

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 895/14

///la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 118/153vta. de la presente causa nº 1369/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "**BOUDOU, Amado 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, en la causa nº 1302/12/14 de su registro, el 1º de agosto de 2013 resolvió, en lo que aquí interesa: "**CONFIRMAR** la resolución obrante a fs. 65/6 en cuanto no hace lugar a la excepción de falta de acción deducida por la defensa del Sr. Amado Boudou, debiendo el a quo proceder conforme se indica en los considerandos (art. 339 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación)" (fs. 103/107).

II. Contra esa decisión, a fs. 118/153vta. el doctor Diego Pirota interpuso el recurso de casación, en representación de Amado Boudou, el que fue concedido a fs. 156/157, y se tuvo por mantenido en esta instancia mediante auto del 7 de noviembre de 2013, a fs. 173/174vta.

III. La recurrente fundó su impugnación por ambas vías previstas en los incisos del artículo 456 del C.P.P.N.

En primer término, se reseñará que la impugnante se explayó sobre la admisibilidad del recurso incoado y citó jurisprudencia del Máximo Tribunal en relación con la calidad de equiparable a sentencia definitiva que debía revestir un auto para ser revisable ante esta instancia; ante lo cual definió que la resolución recurrida cumplía con tal condición, y que su fijación ocasionaba un perjuicio de

imposible o tardía reparación ulterior.

Sustentó su postura en la vulneración al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, en tanto que *“esperar hasta que haya sentencia definitiva haría inútil por tardío el recurso, correspondiendo su aceptación, ya que, aún pudiéndose discutir si la resolución que se impugna posee tal carácter, ella sí tendrá ese efecto sobre los derechos en juego”* (fs. 122vta.).

A ello agregó que no existiría otra oportunidad para efectuar el presente planteo y obtener una adecuada tutela del derecho que asistía a la parte, de modo tal que *“no habría posibilidad de volver eficazmente sobre lo resuelto”* (fs. 123vta.).

A continuación, en cumplimiento del requisito de autosuficiencia del recurso, relató pormenorizadamente los antecedentes de la causa, que lo llevaron a la determinación de que la base fáctica de la acusación no constituía delito alguno reprochable a su asistido, y se abocó a los concretos motivos de casación que sustentaron su impugnación.

En esa dirección, se dolió de la inobservancia de la normativa procesal, en razón de la interpretación que el tribunal de a quo otorgó a los arts. 339, 340, 341 y siguientes del C.P.P.N.

Explicó que el colegiado rechazó la excepción de falta de acción incoada, por entender que no resultaba ser la vía idónea para resolver la pretensión de esa parte, en tanto se refería a cuestiones probatorias; criterio que, en el entendimiento de la impugnante, resultaba contrario a lo sostenido jurisprudencialmente, en cuanto a que tal limitación debía ceder ante elementos contundentes que evidenciaban la ausencia de un encuadre típico de los hechos, en una interpretación que pudiera armonizarse con la manda del art. 341 del C.P.P.N., que prevé que durante la sustanciación de la excepción se pueda producir prueba.

Al respecto, concluyó que el rechazo de la petición

Cámara Federal de Casación Penal

formulada por la parte ante esa instancia, basado en que la evaluación sobre hechos probados y no probados no pertenecía al marco de la excepción en juego, resultaba insuficiente argumentalmente; así como también, violatorio del principio *pro homine* de raigambre constitucional, que ordenaba la utilización de la interpretación más amplia en beneficio del reconocimiento de las garantías constitucionales.

A su vez, señaló que la resolución impugnada resultaba manifiestamente arbitraria por carecer de la fundamentación respaldatoria de las conclusiones a las que arribó, e indicó que *"más bien, toda la argumentación esbozada resulta ser a fin con la decisión totalmente contraria"* (fs. 118).

Subrayó que ello sucedía, pues el tribunal anterior se había dedicado a criticar por insuficiente la respuesta otorgada por el juez de la investigación a los planteos de la parte, y por el fiscal de la primera instancia, más no había brindado ninguna otra respuesta que pudiera resultar satisfactoria, y pese a ello, confirmó el auto recurrido.

Agregó que resultaba contradictoria la argumentación jurisdiccional de que la presente investigación debía llevarse a cabo en el marco de un plazo razonable, habida cuenta el interés de la ciudadanía en la gravedad de las imputaciones; y que todo ello, sin que el colegiado reparara en el tiempo que llevaba el trámite de la investigación, que había tomado más de un año y medio, en el cual se desarrollaron más de cuarenta testimoniales y cuantiosas medidas de prueba, sin que se comprobara la tesis imputativa sostenida respecto de su defendido.

Finalmente, solicitó que se hiciera lugar al recurso de casación interpuesto, y que se tuviera presente la reserva del caso federal.

IV. Durante el término previsto por los artículos 465 y 466 del C.P.P.N., se presentó a fs. 188/195vta. el

señor fiscal general ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca, quien solicitó que la resolución recurrida se revocara por no satisfacer los términos del art. 123 del C.P.P.N.

Indicó que no se había dado a la parte una respuesta que permitiera despejar el estado de incertidumbre en que se encontraba frente al proceso, a partir de una adecuada consideración de los elementos de los tipos penales en juego y su valoración conjunta con la prueba producida en la causa; exigencia que no podía de ningún modo considerarse cumplida con la mera cita de artículos del Código Penal y un relato muy general de los hechos.

En idéntica oportunidad procesal, se presentó el impugnante, quien reiteró sustancialmente los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición del recurso de casación (fs. 205/215 vta.).

V. En la oportunidad prevista por los artículos 165, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., a fs. 245/258 vta. el recurrente presentó breves notas, a fin de reiterar en lo sustancial los argumentos en los que se sustentara el recurso de casación interpuesto.

