

Ministerio Público de la Nación

INTERONGO RECURSO DE APELACION

Señor Juez:

Gerardo D. Pollicita, Fiscal Federal a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro.11, en la causa **Nro. 777/2015 (10.789/15)**, caratulada **“Fernández de Kirchner Cristina y otros sobre encubrimiento”** del registro de la Secretaría N° 5 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 a vuestro digno cargo, me presento ante V.S. y respetuosamente digo:

I.- OBJETO

Que de conformidad con lo dispuesto por el art. 449 y siguientes del C.P.P.N. vengo por el presente a interponer formal recurso de apelación atento al gravamen irreparable que le causa a esta parte la decisión adoptada por V.S. a fs. 3415/3427Vta., por medio de la cual estimó que no podía prosperar la pretensión expuesta a fs. 3403/3410 por el Presidente de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), Ariel Adolfo Cohen Sabban, consistente, por un lado, en que dicha delegación sea tenida como parte querellante y, por otro, en que se proceda a la reapertura y prosecución del presente trámite con intervención de este Ministerio Público.

II.- FUNDAMENTOS

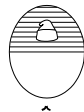
Para fundar la presente vía recursiva, se habrán de exponer los principales argumentos utilizados por el pretenso querellante en la dirección *supra* indicada (acápite II.A), para luego, en función de los fundamentos expuestos por el *a quo* para rechazar su solicitud (acápite II.B), desarrollar las críticas que sustentan el agravio causado a este Ministerio Público por dicha decisión y las circunstancias por las cuales se considera que la misma debe ser revocada (acápite II.C).

A) LA PRESENTACIÓN DE LA DAIA

En la presentación mediante la cual se solicitó que se tenga a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA) como parte querellante, el Presidente de la misma, Ariel Adolfo Cohen Sabban, estimó que habían surgido nuevos elementos que no fueron valorados al momento de resolverse la desestimación de la denuncia que motivó los presentes actuados por inexistencia de delito.

En esa dirección sostuvo que en el marco de la causa N° 14.305/15 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 obra el audio de una conversación telefónica entre Guillermo Israel Marcos Borger (quien fuera presidente de la Asociación Mutual Israelita Argentina –AMIA–) y Héctor Marcos Timerman (ex Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación), donde éste último admitiría que la República Islámica de Irán puso la bomba que atentó contra la AMIA-DAIA, y sin perjuicio de ello se continuó con el tratamiento del denominado “Memorandum de Entendimiento” entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados a dicho ataque terrorista, que habría tenido como objetivo la impunidad de los acusados iraníes.

Sin desconocer que V.S. había dispuesto desestimar los hechos ilícitos denunciados y el requerimiento fiscal por entender que no resultaban constitutivos de delito, sostuvo Borger que en la actualidad los hechos habían cambiado y también su significación jurídica ya que, a través del novedoso elemento de prueba, se incorporaba un hecho nuevo, cual es que el representante del Estado Argentino que suscribió el “Memorandum de Entendimiento” sabía al momento de la negociación que los funcionarios iraníes habían tenido participación en el atentado y, aún así, llevó adelante negociaciones para hacer caer los pedidos de captura que pesan sobre los imputados.



Ministerio Público de la Nación

A ello, se agrega el otro de los elementos novedosos que a criterio del pretense querellante debía ser inevitablemente valorado a los fines de la reactivación de la causa, cual es que al momento de la desestimación de la denuncia oportunamente dispuesta por V.S. aún no había adquirido firmeza la inconstitucionalidad del citado Memorandum.

Consecuentemente, estimó prudente y necesario que V.S. solicite *ad effectum videndi et probandi* la causa N° 14.305/15 al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 y, otorgándosele intervención a este Ministerio Público para que se expida sobre la viabilidad de la reactivación peticionada en razón de las nuevas pruebas y hechos referidos, proceda a continuar con la investigación del presente sumario, disponiendo la producción de las medidas de prueba solicitadas oportunamente por el suscripto al requerir la instrucción.

B) LA RESOLUCIÓN EN CRISIS

En la resolución que resulta materia de apelación el *a quo* comenzó rememorando los argumentos por los cuales postuló oportunamente la desestimación de la denuncia efectuada por el Dr. Alberto Nisman, por los cuales arribó a la conclusión de que “[...] **ninguna de las dos hipótesis de delito sostenida por la Fiscalía en su requerimiento, se sostenían mínimamente, la primera («Comisión de la verdad»), porque el presunto delito nunca se cometió; y la segunda (baja de las «notificaciones rojas»), porque la evidencia reunida, lejos de sostener mínimamente la versión fiscal, la desmentía de un modo rotundo y lapidario, llevando también a la misma conclusión de la inexistencia de un delito**” (el texto en negrita se encuentra en el original).

Posteriormente, en punto a expedirse sobre la solicitud efectuada por Ariel Adolfo Cohen Sabban, señaló que “[l]as dos cuestiones que aquí viene a presentar la DAIA en su escrito, lejos de cambiar el parecer del suscripto en este

asunto, lo refuerzan, pues en definitiva revelan una ausencia de reales elementos de prueba que vengan a poner en tela de juicio las afirmaciones antes desarrolladas”.

“Por un lado, una conversación telefónica entre el ex Canciller Timerman y el dirigente comunitario Guillermo Berger [...], de la cual, lo único relevante a los efectos de esta causa, es que el primero de los nombrados le atribuye a Irán la responsabilidad de haber colocado el explosivo en la sede de la AMIA en 1994, esto es, una afirmación, en términos coloquiales, de la postura que la República Argentina ha sostenido oficial y públicamente al menos desde que el Juez Federal Dr. Canicoba Corral libró las órdenes de captura internacionales en contra de una serie de funcionarios de ese país, el 9 de noviembre de 2006, y que fueron respaldadas en la Asamblea General de Interpol el 7 de noviembre de 2007”.

“Francamente entonces, no se advierte en qué esta conversación puede poner en jaque el sólido edificio fáctico y jurídico, que se evidencia en esta causa, consolidado en las tres instancias penales”.

“Para colmo, con respecto a una conversación de carácter privado que, conforme las declaraciones públicas de ambos interlocutores, conspicuos representantes de la comunidad judía argentina, habría sido grabada por terceras personas”.

“Sin perjuicio del ejercicio de la acción penal que eventualmente podrían –si es que ya no lo han hecho- ejercer los involucrados [...], se advierte del testimonio brindado por Guillermo Israel Marcos Berger en el marco de la causa n° 14.305/15 del registro del juzgado N° 11 del fuero que, a la par de desconocer «como se hizo pública» la citada conversación con el ex Canciller puesto que no la «grabaron», expuso que en esa oportunidad se dijeron «lo mismo que tanto Timerman como yo dijimos en público, salvo las diferencias en cuanto a la terminología y forma de expresarse» (cfr. fs. 3411/3412). Es decir, Timerman sosteniendo –desde su punto de vista– la importancia de la firma del acuerdo con



Ministerio Público de la Nación

Irán para el esclarecimiento de la causa AMIA; en tanto que Borguer, bregando por el rechazo de acuerdo por cuanto Irán no era un estado confiable, el mismo iba en desmedro de la citada causa, perjudicaba al país y era inconstitucional, aspectos éstos que sostuvo en el debate parlamentario de la aprobación del citado acuerdo”.

“Con relación al otro argumento, según el cual, el fallo de inconstitucionalidad del Pacto con Irán ha quedado firme, debo recordar aquí, que tanto en la resolución de desestimación de primera instancia, como –especialmente en la decisión del superior– ha quedado bien en claro que la cuestión de la declaración de inconstitucionalidad del Pacto con Irán fue tenido muy en cuenta para desarrollar los argumentos tendientes a desechar la denuncia del Dr. Nisman y por lo tanto, el mero dato de que dicha inconstitucionalidad adquirió firmeza, no viene más que a reafirmar aquellos argumentos en tal sentido”.

*“Con más razón, al reparar en que **la misma Sala de la Excma. Cámara Federal que ha confirmado el fallo de desestimación de la denuncia del Dr. Nisman, es la misma que, dos años antes, revocó el fallo del juez de grado y fundamentó y declaró la citada inconstitucionalidad del Pacto con Irán, de modo que no se puede advertir en este «nuevo hecho» que presenta la DAIA, nada que vaya a modificar lo ya decidido**” (el texto en negrita se encuentra en el original).*

“Al contrario, lejos de constituir un argumento en contra de lo decidido en esta causa, constituye un argumento en su favor, pues cierra definitivamente la posibilidad fáctica de activar la «Comisión por la verdad» que figuraba en la letra del convenio, sellando entonces la suerte de aquel otro argumento, ya desechado, de la denuncia original [...]”.

“[...] En definitiva, del análisis detenido de las dos argumentaciones desarrolladas en la presentación de la DAIA, y de las declaraciones públicas – siempre prudentes y respetuosas– de los dirigentes firmantes, pareciera que, en verdad, no se está poniendo en cuestionamiento la desestimación de la denuncia del

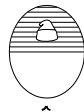
Dr. Nisman, sino mas bien, lo que realmente se está queriendo poner en tela de juicio, es la decisión política de haber llegado a la firma –y ratificación parlamentaria– del Pacto con Irán, cuestión esta que –como sostuvo el Superior en su resolución– podrá ser criticada desde lo geopolítico, o desde una visión de criterio y oportunidad, pero nunca podría ser objeto de imputación penal [...]”.

Por último, con relación a la solicitud consistente en que la DAIA sea tenida como parte en estas actuaciones, expresó el Dr. Rafecas “[f]inalmente, para legitimar activamente en el rol de querellante a la DAIA, conforme lo solicita, es imprescindible que la jurisdicción se encuentre habilitada legalmente a través del impulso de la acción penal pública, aspecto éste que, como se señaló al inicio del presente, no se da en el caso por cuanto la denuncia formulada por el Dr. Nisman ha sido desestimada por inexistencia de delito y, a esta altura de los acontecimientos, en los que ya se ha agotado la vía recursiva, el mecanismo escogido por los representantes de la DAIA para promover la revisión de lo oportunamente resuelto no se encuentra previsto en la legislación procesal, por lo que, en consecuencia, no puede prosperar la solicitud que se ha efectuado”.

C) EL AGRAVIO DE ESTE MINISTERIO PÚBLICO

En disidencia con lo resuelto, al causar un agravio irreparable atento a su carácter conclusivo, habré de articular la presente vía de impugnación contra dicho pronunciamiento por resultar arbitrario y atentar contra la legalidad del proceso al afectar el derecho a la “tutela judicial efectiva” de los pretensos querellantes.

En este escenario, de acuerdo a la redacción del artículo 450 del ordenamiento procesal, se habrán de indicar los motivos en que se basa el recurso, sin perjuicio de la fundamentación ulterior que, a modo de memoria explicativa, se realice en la siguiente instancia, en el caso de que el presente sea mantenido por el Fiscal General (NAVARRO, Guillermo R., DARAY, Roberto R., *Código Procesal*



Ministerio Público de la Nación

Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo III, 5° Ed., Bs. As., Hammurabi, 2010, Pág. 331).

A partir de ello, el agravio que motiva esta presentación se construye sobre la base de considerar que la resolución criticada no valoró adecuadamente la nueva prueba aportada a la causa vinculada a una conversación atribuida al ex Canciller Timerman, sumado a que omitió producir otra con decisiva influencia en la continuidad del proceso –como ser la solicitud *ad effectum videndi et probandi* de la causa N° 14.305/15- conforme lo sugirió la DAIA en su presentación.

Esta situación constituye un caso típico de selección arbitraria del material probatorio que afecta el principio lógico de razón suficiente que debe imperar en toda resolución y del cual se deriva una afectación al derecho a la “tutela judicial efectiva” de los pretensos querellantes en autos.

En efecto, aún cuando los magistrados cuentan con la facultad soberana para ordenar, seleccionar y valorar los elementos de convicción que estimen pertinentes para verificar o descartar los extremos requeridos por la figura típica de que se trate –en este caso encubrimiento o incluso traición a la patria- no lo es menos que esa libertad no puede ser arbitrariamente utilizada, como ocurre en el caso en que el juez omite valorar pruebas pertinentes a la controversia y casualmente idóneas para modificar –de acuerdo a las reglas de la lógica jurídica- la solución a la que se arribó en el decisorio atacado.

Consecuentemente, la obligación de motivar los autos –emanada del art. 123 del CPPN y fundamentalmente del art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el debido proceso-, resulta comprometida, no solo cuando ilegalmente se omite la incorporación de pruebas pertinentes, sino también cuando aquellas después introducidas no sean correctamente consideradas por el juzgador.

En función de ello, atento a que en el caso bajo análisis se verificarían esas circunstancias, el pronunciamiento emitido por el magistrado –al resultar

meramente dogmático- carecería de la motivación que la Carta Magna ordena y ameritaría su nulidad en virtud de lo establecido en el ordenamiento formal.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora al catálogo de las resoluciones arbitrarias aquellas que se dictan sin considerar las constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisión o conducentes para la adecuada solución del caso (CSJN fallos 268-48; 268-393 y 295-790) y cuya valoración puede ser significativa para alterar la solución del proceso.

Tal es la situación planteada en autos, pues el *a quo*, como se dijera, no solo valoró en forma parcial la conversación atribuida al encargado de negociar el Memorandum de Entendimiento con la República Islámica de Irán, sino que – además- omitió incorporar *ad effectum videndi et probandi* la causa N° 14.305/15 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, lo que entiendo –en función de su relevancia- conllevará por lógica a la revocatoria por parte de la Alzada de la decisión criticada por el presente.

En lo que respecta a la conversación telefónica entre el ex Canciller Timerman y el dirigente comunitario Guillermo Borger, el magistrado -de manera arbitraria- fragmenta su análisis y sostiene que lo único relevante a los efectos de esta causa es que el primero de los nombrados le atribuye a Irán la responsabilidad de haber colocado el explosivo en la sede de la AMIA en 1994.

Según su criterio, esa venía siendo la postura oficial de la República Argentina, motivo por el cual no advertía como la referida conversación puede poner en jaque el sólido edificio fáctico y jurídico que motivo la oportuna desestimación de la denuncia del Dr. Nisman.

Ahora bien, resulta llamativo en este punto que el magistrado omita lo que, a criterio de esta parte, resulta más importante de la conversación en cuestión y



Ministerio Público de la Nación

que tiene que ver con el “concepto” que tenía el ex Canciller en torno a la contraparte en la firma del Memorandum cuestionado.

En ese sentido, relató oportunamente Borger en su testimonio que el Sr. Timerman, ante las afirmaciones de que no correspondía avanzar con la firma del acuerdo producto de que Irán no era confiable ni creíble, **se manifestó COMPARTIENDO el concepto relativo a que “IRAN ERA UN ESTADO MENTIROSO”** (ver declaración de fs. 3411/2).

Por consiguiente, se advierte que el ex Canciller, quien se encontraba al frente de la negociación del instrumento cuestionado, tenía un acabado conocimiento de que su contraparte no era afecto a cumplir con sus compromisos a nivel internacional y por lo cual resultaba claro que –tal como finalmente aconteció– bajo ninguna circunstancia permitirían que los ciudadanos acusados del atentado a la sede local de la AMIA sean legalmente sometidos a proceso.

Esta circunstancia no haría otra cosa que reafirmar, en orden a lo oportunamente alegado por el Dr. Nisman, que la actuación del ex Canciller y sus consortes de causa no habría tenido otro objeto que el de mejorar la situación procesal de las personas investigadas por el atentado terrorista y, en particular, brindar los medios necesarios para que estos logren que Interpol diera de baja las notificaciones rojas que hasta el día de la fecha resultaría la única preocupación de los iraníes involucrados.

No obstante ello, la arbitrariedad de la resolución criticada queda por demás en evidencia al observarse que el magistrado omitió solicitar, conforme lo postula la pretensa querrela, la remisión *ad effectum videndi et probandi* de la causa N° 14.305/15, lo cual impidió que pueda efectuarse un análisis conglobado de los elementos aportados con la prueba obrante en ambos sumarios.

En efecto, basta con realizar una simple compulsas de la reciente presentación realizada por mi distinguido colega, Dr. Eduardo Taiano, en el marco de

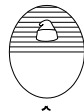
la causa antes aludida para lograr tomar una dimensión de la información que se fue incorporando con el devenir de su trámite y **que justificaría su investigación de manera conjunta con la denuncia oportunamente realizada por el Dr. Nisman en el marco de aquel sumario, el cual no solo comprende el mismo objeto procesal sino que además se encuentra activo y en un estado más avanzado** (ver Anexo I).

La causa N° 14.305/2015 se inició a partir de la denuncia motivada por la publicación de la conversación telefónica atribuida al entonces Canciller Timerman y según la cual se entendía que las negociaciones que habría entablado con la República Islámica de Irán habrían perseguido el encubrimiento del atentado a la sede local de la AMIA.

En ese contexto se presentaron como querellantes Luis Czyzewski y Mario Averbuch, integrantes de la entidad reconocida como “Familiares y Amigos de las Víctimas”, oportunidad en la cual adjuntaron dos notas periodísticas: una publicada el día 28 de septiembre de 2007 en el diario La Nación, titulada *“AMIA: dura réplica de Irán a Kirchner”* y firmada por Jorge Rosales; la otra publicada en el diario Clarín el 9 de marzo de 2016, titulada *“Timerman eludió a la asesora legal de la Cancillería para negociar el pacto con Irán”*.

A partir de ello, conforme surge de las fuentes periodísticas aportadas, se habría determinado que el ex Canciller Timerman habría eludido consultar a la Consejera Legal de la Cancillería, Dra. Susana Ruiz Cerutti, quien habría manifestado *“... que tanto ella como su equipo “no asesoraron ni participaron en la elaboración o negociación” del Pacto con Irán por el atentado contra la AMIA”*.

En ese contexto, destacaron los querellantes en aquella causa la intervención de personas ajenas a la justicia o a las relaciones exteriores toda vez que, según los artículos de mención, **el Memorandum de Entendimiento habría sido redactado por quien fuera posteriormente el número dos de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), Juan Martín Mena; y que el Sr. Fernando Esteche –líder**



Ministerio Público de la Nación

de la agrupación “Quebracho”- habría sido quien presentó el original del pacto junto con el referente iraní en la Argentina, Jorge Yusuf Khalil, al gobierno kirchnerista.

Lo expuesto, no solo explica las groseras falencias de un instrumento que se oponía en forma manifiesta a la Constitución Nacional, sino que además revelaría la intervención de personas ajenas funcionalmente a la tarea desplegada y la utilización de canales irregulares para la negociación, confección y comunicación del mismo.

Por consiguiente, el haberse negado la posibilidad de abrir la investigación sin tomar vista de la causa N° 14.305/15 –conforme lo requirió la pretensa querrela- impide analizar acabadamente si la totalidad de los elementos allí aportados, valorados de manera conglobada con los oportunamente acompañados en autos, **justifican una investigación al reflejar una intención –por razones de alineamiento político o ideológico o por razones de conveniencia comercial, o por otros intereses no conocidos aún pero que una investigación debería develar- de encubrir a los presuntos autores del atentado a la AMIA facilitándoles un procedimiento que dilatara indefinidamente su juzgamiento y que les permita obtener rápidamente el cese de las notificaciones rojas de Interpol.**

En esa línea, tampoco pueden omitirse la aparición de otras cuestiones nuevas de público conocimiento y que están vinculadas a la investigación publicada por el semanario brasileño “Veja”, a partir de la declaración de tres ex funcionarios del gobierno de Venezuela, la cual revelaría que *“representantes del gobierno argentino recibieron grandes cantidades de dólares en especies. A cambio de dinero, (...) Irán pidió que la autoría del atentado fuese encubierta. Los argentinos también debían compartir con los iraníes su larga experiencia en reactores nucleares de agua pesada, un sistema antiguo, caro y complejo, pero que permite la obtención de plutonio a partir de uranio natural”* (ver Anexo II).

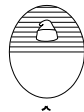
Las argumentaciones hasta aquí expuestas, resultan también suficientes para desvirtuar el argumento efectuado por el Dr. Rafecas para rechazar *in limine* la pretensión de que la DAIA sea tenida como parte querellante en estos actuados, consistente en que la denuncia del Dr. Nisman había sido desestimada por inexistencia de delito y que, por ello, no existía un impulso de la acción penal pública que habilite legalmente la jurisdicción.

Lo afirmado encuentra sustento en que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se ha sostenido que esa decisión jurisdiccional no causa estado, pudiendo reactivarse la investigación cuando surjan elementos de prueba o alegaciones que no fueron valorados oportunamente.

En ese sentido, tiene dicho la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal que la desestimación de la denuncia, aun confirmada por el tribunal de alzada, no es un auto que ponga fin a la acción con efecto de cosa juzgada material, al extremo de impedir un segundo acto promotor sobre el mismo hecho, pues resulta posible el replanteo del caso siempre que se complete su relato, tratando de cubrir las fallas anteriores de adecuación (CNCP Sala I, causa n°3956, “Lucci” reg. n° 5061 del 27/5/02).

A su vez, la Sala III de dicho Tribunal entendió que la resolución que declaró mal concedido el recurso de apelación deducido contra la decisión del instructor de desestimar la denuncia por inexistencia de delito no sella la suerte del proceso en forma definitiva pues siempre media la posibilidad de la aparición de nuevas pruebas que permitan continuar con la pesquisa (CNCP Sala III, causa n°5649, “Lucci” reg. n° 5061 del 27/5/02).

Ese análisis es el que precisamente vino a reclamar el pretense querellante, al que se pliega este Ministerio Público por medio de este recurso y el cual estimó como procesalmente válido la Sala II de la Excma. Cámara del fuero al expedirse recientemente en la causa N° 14.305/15 del registro del Juzgado Nacional



Ministerio Público de la Nación

en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, precisamente al referirse a los nuevos elementos de prueba vinculados a la presente (CNCCF, Sala II, causa n° 14.305/15/2 “Timerman, Héctor s/ nulidad”, Rta. 24/05/2016).

En efecto, resulta claro que las nuevas constancias aludidas harían referencia a cuestiones que le otorgarían mayor verosimilitud a la hipótesis introducida por el Dr. Nisman en su denuncia, pese a lo cual el magistrado optó por seleccionar arbitrariamente el material probatorio que le permitía mantenerse en su postura y de lo cual se derivó una afectación concreta al derecho a la “tutela judicial efectiva” de los pretensos querellantes.

Resulta claro que el conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales de nada valen si no se garantizara esa tutela judicial, adecuada y continua, a cargo de una justicia independiente para de ese modo garantizar el Estado de derecho, el que se caracteriza por el sometimiento de todos a la ley, de manera que nada ni nadie pueda estar por encima de ella y en el cual la víctima pueda recibir una respuesta a sus reclamos ajustada a derecho.

No obstante ello, surge de la simple compulsión de las actuaciones que la arbitrariedad jurisdiccional ha imperado desde la primer decisión que denegó el inicio de la investigación –así como en aquella que confirmó por mayoría ese temperamento- producto que se apartaron de la solución normativa que –en base a las constancias de la causa- resultaba aplicable al caso.

En este punto resultó sumamente ilustrativo y ajustado a derecho el voto disidente emitido por el Dr. Farah, por el cual postuló la declaración de nulidad del fallo emitido por el Dr. Rafecas y su apartamiento con la arreglo a la facultad prevista en el art. 173 del ordenamiento adjetivo.

En esa oportunidad se puso de manifiesto que ni la denuncia ni el requerimiento fiscal tiene por finalidad **“probar”** los hechos que se alegan como delictivos; esta resulta una cuestión propia de la instrucción a la cual inevitablemente

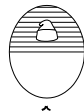
correspondía darle curso, sin profundizar en análisis dogmáticos o probatorios propios de otras instancias conforme fue el proceder por medio del cual se desacreditó la *notitia criminis*.

En efecto, siempre que la hipótesis introducida por medio de una denuncia, analizada en forma global y no fragmentada **como fue la práctica habitual en autos, resulte verosímil, la misma indefectiblemente debe ser investigada y negar su apertura no solo es incorrecto sino que –además- resulta contrario a lo previsto por la ley (arts. 123, 180 y 193 del CPPN).**

En este punto, resulta clara la explicación ensayada por el Dr. Farah sobre la necesidad de no confundir los conceptos: *“verosímil es aquello que tiene apariencia de verdadero, porque es al mismo tiempo posible y congruente, porque respeta una serie de reglas lógicas y de la experiencia y porque tiene un nivel aceptable de coherencia entre los diferentes elementos que los constituyen. Esto no implica que se trate de una situación real o verdadera, lo verosímil tiene siempre un carácter meramente indiciario, nunca definitivo, a la hora de explicar una cosa.*

La lógica de avance de un proceso penal podría explicarse sencillamente de este modo: lo que es “posible” (es decir, verosímil) determina el inicio de la investigación, lo que es “probable” conduce al procesamiento de un individuo o a su envío a juicio y la “certeza” es lo único que permite su condena; al tiempo que la certeza o la duda (agotados todos los esfuerzos probatorios) es lo que lleva a su sobreseimiento o absolución”.

Producto de ello, la denuncia de un hecho que aparece como verosímil solo podrá ser objeto de desestimación en la medida que la descripción del hecho resulta suficiente para afirmar su atipicidad; esto es, que no encuentra adecuación típica en un ilícito penal pero de ninguna manera la falta de prueba en torno a un determinado supuesto resulta una razón válida para resolver de ese modo.



Ministerio Público de la Nación

Ciertamente, la decisión de proceder al cierre inmediato del sumario, sin realizar ninguna de las medidas que habían sido propuestas en el requerimiento de instrucción, impide actualmente contar con información esencial para poder sostener con certeza que la creación de una “Comisión de la Verdad” no tiene relevancia en el ámbito penal o que no hubo un accionar orientado a obtener la baja de las circulares rojas relacionadas a los imputados iraníes con pedido de captura por el atentado a la AMIA.

Ello resulta relevante puesto que, si a partir de las medidas propuestas, surgiera una evidencia de lo dicho en la denuncia en cuanto a que las autoridades buscaban que con la **“Comisión de la Verdad”** se acabase la imputación contra Irán, es decir si se verificara el dolo de encubrir, ello sería suficiente para sostener una acusación, pues estaría cumplido tanto el aspecto objetivo (la ayuda) como el subjetivo (finalidad encubridora) del ilícito en cuestión.

En efecto, ese sería el principio de ejecución de un delito que por su propia estructura implica instantáneamente su consumación, de manera que si se tratase de un delito de resultado, sería una tentativa; pero como el tipo penal es de actividad y de carácter instantáneo, el comienzo de ejecución habría implicado *per se* su consumación.

Esa es la interpretación dominante en prácticamente toda la doctrina nacional en el sentido de que resulta indiferente que se logre o no el fin buscado por quien presta la ayuda. El encubrimiento es un delito de pura actividad, de peligro concreto, instantáneo y de efectos permanentes, de manera que su consumación coincide con la realización de la acción típica, sin que resulte necesario el logro de la finalidad buscada: que el favorecido eluda la investigación de la autoridad o se sustraiga a la acción de la misma (D’Alessio, Andrés, CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN. COMENTADO Y ANOTADO, Parte Especial, La Ley, 2009, Pág. 1390; BUOMPADRE, Jorge E., DERECHO PENAL, Parte Especial, Mario A, Viera Editor,

2003, Tomo III, Pág. 460; BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio R., “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial – Tomo 11, Pág. 156; CREUS, Carlos, “Derecho penal, parte especial, T. II, 6° Ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1999, Pág. 353).

De allí que la “ayuda” que, según sostiene el denunciante, habría sido prestada a través de la creación de la “Comisión” para liberar de responsabilidad a los acusados, aparece *a priori* como suficiente para consumir el tipo penal, pues no es necesario el logro de la finalidad buscada, en el caso, frustrada por el mantenimiento de las circulares rojas.

Por otro lado, la lectura de las actuaciones revela la necesidad de practicar ciertas diligencias para poder asegurar categórica y definitivamente que el Memorándum de Entendimiento y las acciones posteriores no pusieron en riesgo la vigencia de las **Notificaciones Rojas de Interpol** respecto de los prófugos iraníes y que esa no fue una de las finalidades buscadas mediante la celebración del acuerdo.

Ello así producto que la comentada notificación tiene como finalidad averiguar el paradero de una o varias personas para que sean puestas a disposición de la justicia, por lo cual resultaría claro que la firma del Memorándum de Entendimiento, al evidenciar la localización de los sujetos que estaban siendo objeto de búsqueda por la autoridad policial y que los mismos serían llevados a disposición de la justicia, podría habilitar la vía para que cualquier interesado cuestione la vigencia de las notificaciones rojas (Cfr. Art. 81 inciso 3ro –apartado d)- del Reglamento de Interpol sobre Tratamiento de Datos).

Lo importante de lo afirmado justificaría, por un lado, la preocupación que demostraron los familiares de las víctimas sobre este tema y, por el otro, la desilusión evidenciada por las autoridades iraníes cuando Interpol comunicó que el acuerdo no modificaba el estatus de las notificaciones, circunstancias que de ningún modo encontrarían razón de ser si todo hubiese estado simplemente supeditado a la



Ministerio Público de la Nación

voluntad del juez a cargo de la investigación del atentado como intentó justificar el magistrado.

Por ello, deviene pertinente investigar si efectivamente la Secretaría General de Interpol se encontraba facultada –sin conformidad externa- para anular las notificaciones en cuestión y, por consiguiente, si las autoridades persas hicieron gestiones en ese sentido a partir de la “ayuda” que habría significado el instrumento rubricado con el gobierno argentino en el cual –sugestivamente- solo se ponía de manifiesto la voluntad de tomarle declaración únicamente a los imputados con pedido de captura de Interpol.

En esa dirección, el requerimiento de instrucción oportunamente formulado y las medidas propuestas estaban inspirados en el principio de legalidad procesal que pone en cabeza del fiscal el deber de impulsar la acción para comprobar o descartar los hechos, esto es, para confirmar la versión oficial respecto de la intención de avanzar en la causa de la AMIA o bien abonar la teoría del plan encubridor de los acusados iraníes.

No obstante ello, aun cuando no se encontraba ante un supuesto legal que lo habilite para proceder en tal sentido, el magistrado procedió a desestimar la denuncia y entendió como irrelevantes las diligencias propuestas con miras a esclarecer los hechos.

Esta postura no solo resulta arbitraria por descartar la producción de prueba pertinente respecto de la cual nadie estaba en condiciones de aventurar su resultado, sino que –además- prescinde de efectuar un análisis en forma global de la teoría del caso presentada en la denuncia para limitarse a examinar de manera fragmentada los elementos aportados, ya sea examinando la entidad de las escuchas telefónicas, el Memorandum únicamente por su letra y estatus jurídico, o las presuntas declaraciones públicas vinculadas a los hechos en cuestión.

En ese contexto, corresponde destacar la valoración realizada por el Dr. Rafecas –acompañada posteriormente en forma mayoritaria por sus Superiores- en relación a las escuchas telefónicas obrantes en autos, ello teniendo en cuenta que no solo les restó valor probatorio sino que incluso, recurriendo a un importante esfuerzo argumental, entendió como descartada la vinculación entre los funcionarios implicados y las personas que aparecían con influencias a nivel gubernamental para llevar adelante el plan criminal.

Esto no hace más que confirmar como el magistrado, con miras a no iniciar la investigación de la denuncia, recurrió sistemáticamente a la selección arbitraria del material probatorio –prescindiendo de elementos que incluso estaban dentro de la esfera de custodia del Juzgado- ya que basta simplemente con escuchar los audios aportados por la UFI-AMIA, correspondientes al día en el cual el Dr. Nisman presentó su denuncia ante la justicia, para poder tener por cierto aquella vinculación enfáticamente denostada y descartada.

A modo de ejemplo, se citan las siguientes conversaciones que reflejan lo señalado:

1) Comunicación B-1009-2015-01-14-122027-22

Conversación entre Luis D'Elía y Yussuf Khalil

Yussuf: Hola Luis

D'Elía: ¿Que hacés Yu?

Yussuf: Y... ahí estoy mirando las noticias, estoy helado boludo con las noticias que estoy escuchando

D'Elía: Si, impresionante, no?

Yussuf: Si, van contra todos estos. En Infobae me escracharon mal.

D'Elía: si, si, si... Bueno, estemos atentos y averiguá qué dicen los compañeros.



Ministerio Público de la Nación

Yussuf: Ahora voy a hablar con los compañeros y yo te voy a mantener al tanto. Cualquier cosa nos juntamos.

D'Elía: **Ahí lo que me piden en Presidencia es que hasta no tener todo el escrito y demás guardemos silencio ... Digo...hasta no saber bien de qué se trata viste... Qué harían los locos estos... nuestros amigos del otro lado del mar...**

Yussuf: **Escuchame, después nos juntamos, no hablemos más por teléfono.**

2) Comunicación B-1009-2015-01-14-130427-16

Conversación entre Yussuf Khalil y Fernando Esteche

Yussuf: si Fer

Esteche: ¿Qué hacés maestro?

Yussuf: bien, soy del poder real así que no te metas conmigo flaco eh!
Jajaja... Qué hija de puteada que se mandaron ahora

Esteche: Yo igual no pude leer nada porque estoy en un lugar donde no tengo un carajo de señal entonces me entero...estoy mirando TN que es lo que puedo ver

Yussuf: ¿y qué dicen?

Esteche: ahí te nombró recién el de la agencia judicial y un diputado radical como un supuesto agente iraní Jorge Jalil creo que se llama, dicen así pero dan el nombre perfecto. ¿Te llamó Pascolini?

Yussuf: si, me llamó, quiere hablar conmigo pero yo estoy yendo a Alcorta, después voy para allá.

Esteche: **ah, está bien, lo que quieren es que te calles la boca**

Yussuf: Y sí, me voy a callar la boca, pero me voy a callar la boca en tanto y en cuanto me digan que me calle la boca, sino no me callo un carajo

Esteche: Si, lo que sí tenés que salir a que vos no sos ningún agente iraní, en algún lado...

Yussuf: más vale que lo tengo que decir pero qué hago, conferencia de prensa voy a hacer? No sé

Esteche: **no, no, no... pero a ver, en todo caso... que una cosa es la estrategia del Gobierno y otra cosa es... viste que porque ellos se lavan ellos y después te dejan a vos engrampado. Lo que te digo es una cosa: va a haber una reunión en dos o tres días o mañana, capaz que la hagan mañana con Parrilli y con Zannini, con los involucrados, ¿me escuchás?**

Yussuf: ¿vos vas a estar?

Esteche: yo no estoy, yo estoy en el sur

Yussuf: ¿y cómo hago para estar en esa reunión?

Esteche: **no, lo que vos cuando te llame Pascolini de nuevo, llamalo y decile che, cómo habría que hacer, juntémonos a charlar... cuando te quiera orientar de que no hables, que se yo, decile bueno, mirá, si hay una estrategia común quiero sentarme en la mesa donde se decida esa estrategia. Ese es el concepto, que no te vengán a decir cállate la boca. Después de última vos te callás la boca pero que te lo diga alguno con jinetas.**

(...)

3) Comunicación B-1009-2015-01-14-135851-14

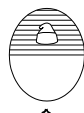
Conversación entre Yussuf Khalil y una persona desconocida

NN: amigo, qué está pasando, estás nervioso?

Yussuf: Nooo, nunca. ¿Qué les pasó también con Nisman? ¿Yo qué tengo que ver en esos quilombos?

Yussuf: no, no es él eh, el que echaron. Jaime.

NN: Si, ya sé boludo que es el.



Ministerio Público de la Nación

Yussuf: no pero tranqui. Lo metieron a Yirima.

NN: nooo Luisito querido metido en el medio...

Yussuf: Pero es bueno porque tenemos el abogado gratis.

NN: bueno escuchame, cuando vengas nos juntamos.

Yussuf: Lo metió a Fernando también, eh

NN: **si ya sé, a él, al gordo y a la jefa.** Pero está loco el chabón.

(...)

4) Comunicación B-1009-2015-01-14-142343-10

Conversación de Yussuf Khalil y una persona desconocida

Yussuf: **Por qué nos nos vemos, no estás por el centro, no? No importa, te digo, si se consensúa algo y te llaman porque quieren consensuar algo de Casa de Gobierno nosotros (no se entiende)**

NN: Dale

Yussuf: Sino nos cortamos solos y vemos lo que hacemos. Vamos a consensuar todos sentados en la mesa.

5) Comunicación B-1009-2015-01-14-140704-14

Conversación de Yussuf Khalil y Fernando Esteche

Esteche: hable

Yussuf: Que hacés Fer. Te habla “el hombre más poderoso”

Esteche: Me acaban de informar que estás vos también en la denuncia.

Yussuf: sí, sí, ya sé que estoy en la denuncia.

Esteche: yo pensé que estabas nombrado pero ahí me informaron que estás este... también denunciado. Así que no te hagas problema que yo ahí tengo manejo, ahí en la cárcel, vas a esta bien, no te calentés.

Yussuf: No, no me calienta eso. Escuchame, **nosotros vamos a actuar seguramente.** Pero bueno, todavía estamos viendo algunas cosas.

Esteche: ¿Y qué idea tenés, qué van a hacer?

Yussuf: **Y el hombre no me avanzó demasiado. Pero algo vamos a hacer- Calculo que obviamente judicialmente, no? Estamos hablando y vamos a ver qué pasa.**

Esteche: bueno contá conmigo boludo, yo sé que mucho no les puedo aportar pero bueno, sabés que contás conmigo.

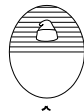
Yussuf: **Si me llama Pascolini o D'Elía le hablo del tema del consenso, del contenido de esa reunión de consenso a ver qué onda.**

(...)

Lo expuesto revelaría a la claras la actuación conjunta y coordinada entre las altas esferas del Poder Ejecutivo y las personas acusadas de oficiar como nexo con las autoridades iraníes en la negociación del Memorandum, además de tornar necesaria la pesquisa en relación a la estrategia conjunta que habrían trazado las personas sospechadas –bajo la presunta coordinación de quienes serían Oscar Parrilli y Carlos Zannini- para enfrentar judicialmente la denuncia del Dr. Nisman.

Todo ello podría haberse confirmado o descartado mediante la producción de las diligencias oportunamente propuestas, en particular por medio de los entrecruzamientos telefónicos y un informe detallado de los registros de ingresos a los distintos edificios públicos aludidos en la denuncia, pero ello se vio impedido por la decisión jurisdiccional.

No desconozco el criterio oportunamente sentado en la causa por el Dr. Javier De Luca, en su carácter de Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, no obstante lo cual –en orden a que el mismo no reviste carácter vinculante- habré de disentir respetuosamente con el mismo, ello teniendo en consideración que –



Ministerio Público de la Nación

a esta altura del sumario- no podría descartarse que la maniobra denunciada pueda ser considerada como configurativa del **delito de traición a la patria o incluso una conspiración para cometerla (arts. 214 y 216 del CP)**, lo cual –en gran medida- rebatirían los argumentos de mi colega para desistir del impulso de la acción penal.

De manera que, ante el interrogante de por qué la investigación debe abrirse, la respuesta está en que una hipótesis criminal de inusitada gravedad y trascendencia institucional, como la presentada por el Dr. Nisman, demanda la realización de todos los esfuerzos posibles con miras a que las víctimas de la maniobra logren conocer la verdad real de lo sucedido, sea que ella se identifique con la versión inculpativa de la denuncia o bien con aquella diametralmente opuesta sostenida en la desestimación.

Una vez que ello suceda, se podrá transmitir a la sociedad el mensaje de que las instancias judiciales intervinientes en el caso agotaron todos los recursos y herramientas disponibles para que su resolución lo sea con la mayor claridad, transparencia y equidad posibles.

El proceso penal —único tolerado constitucionalmente para averiguar y juzgar la comisión de conductas presuntamente delictivas— tiene sus propias reglas; motivo por el cual frente a una resolución arbitraria, corresponde que la Alzada ordene un nuevo análisis del planteo que motiva la resolución cuestionada, caso contrario se impide cumplir con el objetivo del proceso y se afecta el derecho a la tutela judicial efectiva de la pretensa querrela.

III.- PETITORIO

Por lo expuesto a V.S. solicito:

1) Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el presente recurso de apelación.

2) Se conceda el recurso y en consecuencia eleve las presentes actuaciones al Superior para que resuelva la cuestión planteada.

Fiscalía Federal Nro. 11, 10 de agosto de 2016.

Fiscalnet N° 10.789/15.-