



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

DICTAMEN N° 9804

Sala I. "Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/ encubrimiento" (legajo de casación). Causa del Poder Jud. N° CFP777/2015/CFC1.
Fiscalnet: 10789/15

DESISTE RECURSO

Exma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos caratulados "Fernández de Kirchner, Cristina y otros s/ encubrimiento" (legajo de casación), del registro de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, causa del Poder Judicial N° CFP777/2015/CFC1, Fiscalnet: 10789/15, me presento y digo:

1). Antecedentes.

Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal que me precede en instancia, contra la resolución de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que resolvió –por mayoría– confirmar la resolución apelada, en cuanto había desestimado la denuncia que diera origen a las presentes actuaciones por inexistencia de delito (art. 180 del C.P.P.N.), y ordenado remitir testimonios pertinentes del sumario, y de la documentación reservada, al Juzgado Federal N° 9, Secretaría N° 18, para su incorporación a la causa N° 11.503/14 del registro de aquel tribunal.

En su recurso de casación, el fiscal de cámara consideró que la resolución atacada se apartaba de la solución normativa que correspondía al caso, en virtud de que sus razonamientos resultaban de un excesivo rigor formal al punto de desnaturalizar la esencia de los instrumentos e institutos en cuestión. Tildó de dogmáticos los argumentos de la Cámara de Apelaciones, lo cual vedaba ilegalmente el acceso a una investigación jurisdiccional que permitiese acreditar la hipótesis de la denuncia.

a) Los hechos denunciados.

Las presentes actuaciones tuvieron su inicio el 14/01/15 a raíz de la denuncia formulada por el entonces fiscal a cargo de la Unidad de Investigaciones del atentado perpetrado el 18 de julio de 1994 contra la sede de la AMIA, Dr. Alberto Nisman.

De la lectura de aquella denuncia y del posterior requerimiento de instrucción formulado por el fiscal interviniente surge que el objeto de las presentes actuaciones es la pretendida investigación de un supuesto “sofisticado plan delictivo” que habría sido elaborado, negociado y concretado por Cristina Elisabet Fernández de Kirchner –Presidenta de la Nación–, junto con Héctor Marcos Timerman –Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación–, Andrés Larroque –Diputado Nacional–, Jorge Alejandro “Yussuf” Khalil, Héctor Luis Yrimia –abogado y ex Fiscal–, Luis Ángel D’Elia, Fernando Esteche y un sujeto identificado como “Allan” que, según lo sugieren los indicios obtenidos, se trataría de Ramón Allan Héctor Bogado; todos ellos confabulados para lograr la impunidad de los imputados iraníes de la causa que investiga el atentado a la AMIA, bajo la forma de ayudarlos a eludir la investigación y a sustraerse a la acción de la justicia argentina.

Aquel objetivo se habría llevado a cabo a través de la suscripción de un tratado denominado “Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán...”, que se produjo el 27/01/2013 en la ciudad de Addis Abeba, Etiopía.

El mencionado instrumento lograría el fin de impunidad a través de dos elementos principales: por un lado la creación de una “Comisión de la Verdad”, cuyo



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

fin oculto sería la creación de un nuevo enemigo –introducción de una hipótesis falsa– y la consecuente desincriminación de los imputados iraníes y, por el otro, –y éste sería el principal interés iraní en la suscripción del tratado– la negociación por parte del Estado argentino de la baja de las “notificaciones rojas” que fueron dispuestas por Interpol, a pedido del juez de la causa en el año 2007, sobre cinco de los imputados iraníes a saber: Imad Fayez Moughnieh, Ali Fallahijan, Mohsen Rabbani, Ahmad Asghari, Ahmad Vahidi y Mohsen Rezai; y que continúan vigentes en la actualidad. Esta cuestión se habría materializado en el artículo 7 del referido instrumento.

Aquel proceder calificado de criminal habría estado inspirado en la voluntad del Estado argentino en restablecer el vínculo comercial con Irán, para resolver las necesidades energéticas por las que atravesaba en aquel entonces la Argentina.

Los hechos e hipótesis sobre los cuales se basa la denuncia, fueron sintetizados y mantenidos en el requerimiento de instrucción formulado el 12/02/15 por el fiscal que le tocara intervenir en la denuncia de enero del fiscal Nisman.

b) La resolución del Juzgado.

El 26/02/2015, el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 resolvió desestimar la denuncia que diera inicio al presente expediente por inexistencia de delito (art. 180, párrafo tercero, CPPN) y remitir testimonios de las partes pertinentes del expediente y de la transcripción de las escuchas telefónicas reservadas al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9, Secretaría n° 18 para que, de acuerdo a los lineamientos sentados en la misma decisión, fueran agregados a la causa n° 11.503/2014, en la cual se investiga a Ramón Allan Héctor Bogado por la presunta comisión de delitos de acción pública.

Para así decidir, luego de un análisis de la denuncia y de la prueba acompañada y propuesta, concluyó en que la plataforma fáctica denunciada no constituía delito sino que, por el contrario, todas las evidencias se contraponían de modo categórico a la existencia de la hipótesis acusatoria delineada por el fiscal.

En cuanto a los alcances atribuidos a la creación de la “Comisión de la Verdad” el magistrado indicó que la maniobra no habría tenido siquiera un comienzo de ejecución, por lo que no podía ser penalmente relevante. Remarcó lo que consideró una contradicción evidente en la denuncia por la cual, por un lado, se afirmaba que la creación de esta Comisión era la piedra basal para lograr la impunidad de los imputados y, por el otro, se reconocía que por la ausencia de plazos y demás obstáculos la Comisión no iba a constituirse ni funcionar nunca.

Con respecto a la aludida intención del gobierno argentino de dar de baja a las alertas rojas, el juez refirió que aquella circunstancia se habría erguido como argumento central de la denuncia como un presupuesto esencial del encubrimiento, ya que el fiscal denunciante lo había reiterado unas quince veces en su escrito. Al juez le llamó la atención que tal contundente afirmación no hubiera sido acompañada de algún elemento probatorio que la respaldara.

A ello agregó que esa cuestión había sido rotundamente negada por Ronald Noble, quien durante 14 años ocupó el cargo de Secretario General de Interpol. En tal sentido, refirió que en al menos dos oportunidades, Ronald Noble había negado que la intención del gobierno argentino fuera la de quitar las alertas rojas, sino que su intención siempre había sido la de llevar a los ciudadanos iraníes a juicio. Entre otras declaraciones, citó sus dichos en el diario Página 12: *“La afirmación del fiscal Nisman es falsa. Ningún funcionario del gobierno argentino trató de cancelar las alertas rojas de Interpol. En los últimos dos días me sorprendió totalmente escuchar semejantes afirmaciones falsas que se atribuyen a la denuncia del señor Nisman, a quien conozco. Al contrario, señor Nisman: el ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Héctor Timerman, y cada uno de los funcionarios del gobierno argentino con los que me encontré y hablé de esta cuestión, tuvieron siempre la misma posición: los alertas rojos de Interpol contra los ciudadanos iraníes debían mantenerse sí o sí”*.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

El juez federal hizo hincapié en que la intención del gobierno argentino se veía reflejada en el intercambio de misivas entre el canciller argentino y el secretario de Interpol después de la firma del tratado de entendimiento. En la misiva oficial enviada a Interpol, se detallaba el asunto de las alertas rojas en estos términos “...*cualquier cambio en los requerimientos de captura internacional oportunamente formulados a Interpol desde la Argentina en relación con los graves crímenes investigados en la causa AMIA, sólo podrá ser realizado por el juez argentino con competencia en dicha causa*” y que la futura entrada en vigor del Tratado “*no produce cambio alguno en el procedimiento penal aplicable, ni en el status de los requerimientos de captura internacional arriba referidos*” (el resaltado pertenece al original).

El Consejero Jurídico de la Interpol, Joel Sollier, dijo que “...*dicho acuerdo no implica ningún tipo de cambio en el estatus de las notificaciones rojas publicadas en relación a los crímenes investigados en la causa AMIA*” (el subrayado es del original).

Por todo ello, el juez concluyó en que ninguna de las dos hipótesis sostenidas por el fiscal de esta causa en su requerimiento de instrucción se sostienen mínimamente como delictuales.

A mayor abundamiento, el juez descartó que “la cumbre de Alepo” hubiera sido el punto de partida del plan de impunidad, ello en atención a la falta de elementos probatorios y a que, concretamente, los ambiguos dichos de un periodista, escuetamente ratificados, acerca de “algo” (no se sabe si es un documento, un cable o un *paper*, ni su origen) que “habría visto”, no era prueba suficiente.

Asimismo, el magistrado realizó un detallado análisis de la transcripción de las escuchas telefónicas aportadas como prueba del delito respecto de

cada uno de los indicados como responsables en la maniobra y concluyó que no existía ningún indicio que avalara tal participación.

c) Recurso de apelación del fiscal de primera instancia.

En el recurso de apelación contra esa decisión el fiscal reiteró su argumentación. Dijo que existían dos puntos de vista opuestos (uno sostenido por el denunciante y otro por el juez de grado), por lo que resultaba pertinente abrir a prueba la investigación para saber quién llevaba la verdad.

El fiscal señaló que la decisión recurrida era prematura porque restaban pruebas por producir para poder sostener que la creación de la Comisión de la Verdad no tuviera relevancia en el ámbito penal o que no hubiera habido un accionar orientado a dar de baja las circulares rojas.

Efectuó un análisis jurídico sobre las dificultades para diferenciar un acto preparatorio del comienzo de ejecución y reiteró que se debía investigar para descartar que la creación de la Comisión de la Verdad no fuera un acto típico de la “ayuda” a la que se refiere el artículo 277 del Código Penal.

En cuanto a las notificaciones rojas, refirió que, de acuerdo a su interpretación del artículo 81 inciso 2do. del Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos, existiría cuanto menos una opción en la cual la caída de la vigencia de una notificación roja no estaría condicionada a la voluntad del juez de la causa. Afirmó que sobre ese supuesto se habría cimentado la hipótesis del denunciante.

Para restarle convicción a los dichos de Ronald Noble, afirmó que no era válido para desestimar una denuncia el basarse en prueba constituida por correos electrónicos y notas periodísticas sin que hubieran sido ratificadas en sede judicial.

Agregó que aún existían fuertes dudas de los motivos por los cuales se había incorporado esa cláusula 7ma. al Tratado de Entendimiento, que era operativa, y que habría que investigar si, objetivamente, esa cláusula había constituido una “ayuda” a los imputados iraníes en tanto, a partir de su invocación, los imputados iraníes habrían podido obtener la baja de las alertas rojas.



d) La resolución de la Cámara de Apelaciones.

Se trata de una resolución compuesta por tres votos diferentes.

El primero de los jueces se apartó del razonamiento del juez de primera instancia, ya que consideró que había transitado todos los estadios requeridos en la República (suscripción y ratificación por parte del Congreso mediante la ley N° 26.843).

Entendió que los diversos puntos del Memorándum mediante los cual se regulan la conformación y las atribuciones de una “Comisión de la Verdad”, podían ser objeto de varios cuestionamientos y de hecho lo habían sido (amparo que propiciaba su declaración de inconstitucionalidad y que conforma la causa N° CFP 3184/2013/CFC1, actualmente en trámite ante la Cámara Federal de Casación Penal). Que sin embargo, en aquella causa ni siquiera había sido sugerida la posibilidad de que la firma de aquel instrumento pudiese constituir un supuesto de encubrimiento: *“Ni esta Alzada, ni las querellas, ni aún el fiscal del caso, aquí denunciante, apreció en la letra del pacto un atisbo del supuesto delito de encubrimiento que recién ahora se denunció”*.

El magistrado entendió que *“Ninguna imputación que procure cimentarse sobre la sola expresión objetiva del Tratado puede aspirar seriamente a instituirse en base de una investigación penal ... El Memorándum fue, a los ojos de esta Alzada, inconstitucional, mas no la canalización de un acto criminal”*. Por lo que, entendió, volver sobre las críticas que se le realizaron al Memorándum, sería regresar sobre una cuestión ya zanjada y que fue objeto de otra causa.

Enunció las razones que habían dado los acusadores para introducir de forma novedosa aquella hipótesis delictiva recién en 2015, la cual estaría dada por el hecho de que antes *“se carecía de los elementos que hoy se tienen y que revelarían la*

voluntad espuria escondida tras las convenientes palabras del Memorándum". Sin embargo, el juez de cámara ilustró que aquellas "nuevas" medidas eran dos: la nota periodística de José "Pepe" Eliashev titulada "Argentina negocia con Irán dejar de lado la investigación de los atentados" que había sido publicada en el diario Perfil en marzo de 2011 (y que se había basado en un documento no oficial); y las intervenciones telefónicas, a las que había tenido acceso el denunciante, en su carácter de fiscal de la causa en la que se investiga el atentado a la AMIA. Éstas, en su gran mayoría, se habían llevado a cabo durante el transcurso del año 2013 (luego de la firma del Memorándum en febrero de aquel año).

Refutó el razonamiento de los fiscales intervinientes acerca de que las conversaciones que surgían de las escuchas darían cuenta de que el principal objetivo de la firma del Memorándum habría sido la eliminación de las circulares rojas por parte de Interpol y que esa hipótesis se sustentaría en la falta de ratificación parlamentaria por parte de Irán, la cual encontraría su causa en el fracaso de Timerman para negociar con el Secretario General de Interpol la baja de las notificaciones. En efecto, al respecto, el juez razonó que, si el Memorándum estipulaba una serie de medidas que beneficiarían únicamente a los imputados iraníes, no tenía sentido que la sola "frustración" por la caída de las notificaciones rojas hubiese devenido en el desinterés de aquel Estado en su ratificación. Porque según la denuncia, Irán estaba interesado en la constitución de una Comisión que –siempre según la denuncia– pudiera introducir una nueva (y falsa) hipótesis que desincriminase definitivamente a los iraníes. Si Irán era el único beneficiario, ¿por qué no lo ratificó?, se preguntó el juez.

A su vez, señaló graves contradicciones en la ilación de los datos sobre el inicio de las negociaciones calificadas como "espurias", ya que por momentos se ubicaban en 2011, luego en 2010 y hasta en 2006. Elaboró un pormenorizado análisis del contenido de las conversaciones en las que se había apuntalado la denuncia (cuyos interlocutores principales eran: Luis Ángel D'Elia, Jorge Alejandro "Yussuf" Khalil y Ramón "Allan" Héctor Bogado) y los hechos de público conocimiento, y resaltó que, lejos de resultar medios probatorios de un acto delictual, daban cuenta de su



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

extemporaneidad ya que muchas de ellas eran posteriores a la información brindada por las notas periodísticas que incluso habían sido citadas en la denuncia.

Así también, puso de resalto las contradicciones lógicas de la argumentación de la denuncia. Dijo que, por un lado, en la denuncia se afirmaba que “...las autoridades iraníes habían expresado su histórico interés por comerciar. Les resultaba indiferente la aprobación o no del Memorando de Entendimiento” y, a continuación, se afirmaba lo contrario: que Irán si tenía interés en la suscripción del acuerdo.

El magistrado hizo referencia a la comunicación oficial que realizó Héctor Timerman al Secretario General de Interpol el 15/02/2013 en dónde afirmó que la firma del Memorándum y su eventual entrada en vigor no producían cambio alguno en el estatus de los requerimientos de captura internacional. Así como también los correos electrónicos enviados con posterioridad a la radicación de la denuncia por parte de Ronald Noble a Héctor Timerman y a dos periodistas. Y concluyó: “*Inferencias versus declaraciones; suspicacias versus documentos; especulaciones versus acontecimiento. La balanza, sin lugar a dudas, no se inclina de un modo provechoso al éxito de la denuncia*”.

En respuesta al argumento del recurrente, que había tildado de falsa la afirmación del *a quo* con relación a que sólo el juez de la causa podía impulsar la baja de las alertas rojas, explicó que si bien es cierto que de la reglamentación interna de Interpol pueden existir otros motivos que hiciesen cesar las alertas, “*el acusador no brinda un solo dato por el cual pueda deducirse que alguien del gobierno argentino, o incluso del iraní, hubiese ejercido algún acto destinado a ‘forzar’ la activación de esa*

facultad del Secretario General de Interpol”. Concluyó que no existe ningún elemento que supere la misma literalidad de la norma.

Con relación a la supuesta ideación de una hipótesis ficticia que vendría a introducir la “Comisión de la Verdad”, el juez del primer voto afirmó que los acusadores no especificaron en ningún momento cuál sería tal hipótesis, ni el aporte concreto que habrían realizado los acusados. Y agregó que si bien el recurrente enunció que serían las escuchas las que darían sustento a aquella afirmación, ni siquiera él le había asignado valor probatorio, pues calificó a las escuchas telefónicas como un “mero indicio”. Resulta oportuno poner de relieve que en este primer voto el juez de la cámara criminal y correccional federal criticó la concatenación arbitraria (sin respetar cronología de fechas y horas, y unidas por puntos suspensivos, como si fueran continuas) de las escuchas, que fueron transcriptas por el denunciante y que, a su vez, fueron “*combinadas con otros discursos distanciados por meses*”, con el único fin de que indujesen a pensar que se había hecho referencia al supuesto encubrimiento.

En las transcripciones de las escuchas, los interlocutores describían una “*mesa chica*” de negociación pero, sin embargo, reproducían las noticias periodísticas que se fueron suscitando “*o bien una fabulada idea de ser operadores sin poder de convicción*”. Para luego reflexionar que: “*El Memorándum de Entendimiento pudo ser un fracaso para la diplomacia argentina, un error para los anales legislativos, una desilusión para quienes creyeron ver en su texto el avance de la investigación por el atentado, pero de allí a ver forjado en él un maquiavélico plan por encubrir a los responsables de las cientos de víctimas de la voladura de la AMIA existe un abismo*”.

Finalmente, el camarista explicó que el intento de los acusadores es abrir una investigación para obtener la prueba de algo que ni el mismo acusador conoce. Explicó que los hechos y probanzas de un supuesto delito debían estar incorporados al momento de delimitarse el objeto del proceso, de forma de evitar que la investigación se convirtiese en lo que se conoce como una “*excursión de pesca*”, para lo cual citó un precedente de aquella misma Cámara en donde se dijo: “*nos encontraríamos frente a una paradoja de que, en lugar de profundizar una investigación a fin de corroborar o descartar una circunstancia sospechosa que pueda presentar relevancia jurídico penal,*



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

lo haríamos 'por las dudas', a fin de localizar algún elemento sospechoso. Esta subversión del orden lógico de toda encuesta es la que se ha registrado en el caso (...) se postula un minuciosa y detallada exploración... con la esperanza de que de ella brote en algún momento alguna mácula que permita sospechar la comisión de un ilícito. Y de allí una reiteración del ciclo. Idear nuevas diligencias que, en su curso, engendrarán otras, con el caro precio de avasallar garantías constitucionales”.

Y de forma categórica concluyó que: “los recurrentes insisten en mantener abierta y en actividad una persecución penal con el anhelo de que, alguna vez, en algún momento, algo demuestre que el Memorándum estuvo inspirado en una voluntad delictiva. En rigor de verdad, una aspiración semejante, frente a los antecedentes repasados, sólo puede traducirse en un único plazo definitorio: la perpetuidad. Pues si nada existió en el año 2013; si nada fue invocado en el 2014 y hoy, 2015, nada pudo ser acercado, ¿qué esperanzas puede haber de que el transcurso del tiempo logre revertir esta situación? Por el contrario, cuanto más uno se aleje del momento en que habría tenido lugar ese alegado plan delictivo, menores pueden ser las expectativas por obtener algo a lo cual pueden aferrarse los acusadores en pos de conservar vigente su posición”.

Por su parte, el segundo juez emitió un voto concurrente, en el que adhirió, en lo sustancial, a la opinión del colega que lo había precedido, con lo cual conformaron la decisión de la cámara de apelaciones por mayoría.

Se distinguió del colega preopinante en cuanto a la crítica que éste le había realizado al juez de grado en el tema de la falta de comienzo de ejecución del supuesto plan delictual.

Entendió que en forma alguna la creación de la Comisión podría configurar *per se* una “ayuda” en los términos del delito de encubrimiento, debido a que ninguna mejora en la situación procesal de los imputados se produciría a raíz de ello. Sino que, en la hipótesis acusatoria esa ayuda estaría dada por la desnaturalización de la legítima finalidad que se le asignó a la “Comisión de la Verdad”, que se llevaría a cabo a través de sus miembros (cuya identidad no se conoce, porque nunca se llegó a constituir), quienes faltarían a la función que les sería encomendada, y sostendrían falsamente una hipótesis que les sería impuesta con la finalidad de desviar la investigación del atentado.

Mencionó la falacia en la que incurrió el razonamiento acusatorio, al intentar probar una hipótesis a través de la unión de diferentes extractos de conversaciones que a su vez habían constituido el punto de partida de aquella hipótesis, así como también las contradicciones en las que incurrió el acusador al sostener, simultáneamente, varias hipótesis alternativas. En este punto, hizo hincapié en que la denuncia fue presentada por un representante del Ministerio Público Fiscal, por lo que constituye un acto de gobierno que, como tal, debió ajustarse a los requisitos formales correspondientes.

Finalmente, en lo que aquí resulta relevante mencionar, el magistrado recordó que la firma de un Tratado con una potencia extranjera es una de las facultades que nuestra Constitución Nacional reconoce al Poder Ejecutivo y que tal conducta, de por sí, no podría ser considerada constitutiva de un delito penal, salvo que existiesen indicios serios que autorizasen a sospechar razonablemente lo contrario. Y resaltó que no es función de los magistrados fallar sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de los actos de gobierno de otro poder del Estado.

Por su parte, el juez que votó en disidencia, refirió que todos los hechos que aparezcan como verosímiles o “posibles” deben ser investigados. Refirió que la hipótesis acusatoria había sido arbitrariamente desestimada toda vez que ella aparecía verosímil.

Adhirió al agravio fiscal en cuanto había sostenido que resultaba difícil establecer en forma tajante la división entre un acto preparatorio y el comienzo de ejecución y que, toda vez que se había desestimado la posibilidad de investigar los



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

hechos, nunca se podrá saber realmente si el hecho, de existir, habría adquirido principio de ejecución. Añadió que con las pruebas solicitadas por el fiscal en oportunidad de requerir la instrucción iba a poder conocerse más certeramente la intención que había guiado la firma del Tratado.

Agregó que aun existían ciertas hipótesis sobre las cuales había que indagar previo a desestimar la denuncia como, por ejemplo, los motivos de la inclusión del artículo 7mo. en el Tratado de Entendimiento; el hecho de que hacia el año 2004 el Comité Ejecutivo de Interpol había anulado las difusiones rojas de las capturas de varios imputados por pedido de Irán y pese a la oposición de la Argentina; los motivos por los cuales se había pactado sólo respecto a los imputados que registraban alertas rojas y no respecto a los restantes de la causa; y las causas del diferente tratamiento en la creación de la “Comisión de la Verdad” en el Tratado de Entendimiento respecto a otras comisiones de ese tipo que la tradición jurídica internacional reconoce.

Finalmente, citó algunas llamadas telefónicas y descartó que ellas pudieran desecharse sin más sino que, por el contrario, ameritaban investigarse.

e) El recurso fiscal de casación.

El fiscal que me precede en representación del Ministerio Público Fiscal reiteró los agravios de su anterior, a lo que agregó “*También debe quedar en claro que no estoy en condiciones de emitir, aquí y ahora, juicios de valor sobre la entidad criminal de los hechos referidos o sobre su inocuidad frente al derecho penal; sólo pretendo en representación del Ministerio Público que se permita ahondar en el conocimiento de los hechos referidos en el requerimiento de instrucción con el fin, único y último, de erradicar cualquier duda o inquietud que sobre ellos pueda albergarse...*”.

2). Resolución equiparable a sentencia definitiva.

La resolución que desestima una denuncia o que rechaza un requerimiento fiscal de instrucción es equiparable a sentencia definitiva, porque implica que los mismos hechos denunciados, bajo los mismos presupuestos, no podrán ser investigados por quien pretende hacerlo. Aunque la desestimación de una denuncia no tenga la misma naturaleza procesal que la cosa juzgada, los efectos que produce desde el punto de vista mencionado en este caso son similares, porque la línea argumental de su rechazo consiste en que los hechos denunciados no constituyen delito alguno. En un sentido similar, ver *mutatis mutandi*, CFCP, Sala III, causa n° 5994 “Fernández, María Beatriz e Inda, Tomás Juan A. s/ recurso de casación” queja resuelta el 15 de febrero 2006, registro n° 43/2006. La decisión en el fondo es del 6/2/2007, registro 44/07.3.

3) Consideraciones sobre el caso.

a) Dos líneas argumentales, una fáctica y otra jurídica.

Dos son las líneas argumentales de la pretensión fiscal. Una de naturaleza procesal, de prueba, consistente en el reclamo de iniciar una investigación para probar distintos extremos de la denuncia porque se considera que el rechazo del requerimiento de instrucción es prematuro.

La otra es jurídica-penal, que consiste en determinar si esos hechos, aunque estuvieran probados, constituyen o no delito.

Comenzaré por la segunda de las mencionadas, porque si ésta no se presenta en el caso, nos estará vedado incursionar en el aspecto procesal.

b) El deber de investigar de los fiscales.

Los fiscales tenemos el deber de emplear criterios que conduzcan al mantenimiento de la acción penal y no a su extinción (Resoluciones PGN N° 3/86, 25/88, 96/93, 39/95, 20/96, 82/96, MP 27/99, MP 39/99, Res. PGN N° 32/02, entre otras). Pero está claro que la acción a mantener debe ser penal, es decir, haber nacido de un delito. De modo que si desde el inicio, de la denuncia o *notitia* surge manifiesta e



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

incontrovertible la conclusión de que los hechos puestos de manifiesto no son delito, no existe acción penal a ejercer ni mantener.

Está vedado por la Constitución iniciar y mantener una acción penal para determinar si hubo un delito, cuando a simple vista la conducta no constituye delito alguno. La expresión da por supuesto que lo que se pretende investigar es algo que consiste en un delito y todavía no contamos con la certeza de su producción, pero de ningún modo que puede iniciarse una investigación para averiguar las circunstancias de algo que no es delito. La hipótesis requerida de demostración es si pudo o no haberse cometido tal o cual delito y, para ello, tal delito debe ser posible jurídicamente.

Si no es jurídicamente posible, los magistrados de la Nación no tenemos competencia constitucional ni legal para averiguar nada, porque ese tipo de sucesos queda exento de nuestra autoridad (art. 19 CN). Y por eso uno de los jueces hace referencia a la “excursión de pesca”, porque en nuestro sistema jurídico no tenemos competencia para investigar las conductas de las personas sin más, sino sólo aquellas que son delito.

Y en esta causa, por más que se recorran todas sus hipótesis una y otra vez, de la denuncia, del requerimiento de instrucción, de la apelación y del recurso de casación, no se logra encontrar delito alguno a averiguar y demostrar.

Las extensas y oportunas argumentaciones del juez de primera instancia y de los jueces que conformaron la mayoría de la decisión de la cámara de apelaciones, no han sido refutadas. Con todo tipo de argumentos, alternativos, subsidiarios y complementarios, demostraron por distintas vías que no hubo delito alguno, consumado ni tentado.

Pero debo agregar algunas consideraciones.

c) La hipótesis fáctica no constituye delito. El Poder Legislativo en ejercicio de su competencia constitucional, no puede cometer delitos.

[c.1]. La firma de un Tratado Internacional entre dos potencias soberanas nunca puede ser la base fáctica ni jurídica de un delito y, las motivaciones o móviles o ultraindicaciones que pudieran tener los distintos actores que intervinieron en las negociaciones previas, redacción y sanción, aprobación o ratificación, tampoco (arts. 27; 74, inc. 24, y 99, inciso 11). Su acierto, conveniencia o error no es asunto que incumba al Poder Judicial, porque son cuestiones políticas, no justiciables. Pues, lo contrario implicaría menoscabar las funciones que corresponden a otros poderes.

Los legisladores, los asesores, los funcionarios del Poder Ejecutivo, etcétera, podrán cometer delitos a título personal durante el trámite o desarrollo de la sanción de leyes, pero no por el acto de sancionar y promulgar una ley en sí mismo.

La supuesta espuria intención de hacer cesar o dar de baja a las “alertas rojas” de Interpol por parte del gobierno argentino y la formación de una llamada “Comisión por la Verdad” para generar una hipótesis investigativa falsa no pueden, ni objetiva ni jurídicamente, constituir la “ayuda” que tipifica el artículo 277, apartado 1ero., inciso a), del Código Penal, ni ningún otro delito.

Sostener que la firma de un tratado constituye un plan criminal, es un absurdo desde el punto de vista jurídico. Si la firma de este acuerdo internacional pudiera ser entendida (con cierto esfuerzo e imaginación) como una ayuda material a los prófugos de la “causa AMIA”, tentada o ya consumada, esa acción igualmente no constituiría delito porque recaería dentro de la competencia constitucional no justiciable del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo Nacional.

Véase que la conformación de una “Comisión de la Verdad” y la notificación a Interpol de la celebración del acuerdo internacional están escritas en el mismo acuerdo, totalmente a la vista, y fueron ratificados por el Congreso de la Nación. Es decir, nuestros legisladores, en el ejercicio de su potestad constitucional, dispusieron esas cláusulas. No queda resquicio alguno para operaciones encubiertas o la realización de móviles ocultos, porque está todo a la vista.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Por otra parte, los delitos de tráfico de influencias o afines que pudieran haberse cometido en el decurso de toda esta historia no guardan relación jurídica con las supuestas maniobras de encubrimiento, precisamente, porque esos delitos versan sobre las conductas de falsos influyentes. Esas conductas están siendo investigadas en la causa formada al efecto en las instancias anteriores.

[c.2.]. Volvemos sobre el asunto. Un tratado internacional, en lo que aquí importa, tiene la misma jerarquía constitucional que las leyes nacionales (art. 31 CN). Son infinitas las disposiciones de tratados suscriptos por la República que establecen procedimientos, institutos y derechos que amplían o restringen los de las leyes argentinas.

Por eso debe recordarse que, salvo en los supuestos de art. 29 C.N., el Congreso de la Nación (se entiende, los legisladores, sus miembros) no puede delinquir cuando ejerce sus competencias constitucionales, porque es el soberano, es el que decide qué es delito y qué no lo es (art. 75, inc. 12, CN). El Poder Ejecutivo Nacional forma parte de ese proceso complejo de la formación de las leyes, sean internas o tratados con potencias extranjeras. Actuando en el marco de esa competencia constitucional, así como pueden incriminar conductas, pueden derogar las que hoy lo son. Por ejemplo, la ley 23.521 de obediencia debida (más allá de su inconstitucionalidad o posterior nulidad), significó en su momento la impunidad de varios cientos de personas, y no es posible considerar que ese fue un acto de encubrimiento por favorecimiento personal de parte de quienes la proyectaron, los legisladores que la votaron, el presidente que la promulgó y los jueces que en su momento la aplicaron en los casos sometidos a su jurisdicción.

En el ámbito federal, además, los legisladores nacionales son quienes dictan los procedimientos a seguir para la realización de la ley penal. Pueden

establecer uno o varios procedimientos distintos, inclusive con posterioridad a los hechos de la causa (que serán aplicados en tanto no vulneren los derechos adquiridos de las partes). Por ejemplo, puede modificarse el régimen de excarcelación y su inmediata aplicación generar que cientos de personas en prisión preventiva recuperen inmediatamente la libertad y sigan así bajo proceso (así, leyes 23.050, 23.070, 24.390, etcétera).

En dicho contexto se enmarca la tradicional y para nada excepcional práctica de los tratados de extradición que dejan fuera de sus previsiones a una serie de personas y delitos, especialmente, los que tienen bajas penas; de modo que para los imputados de esos delitos nunca se dará curso a un pedido de extradición cuando ese delito haya sido cometido en el extranjero y el sujeto se encuentre en nuestro país (por ejemplo, tratado de extradición con la República de Italia, aprobado por ley 23.719, artículo 3, una pena cuyo máximo sea inferior a dos años).

De modo que no hay nada anormal en el dictado de leyes que modifiquen los procedimientos de las causas penales y mediante ellos, o mediante leyes penales de fondo, consagren beneficios para los imputados y condenados o directamente consagren su impunidad total. Ello dicho, con total independencia del caso de autos.

Se puede ver así que es impropio, desde el punto de vista jurídico, considerar que estos mecanismos y previsiones constitucionales son formas de ayuda o favorecimiento personal a los delincuentes. Es competencia del Poder Legislativo en conjunto con el Poder Ejecutivo en el acto complejo de sanción y promulgación de las leyes, la decisión acerca de la impunidad de las personas que considere conveniente, y tienen muchas vías para hacerlo (art. 44 CN, porque el Congreso está investido del poder legislativo; porque puede aprobar tratados con las potencias extranjeras, art. 75, incs. 22 y 24, CN, que son gestionados por el P.E.N. 99, inc. 11, CN); todo de conformidad con el procedimiento general de los arts. 77 a 84 CN que explican cómo se forman y sancionan las leyes, en concordancia con el art. 99, inc. 3°, CN que indica deben ser promulgadas por el P.E.N.; porque puede incriminar y desincriminar conductas al dictar la ley penal, art. 75, inc. 12, CN; porque además puede dictar amnistías generales, art. 75, inc. 20, CN; porque el Poder Ejecutivo puede indultar y conmutar penas, art. 99, inc. 5°, CN, lo cual



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

ha sido admitido por la Corte Suprema para procesados, al considerar que esa potestad no implica incurrir en la prohibición del art. 109 CN que veda al P.E.N. inmiscuirse en funciones judiciales, etcétera.

En definitiva, aunque este Memorándum significase la impunidad de los prófugos, lo cual no afirmo, ello podría haber sido hecho por quienes lo suscribieron en ejercicio de facultades constitucionales.

d) Las alertas rojas.

Sólo los jueces son quienes pueden solicitar a Interpol las altas y las bajas de las capturas internacionales de personas imputadas de delitos, que dan lugar a un procedimiento reglado de Interpol. Las órdenes de los jueces a cargo de los respectivos procesos de los distintos países, donde esas personas están imputadas y prófugas, son un requisito necesario, pero no suficiente. Los otros poderes de los respectivos Estados no tienen una competencia específica para incidir en el proceso interno de la Interpol al respecto, ni para darles el alta ni para darles la baja. A su vez, este organismo se ha reservado cierto ámbito de discrecionalidad o poder de decisión acerca de si da curso a una solicitud de captura y, luego, de que esa captura se intensifique mediante la instalación de una alerta roja. Y lo mismo para su baja, para lo cual, además, tiene previsto un procedimiento con audiencias, etc. Es decir, nada de esto es automático, pero lo que sí está claro es que no existe el mecanismo de solicitudes u órdenes de los poderes ejecutivos o legislativos de los Estados, que simplemente se limitan a designar representantes para la conformación del organismo.

Si el acuerdo dice que su celebración se notificará a Interpol, ello podrá o no tener alguna incidencia en este organismo, la misma que podría tener el poder

de *lobby* de cualquier Estado involucrado, o no, en el asunto. Y además, ello no tendría ninguna influencia en el trámite de la causa bajo la potestad de un juez argentino, que mantendría o no los pedidos de capturas hasta que los considerase pertinente, porque no tiene potestad alguna para mantener las alertas rojas. Sólo para hacerlas caer, mediante la respectiva comunicación de que no le interesa más la captura de tal o cual persona, porque se ha satisfecho el fin para el que fueron dispuestas o cualquier otra razón procesal de la causa.

El procedimiento de alta y baja de las alertas rojas es, inclusive, distinto al de los tratados de extradición y cooperación internacional, en donde el Poder Ejecutivo Nacional tiene potestades constitucionales para no dar curso a un pedido de extradición de un juez argentino respecto de un imputado que se encuentra en el extranjero o, a la inversa, para no dar curso al pedido de extradición de un juez extranjero (a través de su respectivo poder ejecutivo de su país) respecto de una persona que se encuentra en nuestro país.

e) El significado del Memorándum en el proceso penal.

Tampoco puede soslayarse que en el régimen procesal penal federal vigente, que rige este caso, no es posible avanzar para formalizar el sometimiento de una persona a él y luego conducirlo a juicio oral, sin que previamente sea convocado y se presente personalmente a prestar declaración indagatoria o a negarse a declarar ante el juez de la causa (arts. 294, 295, 306, 307, 346, y cc. CPPN). Esta declaración tiene hoy en día entre nosotros, una doble naturaleza: acto de defensa y etapa necesaria del proceso penal. Si una persona que es imputada de un delito (para lo cual se deben dar ciertos requisitos de sospechas objetivas y razonables, basadas en pruebas legales) no se presenta a prestar declaración indagatoria, lo único que queda por hacer es ordenar su captura y declarar su rebeldía, porque se considera que no está a derecho. Y el proceso queda detenido a su respecto *sine die* hasta que se presente a declarar, voluntaria o compulsivamente (arts. 288 y ss. CPPN). Es posible continuar la investigación y la recopilación de pruebas, pero el caso no pasará a otro estadio procesal a su respecto.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Se podrá advertir que ése es el estado actual de la causa en relación a las personas cuya captura internacional se ha pedido.

Éste es el lugar dentro del sistema en el cual se inserta el Memorándum, que es gestionado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Poder Legislativo, respecto de personas imputadas que están citadas a prestar declaración indagatoria, pero que se niegan a presentarse. No están a derecho. Están con orden de captura y declarados en rebeldía. El proceso está detenido a su respecto en una etapa muy anterior al juicio oral. No se puede avanzar. En ese contexto, se desprende de la simple lectura del Memorándum que el acuerdo no pretende otra cosa que traer a derecho a esas personas para que declaren ante el juez de la causa, para que ejerzan su defensa y el proceso pueda avanzar.

Reitero el mismo concepto. Se trata de personas que por el momento no desean someterse voluntariamente a la jurisdicción argentina y el Poder Judicial argentino no tiene el poder de hecho necesario para lograrlo. Cualquiera sea el nombre que a ese acto procesal se le haya dado en el Tratado, cualquiera sea la interpretación que le dé el gobierno o el derecho iraníes, lo cierto es que para nosotros equivale a una indagatoria, porque una conversación de un imputado ante el juez de la causa no puede tener otra naturaleza. Y debe recordarse que basta con que los imputados se sienten ante el juez, sin necesidad de que declaren, para dar por cumplido el acto. Ahora bien, si de acuerdo con el Memorándum, a esa indagatoria pueden concurrir y preguntar otras personas, eso podrá ser interpretado como una modificación del procedimiento pero en tal caso, se encuentra dentro de las facultades del Congreso y del Poder Ejecutivo nacionales.

La historia judicial argentina está plagada de soluciones “creativas” de políticas de estado en materia criminal para la realización de los fines que el derecho procesal persigue (eminentemente instrumental), porque no se trata de un conjunto de normas pétreas, sino de la reglamentación de postulados constitucionales para la realización del derecho penal en cada caso concreto. Los poderes del Estado competentes buscan e instauran un mecanismo que destrabe una situación, que permita avanzar hacia el objetivo de descubrir la verdad procesal. De modo que la consagración de un mecanismo distinto al corriente no tiene nada de extraordinario. Es la clásica diferencia entre lo deseable y lo posible, entre lo ideal y lo real. Y la solución puede ser criticada por los políticos, la doctrina, las partes, etcétera, pero es lo que pudieron y supieron concretar quienes dirigen las políticas exterior y criminal de la República.

De hecho, de la lectura misma del Memorándum surge que el juez y el fiscal a cargo de la etapa de investigación no están obligados ni vinculados por las acciones y conclusiones de la llamada “Comisión de la Verdad”, de modo que no tiene efectos sobre el proceso porque siempre dependerán de la decisión autónoma que tomen los magistrados a cargo. Su concreción no puede ser considerada una ayuda en los términos del art. 277 CP. La intervención de la Comisión no tiene mayor valor que el que pudieran tener las infinitas opiniones, estudios, investigaciones y conclusiones que sobre el atentado se vienen dando por parte de distintas personas (periodistas, analistas, investigadores, magistrados, etc.) desde el mismo día de su consumación.

Y ello conduce a visibilizar que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, al concretar este acuerdo, con esa redacción, de ningún modo entorpecieron la marcha del proceso penal que, reitero, en nuestro país está a cargo de un magistrado que pertenece a otro poder del Estado, independiente de los anteriores.

f) La confabulación o conspiración no es la “ayuda” típica del encubrimiento.

En nuestro derecho penal no existe el delito de conspiración (la vieja *conspiracy* anglosajona) que consiste en algo así como el acuerdo de dos o más personas



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

con la intención de cometer un acto ilegítimo (aunque no sea delito) o un acto legítimo por medios ilegítimos (aunque no sean delitos).

Los únicos supuestos en que nuestra ley penal prevé la conspiración son para cometer el delito de traición a la patria (art. 216 CP), para la rebelión o sedición (art. 233 CP) y para cometer algunos delitos cometidos por militares (art. 241 *bis*, inc. 4°). Es decir, siempre lo son con el fin de cometer un delito, y sólo el delito determinado al que refiere.

Ni siquiera la asociación ilícita (art. 210 CP) es similar a la conspiración o confabulación, porque en nuestro derecho positivo exige la pertenencia a una banda que debe tener cierta permanencia y el fin de cometer delitos indeterminados, y no uno determinado.

La pertinencia de estas observaciones al caso de autos consiste en que la confabulación o conspiración castigan conductas previas al comienzo de ejecución del delito al que refieren. Y no deben ser confundidas con las tentativas de esos delitos (art. 42 CP).

En varios razonamientos de la hipótesis acusadora y en el voto en disidencia de la resolución de la Cámara Federal se observa esta fusión, al pretender que ya constituyen actos de tentativa de encubrimiento o de encubrimiento consumado, y que por ello se demanda la pertinente investigación, una serie de conductas que revelarían acuerdos entre dos o más personas para gestionar y concretar acuerdos con una potencia extranjera con el fin de favorecer a unos prófugos. Como se ve, esas negociaciones o gestiones no constituyen delito en la Argentina, porque no está previsto el delito de conspiración o complot o confabulación para el encubrimiento, ni tampoco para lograr

algo que no es delito, porque el objetivo a alcanzar es algo que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pueden constitucionalmente hacer.

Es que el verbo ayudar en el artículo 277 CP que reprime el encubrimiento mediante el favorecimiento personal, nunca puede ser interpretado del modo amplio e impreciso en que se lo hace en la hipótesis del requerimiento fiscal de instrucción, sino que debe tener contornos precisos y funcionar dentro de un sistema, donde juegan gran cantidad de disposiciones que deben quedar con valor y efecto. Véase que con ese razonamiento, todo grupo de personas que presentase un proyecto de ley de derogación de un delito, como tal nueva ley favorecería a los imputados y personas que están cumpliendo condena por él (retroactividad de la ley penal más benigna), deberían ser considerados reos de encubrimiento por ayudar a esos delincuentes a eludir la acción de la justicia. Y también quienes intervinieron en las discusiones y redacciones antes de presentar el proyecto, que ya deberían ser punibles por esa suerte de conspiración para tal fin.

4). Consideraciones finales, respuestas y consecuencias.

a). Las capturas nacionales e internacionales de los sospechosos las ordenó el juez de la causa, y no alguna otra autoridad.

b). Carece de relevancia típica si una de las razones del acuerdo fue el restablecimiento o intensificación de las relaciones comerciales o de otro tipo con la República Islámica de Irán.

c). No pueden ser considerados actos de conspiración las conductas denunciadas por el hecho de haberse llevado a cabo de manera reservada, porque por su propia naturaleza, las relaciones diplomáticas se llevan a cabo en la más estricta reserva, con lo cual, no es que no se dan a conocer por su objeto espurio, sino porque son reservadas.

d). Si una persona se presenta a derecho, cualquiera sea el mecanismo por el cual finalmente decidió hacerlo, la consecuencia inmediata de ello es que debe cesar su orden de captura y, en este caso, además, las alertas rojas. Ello sólo



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

podría ocurrir una vez que se concretasen las audiencias donde los imputados declarasen ante el juez de la causa.

Si esto es así, resulta contradictorio con este dato sostener que el interés iraní en el acuerdo había decaído y por eso no habían ratificado el acuerdo.

La comunicación a Interpol de la celebración del acuerdo no tiene ninguna relevancia en el proceso penal argentino y, además, no constituye un procedimiento reglado por Interpol para hacer cesar las alertas rojas. El procedimiento para las altas o bajas de Interpol no requiere de esa comunicación, es decir, esa comunicación no es idónea por sí misma para lograr la baja de las alertas. La comunicación se inserta porque Interpol venía intermediando para la solución del conflicto por medio de la negociación (ver, por ejemplo, los comunicados oficiales de Interpol del 14/9/2009, 3/10/2009 y 10/3/2010).

No es la Argentina ni la República Islámica Irán por sí mismos, ni el acuerdo entre ambos países, los que podrán generar automáticamente la baja de las alertas rojas, de modo que, toda construcción argumental respecto de que ése era el nudo del acuerdo, se cae por su propio peso.

e). Si luego de ser indagados, al resolverse su situación procesal, los imputados vuelven a profugarse, su rebeldía y las capturas nacionales e internacionales, deberían volver a ordenarse por el juez de la causa, y ello dar lugar a la solicitud de instauración de las alertas rojas que habrían cesado con anterioridad. Es decir, todo volvería a empezar, porque no es posible en la Argentina juzgar en ausencia a nadie. De modo que el Memorándum y sus antecedentes no tienen mayor alcance que el de cualquier conducta procesal de cualquier procesado en cualquier causa de la Argentina.

f). La “Comisión de la Verdad” no tiene facultades jurisdiccionales, ni incidencia en la causa, más allá de una opinión que el juez puede considerar, por lo que no tiene ningún sentido argumentar sobre la base de que sus conclusiones estarían pre-arregladas para generar una hipótesis falsa.

g). Como se vio más arriba, no tiene ninguna relevancia considerar si se trata de actos preparatorios, de ejecución, o de consumación del delito de encubrimiento porque para ello previamente debería determinarse la presencia de todos los elementos objetivos de esa figura penal. Como expuse antes, esto no es así porque la supuesta “ayuda” no tiene el significado jurídico objetivo de facilitar la elusión de la justicia.

h). El caso no encaja en el grupo de investigaciones cuya clausura es considerada prematura, porque en autos lo que se pretende es la investigación de conductas que no constituyen delito alguno.

i). Tanto los fiscales que me anteceden como el voto de la disidencia, plantearon una falacia consistente en sostener que la hipótesis del denunciante puede dar lugar a un delito o puede dar lugar a un no delito, lo cual demanda investigación para su dilucidación.

Lo que no dice este razonamiento es que la legitimación de una investigación para determinar si en una situación hubo o no delito no sólo depende, en *algunos* casos, de un asunto de prueba, sino que en *todos* los casos, es requisito necesario tener en claro cuál es el delito al que esa investigación refiere. Cuando se dice “quiero saber si se cometió tal o cual delito”, en esa frase está implícita la información y no se discute que lo que se pretende demostrar que ocurrió efectivamente es un delito, lo cual como se vio no ocurre en el caso. Si se reciben denuncias del tipo “en la casa de al lado se trafican estupefacientes”, o que “Fulano mató a Mengano”, o de un robo de una cartera, etcétera, debemos investigarlas porque se parte de la base de que traficar estupefacientes, matar a otro, o robar, son delitos. Pero si la denuncia consiste en tratar de probar si Fulano es infiel a su mujer porque tiene manceba, esa investigación está vedada porque el adulterio no es más delito en la Argentina (ex artículo 118 CP).



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

En este caso, como ya se dijo, el supuesto intento de hacer caer las alertas rojas y la creación de una comisión que opinaría sobre el caso, no pueden constituir la base de un delito, porque no son la “ayuda” típica del art. 277 CP porque se inscriben en la competencia constitucional de los otros poderes del Estado, ajenas al Poder Judicial.

De conformidad con el principio de legalidad y los de reserva y lesividad (arts. 18 y 19 CN), nuestra ley exige que lo que se denuncie e investigue sean hechos que constituyan delitos y no cualquier hecho de la vida (artículos 174, 176, 183, 188 CPPN, entre muchos otros). En tal armonía, el artículo 180 del CPPN dispone la desestimación de la denuncia y el 195 el rechazo del requerimiento de instrucción sólo se refiere a hechos que no sean delitos

Por eso uno de los jueces de cámara explica que lo pretendido en el requerimiento de instrucción y la apelación es mantener vigente una investigación *in eternum*, no porque los hechos no se pudieran probar, sino porque lo que se pretende probar son hechos que no podrían configurar un delito.

j) En ese contexto se inscriben todas las medidas de prueba propuestas por el fiscal de primera instancia, y también las sugeridas por el juez de cámara que vota en disidencia. Son totalmente impertinentes porque su producción sólo nos conduciría al mismo punto en el que estamos hoy, a la confirmación de hipótesis no delictivas.

k). Finalmente, no es necesario tocar el agravio consistente en que se habrían valorado pruebas aportadas por la Procuración del Tesoro, porque para resolver el caso del modo en que aquí se ha razonado, no tienen ninguna relevancia.

5) Final.

Como se ve, no es posible avanzar en las propuestas procesales de prueba de algunos hechos de la denuncia, porque tales hechos no configuran delito.

En consecuencia, por no darse los requisitos del art. 193 y cc. CPPN, y porque el juez puede rechazar el requerimiento fiscal de instrucción por auto (art. 195 CPPN), desisto fundadamente del recurso interpuesto por el colega que me anteciedera en la etapa (artículo 443 del CPPN).

Fiscalía N° 4, 20 de abril de 2015.