VI. Superada la etapa prevista por el arts. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos a fs. 260, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Se efectuó el sorteo de ley para determinar el turno en el que los señores jueces debían emitir su voto, y resultó el siguiente orden sucesivo: doctores Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky.

El señor **juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. La cuestión bajo estudio requiere una definición previa en relación a si puede ser discutida en esta sede y en esta oportunidad. Se trata de un filtro analítico que debe realizarse aún cuando, como en el caso, el recurso interpuesto haya sido concedido por el tribunal anterior.

Oídos los argumentos de las partes, comienzo por

Cámara Federal de Casación Penal

señalar que, en principio, la resolución por la cual se resuelve el rechazo de una excepción de falta de acción, no constituye sentencia definitiva en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación, tal como lo ha sostenido oportunamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo 326:2514, considerando 3º; entre otros).

Es sabido que el recurso de casación es un instrumento procesal que permite a la parte la revisión de lo decidido, en el concreto aspecto que le causa perjuicio y en la medida de su interés, bajo determinados presupuestos.

Es así que la revisión en esta sede de las decisiones asumidas por jueces de anteriores instancias, no es libre ni en su materia, ni en su extensión. Queda acotada por los requisitos que prevé la ley procesal para la admisibilidad de los motivos aducidos (artículo 457 del C.P.P.N.), y también por el principio dispositivo que rige en el proceso penal en materia recursiva, y que exige autosuficiencia y autonomía argumental y expositiva.

Es decir, quien impugna tiene la carga de realizar un relato preciso y concreto de los hechos con sus circunstancias relevantes, del derecho en el que se funda, de los vicios por los cuales se agravia y del perjuicio de imposible reparación ulterior que le ocasionó la resolución impugnada; cuestiones que hacen a la *admisibilidad* de los motivos alegados y que deben ser resueltas de modo favorable a la pretensión del requirente, antes de que pueda ingresarse al estudio de su *procedibilidad*.

Como se dijo, el rechazo de una excepción de falta de acción no es un tipo de resolución jurisdiccional que se encuentre contemplada entre aquellas previstas en el artículo 457 del C.P.P.N., ya que no se trata de sentencia definitiva, ni de auto que ponga fin a la acción, a la pena, o que haga imposible que continúen las actuaciones, ni tampoco deniega la extinción, conmutación o suspensión de la pena (cfr. de

esta Sala IV: causa nº4878; "SOLMESKY, Alberto s/ recurso de queja", reg. nº 6023, rta. el 8/9/2004 -con la cita de la causa nº2373 "VERGARA ESCUDERO, Patricio s/recurso de queja", reg. nº3091.4, rta. el 27/12/00; causa nº2819 "GRANELL PAVIA, Emilio s/recurso de queja", reg. nº3506.4, rta. el 5/7/01; causa nº2084 "CASCO, Julio Aníbal s/recurso de queja", reg. nº2680.-4, rta. el 29/8/00; causa nº3182 "CASTIGLIONI, María Cristina s/recurso de queja", reg. nº3904.4, rta. el 15/3/02-; y la causa nº4142 "TOREA, Héctor s/recurso de queja", reg. nº5128.4, rta. el 29/8/03; causa nº4017: "MUZIKANT, Dora Elena s/ recurso de queja", reg. nº5012, rta. el 3/7/03; y causa nº4526: "BARRAZA PECE, Pedro Francisco s/ recurso de casación", reg. nº 5654, rta. el 27/4/04; entre varias otras-).

Ya en la primera oportunidad en que propusimos una revisión más amplia en esta instancia respecto del recurso de casación a la luz de la que nos pareció la correcta interpretación que debía asignársele al derecho al recurso (art. 8, inc. 2, apartado "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), hicimos referencia a la necesidad de otorgarle al instituto casatorio el carácter de recurso eficaz que garantizara suficientemente al imputado el examen integral del fallo condenatorio y de todos los autos procesales importantes.

Ello resultaba necesario, a fin de que existiera una verdadera revisión del fallo ante el juez o tribunal superior a la luz de la exigencia contenida en el citado art. 8.2.h. de la C.A.D.H., reflexión que fue desarrollada argumentalmente en oportunidades tales como la causa nº4428, "LESTA, Luis Emilio y otro s/ recurso de casación", reg. nº 6049, rta. el 23/9/04. Este criterio fue también sostenido en la causa nº 4807, "LÓPEZ, Fernando Daniel s/ recurso de queja", reg. nº 6134, rta. el 15 de octubre de 2004, y posteriormente adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: "CASAL, Matías Eugenio y otro", con su

Cámara Federal de Casación Penal

remisión al dictamen del Señor Procurador General de la Nación, en el fallo "REINOSO, Luis" (rto. el 7 de marzo de 2006).

Ahora bien, aquella proposición se concreta en la afirmación de que debe determinarse de modo puntual y según el caso, cuáles son las resoluciones que reúnen la condición de actos procesales importantes a los efectos de habilitar la instancia casatoria.

En tal sentido, desde mi incorporación al Tribunal afirmé invariablemente que la interpretación en este aspecto debía ser dinámica y flexible, así como también abarcadora de las especificidades del caso concreto y de los derechos de las partes, a fin de procurar adoptar la interpretación que mejor asegurara la tutela efectiva de los derechos en juego, de calidad constitucional.

Ello, habida cuenta el carácter definitivo de una decisión que sella la suerte de una pretensión procesal vinculada a un capítulo esencial de la defensa, y la clausura de la vía utilizada para la tutela oportuna de sus derechos sustanciales comprometidos (puede citarse en el mismo sentido el concepto de *definitividad* a los fines del recurso de inaplicabilidad de ley elaborado en las causas "RUIZ", res. nº189/95; y "REY MILLÁN", res. nº 191/97, entre otras).

Y a esta Cámara Federal de Casación Penal compete intervenir cuando la resolución recurrida sea definitiva o equiparable a tal, en tanto resulte susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, de conformidad con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese sentido, y con el fin de habilitar la vía recursiva, no interesa la etapa del proceso en que se produzca el agravio, sino que deberá valorarse la trascendencia del acto; es decir, su efecto de irrogar una *'imposible o tardía reparación posterior'* al imputado (cfr. en el mismo sentido la causa nº 5557, "NAVARESE, Claudio A.

s/ recurso de queja", reg. nº 7701, rta. el 21/7/06).

La Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa", también resaltó que el "derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses a una persona" (Caso "HERRERA ULLOA vs. COSTA RICA", sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 158).

En lo que respecta al alcance y contenido del derecho consagrado por el art. 8.2.h. de la C.A.D.H., la Comisión Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso "Abella". Allí puntualizó que "[u]n aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos fundamentales, como es la libertad personal. El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho de defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa" (cfr. Informe nº 55/97, caso nº 11.137, "Juan Carlos Abella", Argentina, 18 de noviembre de 1997, pár. 252).

Tal interpretación había sido sostenida en el caso "Maqueda", donde se afirmó que "la doctrina de la arbitrariedad [de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación] impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia, en la práctica ... no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez" (Informe nº 17/94, caso nº 11086, "MAQUEDA, Guillermo").

En función de lo expuesto, debe considerarse que la

Cámara Federal de Casación Penal

expresión "*fallo*" alude a la sentencia definitiva de contenido desfavorable al inculpado, y que a los fines de definir la expresión "*autos procesales importantes*" utilizada por la Comisión Interamericana en referencia a las decisiones jurisdiccionales que constituyen el objeto del "*derecho al recurso*" consagrado en el art. 8.2.h. de la C.A.D.H., deberá atenderse tanto al contexto en que ella fuera formulada, como al fundamento de la garantía explicitado por la Corte Interamericana. Criterio que, además, encuentra un paralelo en el concepto de "*sentencia equiparable a definitiva*" elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. En ese marco, entiendo que la decisión aquí recurrida que confirmó el rechazo de la excepción por falta de acción decidida en la instancia instructoria y sometida a la acción revisora del colegiado anterior, no puede ser equiparada a sentencia definitiva en sus efectos, en la medida en que no ha sido alegado en lo concreto –ni ha sido demostrado por la parte– la causación de un daño de imposible reparación ulterior, originado en el auto que se impugnó (cfr. C.S.J.N.: fallo y considerando citados; entre otros).

Antes bien, las valoraciones de la prueba producida en la causa, sobre las cuales la prolija defensa apoyó los motivos casatorios presentados a estudio, conservan la posibilidad de ser encausadas y examinadas en el trámite ordinario de la investigación, sin que se requiera un análisis previo en el trámite incidental de una vía excepcional.

Es entonces en ese contexto procesal en el que debe analizarse oportunamente la existencia de un hecho que a manera de hipótesis se adecue a una figura delictiva. Tal es la primera finalidad de la realización de la instrucción como etapa del proceso (art. 193 del C.P.P.N.). En ese sentido, los incisos 2º y 4º del art. 336 del C.P.P.N. establecen que el sobreseimiento procederá cuando surja de todo lo actuado

que el hecho investigado no se cometió, o que el delito no ha sido cometido por el imputado; causales que parecieran ajustarse en mejor medida a las pretensiones y fundamentos desarrollados por la parte ante esta sede, y cuyo efectivo cotejo con la prueba recabada (y a la que la propia impugnante hiciera referencia) resulta imprescindible, a los fines de arribar a un pronunciamiento jurisdiccional sobre el punto.

Es que, si bien la sentencia en crisis implica para el imputado continuar sometido a proceso tras haberse rechazado el pedido de excepción de falta de acción, queda pendiente la realización de un conjunto de valoraciones y evaluaciones de necesaria remisión a los antecedentes de causa y sus constancias respaldatorias que, de acuerdo a la propia línea argumental de los motivos expuestos ante esta instancia por la recurrente, conllevarían a la solución por la parte pretendida en caso de que le asistiera razón; cuestiones que, de momento, no pueden ser evaluadas por este tribunal. Es así que no surge en el caso la posibilidad de equiparar la resolución pronunciada con un auto de carácter definitivo, en orden a una violación del principio de legalidad o de la garantía de debido proceso (artículo 18 de la C.N.).

En ese sentido, no ha demostrado la impugnante ni tampoco se evidencia en el caso, la existencia de afectaciones que debieran surgir con claridad en el supuesto bajo estudio y de modo diferenciado, de acuerdo a sus particularidades y más allá de la general afectación o turbación que implica para cualquier persona el continuar sometida a un proceso penal, habida cuenta la inevitable injerencia que produce el poder estatal en la vida de una persona de cualquier modo sometida a una investigación de tal naturaleza.

Ello no ha quedado circunscripto en la pieza de impugnación de manera específica, ni se desprende tampoco que

Cámara Federal de Casación Penal

la cuestión traída a estudio haya recibido un tratamiento arbitrario e irrazonable en las anteriores oportunidades en las que se canalizó; ya sea en la respuesta brindada por el juez de la investigación, que entendió la vía utilizada como inidónea para tratar responsablemente el cuerpo del planteo; como en la solución desarrollada por el tribunal de apelación, que instó a dar un tratamiento eficaz, exhaustivo y fundamentalmente, expeditivo a la cuestión de fondo, más allá de las discusiones que pudieran surgir sobre la correcta interpretación de los tipos penales en juego, analizados de modo abstracto y preliminar.

III. Algún párrafo debe dedicarse al acápite destinado por la fiscalía al punto bajo análisis, en su dictamen de fs. 188/195vta.; puesto que allí se ensayan fundamentos en relación con la condición excepcional que revestiría la presente causa y que tornaría admisible el tratamiento de la cuestión planteada, en razón de configurarse un supuesto amparado por el principio de la gravedad institucional.

Al respecto, señaló el señor fiscal general que la trascendencia institucional que la ley nº 25320 (Ley de fueros) asignaba a la situación procesal penal de un funcionario de la jerarquía del aquí imputado, conducía a la conclusión de que nuestro ordenamiento jurídico no permitía que esa categoría de funcionarios se encontrara bajo investigación penal de manera eterna e indefinida, porque se comprometía el mandato constitucional que le fuera conferido; y que por ello constituían casos de gravedad institucional.

Sin embargo, y pese a que el exponente integró a sus razonamientos la dimensión colectiva de los intereses involucrados en autos, o la necesidad de resolver las cuestiones suscitadas para que las contrataciones con la empresa implicada en los hechos -cuya actividad es de gran importancia en la vida social del país- no se vieran

obstaculizadas, lo cierto es que no se advierte en su alegación un ajuste de los términos de la citada doctrina al presente caso.

Es decir, no se han relacionado suficientemente los extremos de ese marco teórico con las circunstancias del caso; por el contrario, la trascendencia o gravedad institucional de las imputaciones cursadas requieren que se culmine la investigación y se adopte una decisión fundada sobre el fondo del asunto.

Cabe agregar que no puede desprenderse una necesaria conclusión desvinculante para el caso de autos, del desarrollo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró sobre el alcance de la doctrina de la gravedad institucional (Fallos: 246:237; 248:189; 263:72, 317:1690; 327: 4495); y que tampoco sucede ello a partir de los citas de los precedentes de esta Sala IV, que fueran mencionados por el dictaminante a los efectos de fortalecer su posición, pero que no resultan de aplicación al tratamiento de un recurso ante el rechazo de una excepción de falta de acción.

IV. Entiendo, en consecuencia, que la vía intentada no se presenta idónea y que deben remitirse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que prosiga la investigación, con la celeridad del caso.

Propongo al acuerdo, entonces, que se declare inadmisibile el recurso de casación interpuesto a fs. 118/153vta. de la presente causa nº 1369/2013 por el doctor Diego Pirota, en representación de Amado Boudou, y se tenga presente la reserva del caso federal. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor **juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

En primer lugar corresponde establecer con claridad, si las defensas interpuestas por el imputado, conforman argumentos que pueden ser planteados, y por ello deben ser atendidos, mediante el remedio procesal elegido.

Ello, tanto y en primer lugar, en orden al objeto

Cámara Federal de Casación Penal

procesal para el que el remedio jurídico intentado ha sido previsto (1), y asimismo también, en relación a las (2) condiciones formales que reclama la ley adjetiva para habilitar la jurisdicción de este Tribunal.

En relación a lo primero, (1) estamos ante una excepción de falta de acción, y ella ha sido prevista en la ley procesal, para el relevamiento de *excepcionalísimas* circunstancias procesales o sustantivas, cuya verificación impone -en orden a la definitiva imposibilidad de proceder- cercenar de una vez e inmediatamente la investigación, pero *no para plantear el desajuste sobre la interpretación que se pretende dar a los hechos objeto de imputación, o las objeciones a su eventual calificación legal.*

Las circunstancias que las partes están habilitadas para encausar en la excepción, se encuentran referidas por el propio legislador en el inc. 2) del art. 339 del Código adjetivo, a saber, que la acción "(a) no se pudo promover o (b) no fue legalmente promovida, o (c) no puede ser seguida, o (d) estuviere extinguida". (a y b) No se ha podido promover, o no ha sido legalmente promovida cuando, para las condiciones del derecho sustantivo falta alguna circunstancia reclamada por el injusto, por ejemplo, no existe la declaración de quiebra para los delitos de los "quebrados y otros deudores punibles" -arts. 176 y sig. del C. Penal- o, desde el punto de mira procesal, faltan condiciones para ello, por ejemplo, tratándose de un delito dependiente de instancia privada -art. 72 del C. Penal-, el fiscal hubiere requerido instrucción sin que estuviere acreditada la voluntad del damnificado de investigar. La acción (c y d) no puede ser seguida, o está extinguida, cuando una circunstancia sustantiva sobreviniente impide la continuidad del ejercicio de la misma, por ejemplo, fallece el imputado -inc. 1º del art. 59 del C. Penal-, o sucede una modificación de la ley sustantiva o formal, que impone

mayores exigencias, ausentes en el caso, debiendo resolverse conforme la mayor benignidad de la nueva regulación, la extinción de la acción, por ejemplo, la modificación de los pisos de imputación para el delito de evasión tributaria -art. 1º de la Ley 24.769, según modificación operada mediante la ley 26.735, y art. 2 del C. Penal-.

Ninguna de las hipótesis para las que la excepción está prevista ha sido argumentada por la defensa, y ello impone sin más el rechazo del planteo.

Efectivamente, la defensa del imputado formula pretensiones ajenas al acotado universo de la excepción de falta de acción, expresando disconformidad sobre la existencia de "elementos contundentes" de los que surgiría -según su pretensión- la ausencia de encuadre típico de los hechos, imponiéndose como consecuencia de la continuidad del proceso, la "palmaria vulneración a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable". Como he expresado con claridad, no es la excepción de falta de acción el medio por el que corresponda analizar las pretensiones de la defensa referidas a la ausencia de prueba, ni a un juzgamiento tempestivo, y por ello, el recurso debe ser rechazado sin más.

En relación a las exigencias formales que requiere la ley para habilitar la jurisdicción de este Tribunal (2) -circunstancia que se relaciona con las pretensiones defensivas de un juzgamiento tempestivo-, resulta condición indispensable para que la jurisdicción esté habilitada, en primer lugar y originalmente que las partes formulen sus pretensiones en tiempo procesal hábil.

La defensa estaba obligada a mantener el recurso dentro del término que al efecto le otorgan los arts. 464, 2º párrafo, en orden al art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación, y habiéndose decidido que -resultando extemporáneo el mantenimiento- correspondía declarárselo desierto (fs. 165/vta., registro 1983/13, rta. el 17/10/2013), el mismo ha

Cámara Federal de Casación Penal

sido habilitado por el voto mayoritario de los distinguidos colegas de Sala a consecuencia de un recurso de reposición, en el que voté en disidencia (fs. 173/174 vta., registro 2147/13, rta. el 07/11/2013), circunstancia procesal que no puede soslayarse en orden a las ya referidas -y reiteradas en la breves notas presentadas en sustitución de la comparencia a la audiencia- postulaciones de la defensa sobre un juzgamiento tempestivo. La pregunta surge palmaria ¿puede reclamar celeridad procesal quien no solamente elige erróneamente los remedios mediante los cuales encauzar sus pretensiones, sino que además llega tarde a la presentación de los mismos?

Si verdaderamente la defensa pretende evitar dilaciones indebidas deberá, en primer lugar, elegir procedimientos legalmente pertinentes para expresar la defensa de su pupilo, y además plantearlas de manera tempestiva, esto es, en los términos que la ley procesal le impone para ello. De otra manera, no podrá interpretarse su conducta sino como un proceder contrario a sus propias postulaciones, y lo que es peor, obstructivo a la verdadera reconstrucción histórica de los hechos objeto de juzgamiento.

Sin perjuicio de ello lleva razón sobre la urgencia que demanda la actuación de la ley penal, y de la trascendencia del tiempo sobre la pretensión punitiva, especialmente cuando se trata de funcionarios públicos, razones que imponen recomendar tanto al instructor, como al representante del Ministerio Público, que deben extremar los esfuerzos para la mas pronta y cabal reconstrucción de todos los hechos de la causa, así como la imputación de los mismos a todos los eventuales responsables, en cabal acatamiento del mandato constitucional de seguridad-legalidad.

En similares yerros incurre el representante de la vindicta pública, al afirmar que la excepción de falta de acción es camino válido para reclamar al tribunal si el hecho

"es o no delito", pero además haciendo caso omiso a su propia responsabilidad, reclama se "despeje la situación de incertidumbre" sobre los hechos y el derecho, postulando - como si resultara una pretensión coherente con sus consideraciones-, que se revoque la resolución recurrida y se despeje la situación de incertidumbre en que se encuentra el proceso seguido a Amado Boudou, dejando entrever, solapadamente, y como él mismo critica respecto de los jueces de la Cámara Federal, que no habría sólidos motivos para continuar con la investigación.

En las sociedades organizadas según el principio de la libertad, esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes etc. -en orden a lo cual no pueden caber dudas sobre la Argentina-, el correlato necesario a ello está constituido, entre otras prestaciones estatales, por el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que él resulta recipiendario, según el mandato constitucional de legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un con-ciudadano, definido como delito, el mismo habrá de ser pertinentemente sancionado.

Quedan comprendidos en la protección de la garantía ciertamente también, los delitos que afectan no solamente los bienes personales, sino todos, dado que sobre ellos existe el consenso que está implícito en la circunstancia de su protección mediante pena legal.

Un proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública genera incerteza sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, *anomia*, y entonces suele suceder, como puede advertirse en la sociedad argentina de un tiempo a esta parte, que los ciudadanos retoman legítimamente la defensa de sus derechos, con los

Cámara Federal de Casación Penal

nefastos resultados que ello necesariamente supone.

Sobre las circunstancias de la anomia, he tenido oportunidad de expedirme con mas extensión en el fallo "Galeano, Juan José s/recurso de casación" (causa nro. 8987 de la Sala II, rta. el 14/08/2013, reg. nro. 1125/2013).

Por cierto que por lo demás, un tal proceder del Ministerio Público genera asimismo, responsabilidad internacional del Estado Argentino en relación a los compromisos asumidos en ese ámbito.

Sobre las obligaciones del Estado en orden a la prestación a la paz y de investigación, juzgamiento y sanción de hechos cometidos por funcionarios públicos, me he expedido recientemente en la causa "Alsogaray, María Julia s/recurso de casación, rta. el 24/04/2014, registro 667/2014). En caso de incumplimiento por el Estado con esas obligaciones, se vulnera un derecho humano, que también tiene la protección en el art. 274 del Código Penal que impone a los funcionarios públicos promover la persecución y represión de los delitos.

Por último, debe quedar pertinentemente aclarado, a fin de evitar infundados cuestionamientos a la imparcialidad, que ninguna de las consideraciones realizadas en el presente voto constituyen afirmaciones sobre los hechos de la causa, que -como he establecido-, no deben ser considerados mediante este recurso.

En consecuencia propongo al acuerdo DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto a fs. 118/153 vta. por el Dr. Diego Pirota, defensor de Amado Boudou, con costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva del caso federal.

El señor **juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. El presente incidente se origina en el planteo de falta de acción articulado por la defensa de Amado Boudou (C.P.P.N., art. 339, inc. 2º), bajo la alegación de que los hechos investigados no constituyen conducta ilícita alguna y,

subsidiariamente, de que en el marco de las presentes actuaciones no aparece que el señor Amado Boudou pudiera haber realizado alguna conducta con relevancia para el derecho penal (cfr. fs. 1/61 vta.).

Oportunamente, con motivo de la vista conferida por el magistrado instructor, el fiscal federal de primera instancia interviniente dictaminó que correspondía rechazar la excepción de falta de acción intentada por la defensa, con fundamento en que la presentación efectuada por dicha parte no reunía los extremos para configurar una excepción como la aludida, en razón de que se esgrimían planteos que hacen al fondo de la cuestión, sobre los cuales esa Fiscalía no debía emitir opinión, al menos, en dicho estadio procesal (cfr. fs. 64/64 vta.).

En dicho marco, el juez federal actuante resolvió no hacer lugar a la excepción de falta de acción articulada por la defensa de Amado Boudou. Para así decidir, el magistrado instructor, en lo sustancial, sostuvo que la vía intentada no era la idónea para la decisión de mérito perseguida por la defensa, debido a que el momento elegido por el impugnante para cuestionar la calificación legal, no sería el adecuado, puesto que la denuncia se presentó por hechos que el fiscal entendió irregulares y respecto de los cuales el C.P.P.N. lo obliga a adecuarlos a una calificación legal que contenga la conducta. El juez interviniente acotó que la calificación no define el rumbo del proceso ni orienta la investigación a un fin determinado y que lo mismo ocurre con la calificación que se usa en la indagatoria o en el procesamiento porque justamente son susceptibles de modificación en una posible etapa posterior. Sobre dicha base, concluyó que sólo sería procedente hacer lugar a un planteo de este tipo, en casos en que la diferencia entre la calificación escogida por el fiscal y la propiciada por la defensa involucre cuestiones de libertad; supuesto que no es el del caso bajo estudio. Finalmente, el sentenciante de

Cámara Federal de Casación Penal

primera instancia señaló que el planteo de la defensa no se encontraba motivado en alguno de los supuestos excepcionales previstos en el art. 339 del C.P.P.N. (14/05/13, fs. 65/66).

Con motivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Amado Boudou contra dicha decisión, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (en adelante "C.N.A.C.C.F."), resolvió confirmar la resolución de fs. 65/66 en cuanto no hizo lugar a la falta de acción deducida por la citada defensa, debiendo el magistrado instructor extremar los recaudos para culminar, con la premura que el caso merece, la tarea de recolección de pruebas que permita resolver la situación de Amado Boudou con relación a los hechos por los que fue denunciado (Reg. nº 870, resolución del 1º de agosto de 2013, fs. 103/107).

Para así decidir, el "a quo" sostuvo, en lo medular: *"la respuesta del fiscal [al planteo de la defensa de Amado Boudou] se exhibe convincente. Si de lo que se trata es de debatir al interior de los acotados y estrictos límites de una excepción de falta de acción, pareciera suficiente señalar que no se dan sus específicos presupuestos para denegar su procedencia. El problema, ciertamente no se manifiesta aquí."*

Ahora, si el razonamiento culmina ahí, en la vacía apelación a las formas propias del instituto invocado, la respuesta deja de ser tal para transformarse en una conveniente fórmula a la cual se recurre para eludir el debido tratamiento de una inquietud que reclama ser atendida; actitud en suma insostenible cuando de lo que se trata no es de la habilidad de superar una contrariedad, sino de la tarea de administrar justicia. En estos otros términos, la fuerza del argumento sucumbe y no hay ya manera de verse válidamente eximido de emitir opinión. El problema es que esta segunda situación es la que sí se canalizó aquí".

"...Tras entender que no debía emitir opinión, el

fiscal también omitió otros quehaceres, tales como sugerir qué pruebas debían practicarse para poder llevar a cabo esa acreditación sumaria a la que aludió, qué medidas debían desarrollarse para develar los hechos investigados, qué otros caminos debían recorrerse para poder examinar el fondo de la cuestión y que, finalmente, lo habilitarían a opinar. Nuevamente, no fue eso lo que se refleja en el escueto dictamen que precedió a la decisión del juez”.

“VI. Tampoco en ella [en alusión a la decisión del magistrado instructor] la situación difiere en gran medida de la descrita en la pieza recién evocada. Aunque sus argumentos son más sustanciales en su número, no lo son en su contenido. Ello, cuando no incurren en una contradicción que impide comprender cuál es, en definitiva, el verdadero motivo del rechazo dispuesto”.

“...Denegar el éxito de la pretensión de la defensa aduciendo que las calificaciones dadas por los actores del proceso a los hechos denunciados en el sumario se instituyen en meras pautas orientativas, incapaces de resumir la esencia de la investigación sustanciada, es olvidar que la misión de la magistratura es decidir el derecho y que este, cuando se refiere a la órbita punitiva, supone justamente la evaluación de figuras legales, de tipos penales, de calificaciones. Los jueces no hemos sido convocados a trabajar con simples entelequias o meras propiedades discursivas. Fuimos llamados para analizar hechos concretos a la luz de normas específicas”.

“Es por ello que el primer argumento que ilustra la resolución no puede dar cuenta de una razón valedera para rechazar la pretensión del incidentista, sin riesgo de incurrir en un preocupante desconocimiento de la función que informa la tarea de la magistratura.

Por lo demás, la conclusión dada al asunto según su restante motivación no difiere de la argumentada por el Sr. Fiscal, como tampoco su yerro.[...] Su problema está en que,

Cámara Federal de Casación Penal

una vez más, tras la acertada indicación de que el recorrido no era el camino adecuado, nada se hace a continuación para encausar la pretensión [en alusión a la pretensión de la defensa] que, equivocada en su forma, podría no serlo en su fondo. El tema es que la única manera de comprobar su acierto o no es llevar adelante una investigación concreta, exhaustiva y, fundamentalmente, expedita que el legajo, al menos de momento, no logra evidenciar".

II. Contra dicha resolución de la Sala I de la C.N.A.C.C.F. (la del 01/08/13 antes referenciada), la defensa de Amado Boudou articuló el recurso de casación, hoy en examen. En lo sustancial, el recurrente alegó la inobservancia de la normativa establecida por el código de forma -error in procedendo-, por haberse interpretado erróneamente las previsiones del art. 339 y siguientes de dicho cuerpo legal (C.P.P.N., art. 456, inc. 2º) y la arbitrariedad manifiesta de la resolución del "a quo" cuestionada.

La Sala I de la C.N.A.C.C.F. concedió el recurso de casación interpuesto (Reg. Nº 1082, resolución del 10 de septiembre de 2013, fs. 156/157).

Asimismo, con fecha 7 de noviembre de 2013, esta Sala IV -por mayoría-, con la previa anuencia del señor Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante "C.F.C.P."), doctor Javier A. De Luca (cfr. fs. 171/171 vta.), dictó la resolución sobre la habilitación de esta C.F.C.P. para resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Amado Boudou (Reg. nº 2147/13.4 -fs. 173/174 vta., decisión que se encuentra firme-, con cita de precedentes de esta C.F.C.P., Sala IV: causa nº 16.359, reg. nº 87/2013 del 14/02/13; causa nº 15.016, regs. nº 473/12 y 549/12 del 09/04/12 y 18/04/12, respectivamente; causa nº 15.438, reg. nº 980/12 del 18/06/12 y Sala III: causa nº 13.452, reg. nº 817/13 del 27/05/2013, todas en lo

pertinente y aplicable).

Durante el término de oficina de dicho recurso (C.P.P.N., arts. 465 -cuarto párrafo- y 466), se presentó el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca, quien "... p[uso] de manifiesto la trascendencia pública e institucional que le asigna nuestro Estado a la situación procesal-penal de un funcionario de tal jerarquía.

Esta simple observación nos lleva a concluir que el ordenamiento jurídico no permite que esa categoría de funcionarios se encuentre mantenido bajo investigación penal de manera eterna e indefinida, porque se encuentra comprometido el mandato constitucional acordado oportunamente por el pueblo de la Nación. Son casos de gravedad institucional porque lo que se decida excede el mero interés de las partes y atañe también al de la colectividad (Fallos: 247:601; 256:517; dictamen del Procurador General en Fallos: 306:1472; vid. Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo, El Recurso Extraordinario, Abeledo Perrot, tercera edición actualizada, Buenos Aires, 2000, nota de pág. 182)".

Asimismo, el señor Fiscal General postuló que "la resolución recurrida debe ser revocada por no satisfacer los términos del art. 123 CPPN, y que se disponga (art. 470 CPPN) que de inmediato (arts. 18 Constitución Nacional, art. 8.1. Convención Americana sobre Derechos humanos, ambos reglamentados por los arts. 161, 207 y concordantes del CPPN), se despeje la situación de incertidumbre en que se encuentra el proceso respecto del peticionante, tanto en relación con los hechos como sobre su subsunción en alguna figura penal" (el subrayado obra en el dictamen original de fs. 188/195 vta.).

Al respecto, el señor Fiscal General ante esta Cámara precisó:

"La lectura de los hitos procesales de la causa genera un primer llamado de atención acerca de que la resolución recurrida tiene un déficit, al menos desde el

Cámara Federal de Casación Penal

punto de vista lógico. Ello así, porque si una misma argumentación sirve o es empleada para arribar a dos resultados opuestos, es evidente que es incorrecta.

La Cámara Federal contestó con una resolución que pone de manifiesto que daba lo mismo que en su parte dispositiva dijera 'Confirmar' que 'Revocar'. En efecto, después de lanzar diversas y fuertes críticas al fiscal y al juez de la causa, con argumentos que hacían presagiar la declaración de arbitrariedad o de falta de fundamentación de esas piezas procesales, el tribunal de apelaciones culminó con una 'confirmación', unida a una recomendación de 'apurar los trámites'. 'Confirmar en el contexto aludido, en realidad significa lo contrario, esto es, que sigan actuando como hasta ahora'.

"...La excepción de falta de acción es un instituto procesal anterior a la sentencia final, por el cual los interesados tienen derecho a discutir si la conducta por la que lo están persiguiendo judicialmente es delito o no lo es. Y al peticionante se le viene negando ese derecho.

En la causa se advierte una actividad procesal importante. Pero no se le ha dado al investigado y a la sociedad una respuesta consistente en qué hechos con relevancia jurídico-penal están siendo investigados. La mera cita de artículos del Código Penal, no satisface ese deber, porque los hechos son relatados por los investigadores de manera muy general, sin consideración a los elementos relevantes de los tipos penales que, según ellos, se encuentran involucrados.

Entiendo, entonces, que debe realizarse de manera inmediata la valoración conjunta de todas las pruebas producidas, y con el fin puesto en una pronta elucidación del caso, determinar cuáles restan producirse".

Durante el aludido término de oficina, también se presentó la defensa del señor Amado Boudou y reiteró,

sustancialmente, los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición del recurso de casación (fs. 205/215 vta.). Finalmente, en la ocasión prevista por los arts. 465 -último párrafo- y 468 del C.P.P.N., dicha parte presentó breves notas con similar tenor y acotó que la prueba producida con posterioridad a su planteo originario no ha tornado abstracta la cuestión debatida en el presente incidente (fs. 245/258 vta.).

III. El principio de unidad de actuación determina que en un caso concreto la opinión de un miembro del Ministerio Público represente la opinión del organismo. El referido principio debe entenderse conjuntamente con el de organización jerárquica, que también caracteriza la actuación del Ministerio Público (Art. 1, *in fine*, de la Ley Orgánica del Ministerio Público Nº 24.946, B.O.: 23/03/98).

La articulación de dichos principios rige el sistema de competencias estipulado en la citada ley 24.946, dentro del marco de lo normado por el art. 120 de la Constitución Nacional. Conforme dicha articulación, ante la existencia de distintas opiniones sobre una misma cuestión, prevalecerá la del representante del Ministerio Público Fiscal que tenga mayor rango como expresión de la representación del órgano, en la medida que se encuentre fundada (Art. 69 del C.P.P.N.).

En función de lo antes reseñado, se advierte que el señor Fiscal General ante esta instancia, emitió su dictamen de fs. 188/195 vta. fundadamente (Art. 69 del C.P.P.N.), de acuerdo al mandato constitucional de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (Art. 120 de la Constitución Nacional).

En dichas circunstancias, cabe tener en cuenta que en reiteradas oportunidades sostuvo que la ausencia de controversia entre la defensa y lo dictaminado fundadamente por el fiscal impedía, según el caso, la modificación del

Cámara Federal de Casación Penal

fallo impugnado o, como en el *sub lite*, su convalidación (cfr. en lo pertinente y aplicable votos del suscripto, C.F.C.P., SALA IV: causa nº 15.046, "AGÜERO, Gabriel Ubaldo s/recurso de casación", reg. nº 807/12 del 21/05/12; causa nº 15.384, "AMARALES, José Antonio y otros s/recurso de casación", reg. nº 936/12 del 12/06/12; causa nº 14.284, "LÓPEZ, Miguel Ángel y otra s/recurso de casación", reg. nº 1488.12 del 30/08/12; causa nº 15.757, "CABAIL ABAD, Juan Miguel s/recurso de casación", reg. nº 2091/12 del 06/11/12; causa nº 15.443, "VILLA, Daniel Tomás s/recurso de casación", reg. nº 2239 del 20/11/12; causa nº 15.413, "CASTILLO, Patricio Ernesto s/recurso de casación", reg. nº 2263/12 del 21/11/12; causa nº 85/2013, "MIRANDA, Adrián Fernando s/recurso de casación", reg. nº 166/13 del 01/03/13; causa nº 228/2013, "XIANG, Ruiqin y otros s/recurso de casación", reg. nº 500/13 del 16/04/13; causa nº 16.284, "IBARRA, Héctor Rolando s/recurso de casación", reg. nº 675.4 del 13/05/13; causa nº 167/2013, "SILVA, Diego Antonio s/recurso de casación", reg. nº 945.13.4 del 07/06/13; causa nº 16.272, "ROLÓN, Richard s/recurso de casación", reg. nº 968.4 del 07/06/13; causa nº 16.664, "RAJNERI, Raúl Norberto s/recurso de casación", reg. nº 1233/13.4 del 10/07/13; causa nº 506/13, "MEZA BALDEON, Jhosselin Patricia s/recurso de casación", reg. nº 1925.13.4 del 07/09/13; causa nº 1008/2013, "BAUTISTA, Claudia Magdalena s/recurso de casación", reg. nº 1688/13.4 del 12/09/13; causa nº 1677/2013, "SANTA CRUZ, Marco Antonio s/recurso de casación", reg. nº 2487.13.4 del 12/12/13; causa N° 415/2013, "REJAS, Félix Bernabé s/ recurso de casación", reg. nº 2492.13.4 del 13/12/13; causa nº 14.622, "SIGNORI, Alejandro Javier s/recurso de casación", reg. nº 2505.13.4 del 16/12/13; causa nº 1395/2013, "GONZÁLEZ, Josué Daniel o BARZOTI, César Aníbal o GONZÁLEZ, Jorge Daniel s/ recurso de casación", reg. nº 2644/13.4 del 27/12/13; causa nº 1772/2013, "GARCÍA, Leonardo

Fabio s/recurso de casación", reg. nº 99.14.4 del 19/02/2014; causa nº 1541/2014, "CASTREGE, María del Carmen s/recurso de casación", reg. nº 479/14.4, del 28/03/14, y en Sala III: causa nº 15.927, "AGHO, Samson Odemwingie s/recurso de casación", reg. nº 1266/12 del 07/09/12; causa nº 16.654, "CHUCHI, Claudio Faustino s/recurso de casación", reg. nº 138/13 del 28/02/13; causa nº 17.141, "RABELLO CAMPOS, María Soledad s/recurso de casación", reg. nº 579/13 del 26/04/13; causa nº 254/2013, "GARCÍA, Leonardo Fabio s/recurso de casación", reg. nº 1358/13 del 12/08/13; causa nº 154/2013, "CÁRCAMO, Mauricio Ángel s/recurso de casación", reg. nº 1396/13 del 15/08/13; causa nº 16.608, "CABELLO, Sebastián s/recurso de casación", reg. nº 1513/13 del 30/08/13; causa nº 17.164, "MÉNDEZ, Maximiliano Manuel Jerónimo, reg. nº 1646/13 del 12/09/13; causa nº 1272/2013, "SÁNCHEZ, Víctor Damián s/recurso de casación", reg. nº 2330/13 del 02/12/13; causa nº 1289/2013, "ARCE, Luis Rodrigo s/recurso de casación", reg. nº 2561/13 del 23/12/13 y reg. nº 389/14 del 20/03/14, precedentes que en todos los casos se encuentran firmes).

IV. En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado fundadamente por el señor Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal, doctor Javier A. De Luca, y ajustado a los precedentes referenciados en el considerando anterior, se impone en autos anular la resolución impugnada y reenviar las presentes actuaciones al "a quo" para que otorgue una respuesta jurisdiccional al incidentista, conforme a derecho y a lo que aquí se establece; sin costas en la instancia (C.P.P.N., arts. 456 - inc. 2º-, 471, 530 y 531).

Por las razones expuestas, en mérito del acuerdo que antecede, este tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto a fs. 118/153vta. de la presente causa nº

Cámara Federal de Casación Penal

1369/2013 por el doctor Diego Pirota, en representación de Amado Boudou, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada CSJN nº 15/13) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara, y remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí: