Luego que el Poder Ejecutivo Nacional suscribe un tratado, el Poder Legislativo Nacional, aprueba o desecha dichos tratados -art. 75 incs. 22 y 24 C.N.-, oportunidad en que realiza el control político de su conveniencia. De ser aprobado, corresponde concluir el trámite por parte del Poder Ejecutivo Nacional, con su ratificación en el ámbito internacional y el depósito de instrumentos. Similar procedimiento debe realizarse en el/los estado/s que forman parte del tratado.

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *"El tratado internacional es una norma orgánicamente federal, que importa un acto federal complejo, pues el Poder Ejecutivo Nacional lo concluye y firma (arts. 99, inc. 11, de la Constitución Nacional) el Congreso Nacional lo desecha o aprueba mediante una ley federal (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica el tratado aprobado por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional"* (Fallos: 318:2639).

En el precedente *"Ekmekdjian"* el Alto Tribunal ha señalado que *"la derogación de un tratado internacional por una ley del congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre*





Cámara Federal de Casación Penal

atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 de la Constitución Nacional)” (Fallos: 315:1492 y 317:1282).

En ese último precedente, la Corte sostuvo que “La participación del Congreso en el acto complejo federal que culmina con la aprobación y ratificación de un tratado (arts. 75, inc. 22 y 99, inc. 11 de la Ley Fundamental) comporta siempre la existencia de una directiva política que queda incorporada en todo acto de delegación y en el ejercicio de la facultad delegada”.

15°) Habiendo reseñado el marco jurídico constitucional básico en materia de tratados internacionales y en lo estrictamente relacionado al resultado normativo en estudio, esto es, un tratado bilateral entre dos países soberanos, en materia de derecho internacional de los tratados, el Estado Argentino ha suscripto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Allí se define claramente qué es lo que se entiende por tratado en el sentido de que el mismo debe ser un acuerdo escrito entre dos o más estados que manifiestan su intención de obligarse mutuamente y con un fin determinado, según el mismo art. 2.1.a) no toma en cuenta la denominación particular que dicho acuerdo tenga, es decir, pacto, tratado, carta, compromiso, etc.



Asimismo para que el acuerdo sea considerado tratado en los términos de la referida Convención debe estar regido por el derecho internacional, en oposición a supuestos donde los Estados se relacionan en ámbitos del derecho privado como podrían ser contrataciones de un Estado con otro, la compra de un inmueble, etc.

Por otra parte, en lo que respecta a la entrada en vigor del tratado bilateral, la CVDT en su artículo 24 prevé que ella será la que determine en el propio instrumento, que por lo general suele coincidir con el cumplimiento de las formalidades prescriptas por el poder constituido y la prestación del consentimiento.

Aquí cabe señalar que en el *sub examine* y tal como establece el texto, el mismo hubiera entrado en vigor "después del intercambio de la última nota verbal informando que los requisitos internos para su aprobación o ratificación han sido cumplimentados", momento a partir del cual recién hubiera producido efectos jurídicos. Para ser aplicado, primero tendría que haber sido aprobado por ambas partes, correspondiendo interpretarse conforme las normas de los acuerdos internacionales, como fuente del derecho internacional, las que crean derechos y obligaciones.

Respecto al fundamento y razón de la obligatoriedad de las partes, debemos remitirnos al principio consagrado de "*pacta sunt servanda*" consagrada primero por la costumbre internacional y luego por el art. 26 de la CVDT como regla general en lo relativo a los efectos generales de los tratados -su obligatoriedad entre las partes-,





Cámara Federal de Casación Penal

conectándola con el principio de buena fe, tanto en la interpretación como en la ejecución de los mismos y agregando en el art. 27 CVDT una regla específica por la cual *"una parte no podrá invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"si bien el tratado internacional adquiere validez jurídica en virtud de la ley que lo aprueba, no por ello deja de tener el carácter de un estatuto legal autónomo cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de aquella ley. Y así lo concerniente al comienzo de su vigencia no está condicionado por la ley sino en cuanto no ha podido tenerla antes de la aprobación legislativa a partir de la cual, en el caso de un tratado que contiene compromisos recíprocos, la Nación queda obligada a cumplirlo, siempre que haya sido también ratificado por el otro Estado contratante"* (Fallos: 202:353).

En esta línea, luego que un tratado haya sido ratificado por ambos países, *"los tratados internacionales deben ser interpretados de acuerdo a los arts. 31 y 32 de la mencionada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que consagran el principio de la buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a*



los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin.” (Fallos: 324:3737).

Asimismo, es doctrina del Máximo Tribunal que en materia hermenéutica respecto de tratados internacionales, “debe ser interpretado de buena fe (arts. 31, inc. 1, y 26 de la Convención de Viena citada), razón por la cual sus disposiciones ‘no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto’. Tampoco se han de poner ‘en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras’, sino que, por el contrario, cabe procurar que todas ellas se entiendan entre sí de modo ‘armónico’, teniendo en cuenta tanto ‘los fines de las demás’, como el propósito de ‘las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico’, de modo de adoptar como verdadero el sentido que las ‘concilie y deje a todas con valor’, y de esta forma, ‘dar pleno efecto a la intención del legislador’ (Fallos: 1:297; 252:139 y sus citas; 271:7; 296:372 y sus citas; 302:973 y sus citas; 315:38, considerando 9º y su cita, entre muchos otros).” (Fallos: 322:3193).

16º) Frente a lo expuesto y en relación al sub examine (“Memorándum de Entendimiento sobre temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA perpetrado en Buenos Aires el 18 de julio de 1994”, en lo sucesivo “Memorándum de Entendimiento”), cabe señalar que se trata de un instrumento bilateral sobre cooperación judicial, el que se ha inscripto en las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo Nacional para concluir y firmar tratados, y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las naciones





Cámara Federal de Casación Penal

extranjerías, el que no fue suscripto por el otro Estado contratante y que fue declarado por sentencia firme inconstitucional por el Poder Judicial argentino.

Cabe agregar que el tratado en cuestión ha cumplido con las formas previstas, siendo concluido de forma solemne, habiendo sido ratificado por el Poder Legislativo, y quedando en espera de similares formas de su contraparte Irán, lo que finalmente no ocurrió y en consecuencia dicho "Memorándum de Entendimiento" no entró en vigor.

Reitero que la ley 26.843 de aprobación del "Memorándum de Entendimiento", posteriormente declarada inconstitucional mediante sentencia firme de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (causa CFP 3184/2013/CA1, "AMIA s/ Amparo - Ley 16.986", rta. el 15 de mayo de 2014), tuvo una breve validez temporal y que al no ser ratificado el referido tratado por la República Islámica de Irán, el mismo no entró en vigencia.

17º) Ahora bien, lo cierto es que a una norma que *prima facie* existe jurídicamente en tanto ha sido dictada conforme las normas formales y materiales que regulan su producción y contenido, su validez se mantiene incólume en tanto solo es susceptible de ser descalificada mediante un acto de aplicación del derecho, esto es, su examen jurisdiccional en el marco de un régimen republicano de división de poderes.



En este sentido, el jurista italiano Riccardo Guastini refiere que *"para que una norma sea válida, es necesario que sea conforme a todas las normas que disciplinan su creación, y que no contraste con ninguna norma jerárquicamente supraordenada. Para que una norma «exista» en el ordenamiento o pertenezca a aquel no es, por el contrario, necesario tanto: basta, dicho de algún modo, que aquella vea la luz, esto es, que sea creada, establecida por una autoridad normativa a primera vista competente para crear aquel tipo de norma. Grosso modo, la existencia coincide con la validez formal y, frecuentemente, la mera apariencia de validez formal es suficiente."* (Guastini, Riccardo, "La sintaxis del derecho", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016. P. 224).

En este sentido, debe recalcarse que el control de constitucionalidad y/o convencionalidad de un instrumento jurídico no la convierte en materia ilícita sino que la tacha de inconstitucionalidad descalifica al acto legislativo como válido, en términos de adecuación jurídica a la norma supraordenada a ella, es decir, se opone a la Constitución Nacional y debe ceder ante su superioridad normativa conforme lo establece el artículo 75, inc. 22.-

Llegado este punto, debe ponerse de relieve que en torno a la legitimidad de las "leyes" dictadas por los órganos constitucionalmente competentes, en un estado democrático de derecho se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expresar en la Opinión Consultiva 6/86 sobre la expresión "leyes" del art.





Cámara Federal de Casación Penal

30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva del 9 de mayo de 1986).

Allí expresa "... que la expresión *leyes*, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de *ley formal*, es decir, *norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.*" (Considerando n° 27).

En esta línea, se indicó que "... la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los



derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.” (Considerando nº 22).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309).

En ese lineamiento, cabe recordar que ha sostenido el Cíbero Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes públicos -Legislativo y





Cámara Federal de Casación Penal

Ejecutivo-, que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas-, son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cuestión inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

A este respecto y en lo estrictamente relativo a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto normativo, el Máximo Tribunal ha sostenido que *"el modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura..."* y en consecuencia, *"... ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma erga omnes ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución 1853/1860. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, a fortiori menos aún puede ejercerla cautelarmente (T. 117. XLVI., "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", rta. el 15 de junio de 2010).*

18°) Ahora bien, de los lineamientos desarrollados en los puntos precedentes, corresponde referir que tanto la declaración de inconstitucionalidad de la ley de aprobación del *"Memorándum de Entendimiento"*, como la firmeza de dicha decisión -circunstancia esta última traída por la recurrente en sostén de su reclamo de reapertura-, se circunscribe al análisis de la validez jurídica de dicho instrumento, mas ello no es indicio ni



determina que el mismo resultara una vía hábil para la comisión de un delito o para el encubrimiento de ilícitos.

En razón de ello, debe resaltarse que más allá de la declaración de invalidez constitucional de una norma emanada del Congreso de la Nación en el ejercicio de sus facultades constitucionalmente asignados, ello no implica que la norma declarada inconstitucional constituya un instrumento hábil para la comisión de un delito, en tanto ello se remite directamente a una cuestión de hecho y conjetural, vinculada con el ejercicio de los derechos y obligaciones emergentes de dicho plexo.

Es que no debe confundirse la noción de validez jurídica en términos descriptivos de una ley, con la denuncia por la comisión de un delito que podría subyacer al dictado de dicho instrumento, ya que se trata de hechos independientes uno de otro, y responden a distintos niveles de análisis.

La noción de validez jurídica, se vincula con el sentido de pertenencia al ordenamiento jurídico y su validez constitucional en el marco del control de constitucionalidad difuso, que es ejercido a la postre por el Poder Judicial en el marco de las competencias que constitucionalmente le son asignadas, circunscribiéndose esta última actividad al control de adecuación de dicha norma respecto al contenido material y formal supraordenado -Constitución Nacional-.

La denuncia por la comisión de un delito, responde a criterios de adecuación normativa a la ley





Cámara Federal de Casación Penal

penal, conforme reglas procesales inherentes a ese ordenamiento.

Es que no debe perderse de vista que las formulaciones normativas constituyen enunciados generales que expresan un supuesto de hecho, es decir, una abstracción dirigida a regular la vida social en el marco de un estado democrático de derecho, mas no son constitutivas de la realidad social misma.

A partir de ello, en modo alguno las instituciones, derechos y obligaciones contenidas en el *Memorándum* podrían *per se* ser el medio idóneo en términos factuales para la comisión de un delito, sino que lo que el juez instructor conforme las líneas de investigación propuestas debe constatar, es si detrás del instrumento existen actos tendientes a violar el debido proceso u obtener impunidad a algunas personas denunciadas, por haber intervenido en el atentado a la "AMIA".

Recuérdese al respecto que en materia de teoría jurídica, Hans Kelsen ha distinguido dos tipos de juicios - ser y deber ser- en donde siguiendo a David Hume, el jurista austriaco sostiene la existencia de un abismo lógico entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean solo juicios de ser, valiendo también a la inversa.



Si no se efectuara la distinción entonces entre validez normativa de un instrumento -cuya entrada en vigor y validez (o existencia jurídica) depende *prima facie* de la intervención de al menos dos poderes del estado- y comisión de un delito, se arribaría al absurdo de admitir la calidad de medio hábil constitutivo de ilícito a toda norma que eventualmente su ejercicio haya facilitado el despliegue de una infracción legal.

Más aun, asignarle *per se* tal inteligencia basada en una conjetura factual, llevaría a considerar que toda norma declarada posteriormente inconstitucional fue un acto ilícito, por ejemplo, a las leyes de amnistía la calidad de medio hábil para lo comisión de un acto ilícito y en consecuencia, podría implicar asimismo la responsabilidad penal de todos los funcionarios intervinientes en su sanción y promulgación, pese haberse dictado en el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Tal interpretación nos llevaría al absurdo jurídico de sostener que las leyes 23.492 (Punto Final) sancionada el 29/12/1986 y 23.521 (Obediencia Debida) sancionada el 09/06/1987 por el Congreso de la Nación y promulgadas por el entonces Presidente de la Nación Raúl Alfonsín, al ser declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Simón" (Fallos: 328:2056), convierten al citado Presidente, como así también a todos los Senadores y Diputados de la República que votaron favorablemente, en encubridores del





Cámara Federal de Casación Penal

delito de lesa humanidad y hasta podría imputárseles erróneamente algún nivel de participación criminal a las graves violaciones a los derechos humanos durante el período de la dictadura militar, porque con dichas normas se había favorecido que los responsables no fueran enjuiciados, investigados, ni sancionados. Esto constituiría un verdadero dislate jurídico y no resistiría ningún análisis.

No es posible crear categorías jurídicas y reproches punitivos contra funcionarios cuando, con aciertos o desaciertos, sólo cumplieron con actos políticos reglados, conforme a sus atribuciones constitucionales y legales, existiendo mecanismos judiciales cuando se pretende su invalidez mediante la declaración de inconstitucional.

Por esta razón, considero que si bien se resolvió la inconstitucionalidad del mentado acuerdo internacional por violentar principios y garantías constitucionales -declaración de invalidez que no es el objeto de este proceso-, de ahí a concluir que dicha falta de adecuación constitucional o la firmeza de esa decisión configuran automáticamente el delito de encubrimiento, existe una enorme diferencia.

En este sentido, obsérvese que al pronunciarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en torno a la compatibilidad de las leyes de amnistía respecto



de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (Corte IDH, “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando n° 41).

En un voto concurrente del fallo citado precedentemente, Cançado Trindade refiere al respecto que “en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el





Cámara Federal de Casación Penal

ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."
(Considerando n° 6 del citado voto concurrente).

Obsérvese que si bien la Corte IDH ha establecido como estricto límite que las leyes de amnistía resultan incompatibles con la C.A.D.H. cuando aquellas impiden la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos, dicha inadmisibilidad se circunscribe a un examen de adecuación de tales normas respecto del texto convencional y su contenido propio, mas ello no las descalifica de ilicitud, sólo se meritúa su validez. Una tesis contraria que entiende análoga la inconstitucionalidad con la ilicitud, traería como consecuencia que todo acto de naturaleza política debiera ser revisado judicialmente, lo cual pondría en crisis el actual sistema democrático de división de poderes.

De este modo, considero que tal como sostuve al principio del presente acápite, evaluar *prima facie* a una ley como medio hábil para la comisión de un ilícito constituye una hipótesis inadmisibile. Es que en el marco del Estado democrático de derecho, las "leyes" son normas jurídicas de carácter general, emergentes de la intervención de dos Poderes del Estado -Ejecutivo y Legislativo-, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, en un proceso respetuoso del principio republicano de gobierno, los sistemas de pesos y contrapesos establecidos en el régimen de división de



poderes, lo que en consecuencia dota de legitimidad dichos productos normativos en tanto no sólo se inviste a tales actos del consentimiento de la representación popular, sino que también permite la participación de las minorías -expresar su disconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública- con el objeto de evitar que la mayoría actúe arbitrariamente (Corte IDH OC 6/86).

Atendiendo al análisis diverso que implica que una norma sea inconstitucional, con la investigación de la comisión de un hecho delictivo, y que en modo alguno el *Memorandum* puede configurar *per se* la comisión de un delito, ya que fue celebrado conforme las prescripciones legales, ello no implica que interpuesta una denuncia por un Fiscal de la Nación en base a una plataforma fáctica, que excede el contenido de dicho instrumento internacional, ello no sea investigado.

Considero que la investigación de la denuncia formulada por el Fiscal Nisman debe emprenderse a fin de cumplir con uno de los objetos de la instrucción "*Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad*" (art. 193, párrafo 1°) del CPPN).

Y aunque parezca una obviedad afirmarlo en la sociedad mediática en la que vivimos, debe recordarse que las "diligencias conducentes" para conocer los hechos del pasado, que podrían configurar eventualmente una conducta delictiva, jamás pueden ser los dimes y diretes publicados





Cámara Federal de Casación Penal

por la prensa o por los medios de comunicación masivos, cuya información y reproducción no tienen la rigurosidad, responsabilidad ni formalidad que impone todo proceso penal.

La información periodística puede ser atendida por un juez solamente como lo que es, datos informales reproducidos por un profesional ajeno al proceso. Salvo que éste sea convocado al proceso invistiéndolo de la calidad de testigo conforme las obligaciones del Art. 240 del código de forma ("declarar la verdad de cuánto supiere y le fuere preguntado"), y con la consecuente sanción que prevé el Art. 252 en caso de falso testimonio.

Entonces, ni por las opiniones de la prensa o por pruebas no incorporadas al expediente puede establecerse la existencia de un hecho criminal o su conclusión inversa: para arribar a la verdad debe producirse prueba legal y válidamente incorporada al expediente.

Luce prematuro entonces el decisorio que resuelve la desestimación de la denuncia, sin antes producir prueba de las partes en la cuestión, poniendo racionalidad en este proceso y determinar mediante medios hábiles si corresponde continuar con esta investigación o concluir archivando en modo definitivo la hipótesis denunciada.

La tesis expuesta por el Fiscal Nisman y reproducida por la pretensa querellante, de que la firma del tratado tuvo un objetivo ilegal para lograr la impunidad



de los imputados iraníes, siendo uno de sus pasos el levantamiento de las alertas rojas, no luce razonable, ya que tal como dije jamás el dictado de una ley puede conllevar *per se* la comisión de un delito; en el *sub examine* el de encubrimiento (art. 277 C.P.). En esto existe, estimo, plena coincidencia.

Sin embargo, y sin abrir un juicio sobre el fondo de la cuestión, los términos descriptos en la denuncia originaria y su consecuente requerimiento instructorio con la serie de medidas propuestas, al exceder el cuestionamiento constitucional del contenido del mentado instrumento -cuya invalidez luego se resolvió-, determinan la conveniencia de imprimir el trámite respectivo, ajustado a derecho.

Por lo tanto, no han sido suficientes las razones expuestas para sustentar la desestimación de la denuncia de los presuntos hechos ilícitos, por cuanto la misma se motivó, en un supuesto accionar que desvirtuaría el propio contenido del fallido "Memorándum"; de modo que tampoco cabe desechar de plano la hipótesis acusatoria, por los dichos del representante de Interpol en referencia a los representantes del gobierno argentino, pues lo denunciado, justamente, era la argüida finalidad espuria detrás de la letra del convenio, la que debió ser investigada y no descartarse solamente por las pruebas indirectas aportadas por alguno de los denunciados.

A dicha conclusión cabe arribar atento que el supuesto "plan" ilícito, no permite descartar de lleno la posible comisión de los delitos que fueran provisoriamente





Cámara Federal de Casación Penal

escogidos, pues sabido es que, mediante la denuncia se anotan hechos, no calificaciones legales. Es por esto que el temperamento desestimatorio adoptado, en su caso debió disponerse luego de la ponderación de elementos y pruebas recabados durante una investigación en curso, a través de un juicio de mérito.

La solución prevista en el art. 180 *in fine* del C.P.P.N., se condice cuando lo denunciado no constituye delito, al evidenciarse en la descripción de los hechos una manifiesta y palmaria atipicidad que, su prosecución conllevaría un dispendio de actividad jurisdiccional.

Dicho temperamento no es aplicable a este caso, pues la incipiente etapa procesal no autoriza a realizar aún dicha conclusión, sin antes realizar medidas de prueba destinadas a constatar la existencia o no de conductas delictivas.

-VIII-

19°) Por lo expuesto, corresponde **I)** Tener por desistido el recurso de casación interpuesto por el Fiscal General a fs. 3540/3554, sin costas (art. 532 del CPPN); **II)** Hacer lugar al recurso de casación impetrado por la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA); **III)** Tener como parte querellante a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA); **IV)** Casar y revocar la resolución recurrida y su necesario antecedente; **V)** A fin de despejar temores en las partes respecto a la



intervención de los magistrados que ya se han pronunciado en estas actuaciones en sentido contrario al solicitado por las partes, corresponde disponer la intervención de nuevos magistrados a fin de investigar la denuncia formulada en esta causa y remitir al a quo para que tome nota de lo resuelto y, mediante sorteo, se designen nuevos magistrados y se imprima el trámite de ley a la denuncia impulsora de estos actuados, con la celeridad que el caso determina. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

En mérito del acuerdo que antecede y por sus respectivos fundamentos, el Tribunal,

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación de la pretensa querellante Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (D.A.I.A.); **CASAR y REVOCAR** la resolución de fs. 3501/3516 vta. y aquéllas que la preceden; **TENER POR PARTE QUERELLANTE** a la D.A.I.A. y, por mayoría, considerar que se presenta inoficioso el tratamiento del desistimiento del recurso de casación del Ministerio Público Fiscal postulado por el Fiscal General de Casación, doctor Javier Augusto De Luca; **DEJAR SIN EFECTO** la desestimación de la denuncia dispuesta en autos y, a fin de garantizar la imparcialidad del juzgador, **APARTAR** al Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal actuante como así también a los magistrados integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que convalidaron la desestimación de la denuncia y **REMITIR** las actuaciones al a quo para que tome nota de lo aquí resuelto

Fecha de firma: 24/8/2016

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZA DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE LA CAMARA FEDERAL DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA ALEJANDRA MENDEZ, SECRETARIA DE CAMARA



#24608143#170248418#20161229153948328



DENUNCIADO: FERNANDEZ DE KIRCHNER,
CRISTINA Y OTROS s/ENCUBRIMIENTO
(ART.277) DENUNCIANTE: UNIDAD FISCAL
DE INVESTIGACION DEL ATENTADO CONTRA
LA SEDE DE LA AMIA Y OTROS

Cámara Federal de Casación Penal

y para que un nuevo juez, mediante sorteo de rigor, continúe con el trámite de las actuaciones con la celeridad que el caso impone. **TENER PRESENTE** las reservas del caso federal planteadas por las defensas. Sin costas en la instancia (arts. 18 de la C.N. y 172, segundo párrafo, 173, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas C.S.J.N. N° 15/13, 24/13 y 42/15). Cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ANA MARÍA FIGUEROA

MARIANO HERNÁN BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS

