



Breves Notas de Fiscalía.

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, titular de la Fiscalía Nro. 4, en los autos "Fernández de Kirchner, Cristina y otros sobre encubrimiento", Fiscalnet 10789/15, y número de causa del registro de la Sala I: CFP777/2015/CFC2, me presento y digo:

Vengo a presentar breves notas para esta audiencia, las que se limitan a tratar los puntos contenidos en los escritos de los otros interesados, presentados durante el término de oficina (art. 468 CPPN).

Asimismo, pido que se tengan aquí por reproducidos mis dictámenes anteriores.

1) Personería de la DAIA para querellar; tema previo a la audiencia.

El asunto sigue sin estar resuelto por VV.EE., lo cual es prioritario por prelación lógica, ya que no es jurídicamente correcto escuchar en una audiencia la alocución de un presentante, para determinar si se le va a conferir el derecho a hablar en esa misma audiencia.

Existe una interesante observación de una de las defensas por la cual, de acuerdo a su estudio de las potestades de cada uno de los órganos de la citada persona jurídica, surge que no habría sido la Asamblea de la DAIA la que confiriera el mandato especial para querellar, sino que han sido los mismos representantes quienes se dieron poder a sí mismos. Es decir, el problema ya no sería solamente el "formato" del mandato especial que exige el art. 83 CPPN –tal como lo había señalado en mi dictamen anterior–, sino que ese supuesto mandato no lo habría conferido el órgano con capacidad legal para hacerlo.

Bien, el hecho de deparar la decisión de este asunto formal para la misma audiencia donde se debería tratar solamente el fondo del objeto procesal, es como "poner el carro delante de los caballos" porque no podría existir ésto sin haberse resuelto positivamente lo primero; o, más grave aún, pone de manifiesto que la decisión positiva ya fue tomada y que no fue expresada por el tribunal a los otros interesados.

No tengo más nada que decir sobre este asunto.

2) Los puntos a tratar si se tiene por acreditada la personería.

A) Las notificaciones rojas.

En las distintas presentaciones de los fiscales que me precedieron, y ahora, la pretensa querella desliza una serie de argumentaciones simplistas, que tienen serias imprecisiones y falencias, y que son funcionales a la presentación de la idea de que mediante la suscripción del Memorándum se levantarían, casi en forma automática, las notificaciones o alertas rojas en la Interpol.

Pero nadie explica en profundidad este asunto. Así, no se explica ni se tiene en cuenta en qué consiste la INTERPOL, que no es un órgano internacional de un Tratado sino un acuerdo de cooperación policial internacional; tampoco se explica cómo es el proceso para dar de alta y de baja a las notificaciones rojas; las diferencias entre esas notificaciones rojas y las órdenes de captura internacionales; cuál es el rol del juez de la causa que libró las capturas internacionales, con o sin notificaciones rojas; la injerencia en todo este proceso de la diplomacia del país del juez requirente; la influencia de otros países en el mantenimiento o levantamiento de esas alertas, tanto de aquel donde se encuentra la persona a individualizar como de otros; la existencia de procedimientos para que los propios imputados puedan pedir el cambio de estatus respecto de esas alertas; etcétera.

Se pueden sintetizar algunos puntos que ponen de manifiesto el total desconocimiento sobre este tema por parte de los presentantes. Sin orden de un juez de la causa, no pueden existir órdenes de capturas internacionales y, por ello, tampoco notificaciones rojas. Si la persona a individualizar y capturar es habida o está a derecho, las órdenes de captura -con o sin notificación roja-, habrían cumplido su objetivo y, por ende, su mantenimiento ya no tendrá sentido. Pero el pedido del juez, aunque esté avalado por los representantes diplomáticos del Estado al que pertenece, no obliga a la INTERPOL a establecer una notificación roja. Existe en su seno un procedimiento en el que se evalúan razones de oportunidad y conveniencia. Y lo mismo ocurre con los posibles pedidos de órganos políticos de los estados, porque los pedidos de alta o baja se inician desde las Oficinas Centrales Nacionales que, pese a que generalmente pertenecen a una fuerza de seguridad que depende del Poder Ejecutivo Nacional (la Policía Federal Argentina), goza de cierta "autonomía" al respecto, además de que su pedido no es de satisfacción automática a nivel de la INTERPOL central.



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

Es decir, lo que se decida desde la Argentina no es vinculante para la INTERPOL, salvo el supuesto de que el juez de la causa deje sin efecto las órdenes de captura.

El argumento de que con la sola firma del Memorándum se podrían caer las notificaciones rojas no es correcto.

Y además de lo procedimental, en el plano de la realidad, en esta misma causa existe una declaración de quien al momento de la suscripción del Memorándum era el jefe de la INTERPOL que señaló que en ningún momento se pretendió dar de baja a las notificaciones rojas, ni ello podría ocurrir por la sola firma de ese Acuerdo.

Tan claro es esto que la propia pretensa querella en el escrito del termino de oficina dice: "Lógicamente el Memorándum no iba a establecer el levantamiento de las notificaciones rojas y los denunciados en la presente no iban a hacer declaraciones a favor de dicho levantamiento, pero la consecuencia lógica de llevar adelante el Memorándum, era definitivamente, el levantamiento de tales notificaciones".

Como se ve, allí se reconoce que el Memorándum no era vinculante, pues por sí mismo no conllevaba la baja de las notificaciones rojas.

Pero agrego que para que ello ocurriera debían cumplirse otros procedimientos, tanto por los magistrados a cargo de la causa como internos de la INTERPOL, tanto por la Oficina Central Nacional como por la Central Internacional.

Es decir, el supuesto agravio se apoya en la disconformidad con la situación de que personas que cuando pasen a estar a derecho y con un proceso en su contra encaminado, se les levanten las órdenes de captura. Se protesta porque los imputados estarán "a derecho en Teherán!!" (sic.; escrito del término de oficina de la pretensa querella). Pero esa queja de aparente sentido común es antijurídica, porque no responde al ordenamiento procesal penal argentino. No existe, ni puede existir, el supuesto de mantenimiento de orden de captura de una persona que está a derecho, y poco importa dónde esté un imputado en tanto y en cuanto se someta a la jurisdicción. En todo caso, si durante el curso del proceso en su contra los imputados no se presentan cuando son nuevamente requeridos por el juez de la causa, se establecerán nuevas órdenes de capturas internacionales, notificaciones rojas, etc. etc., como ocurre todos los días en cientos de causas.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

Se podrá estar a favor o en contra de este procedimiento “ad hoc” para lograr que los imputados se presenten a estar a derecho. Pero los Poderes Ejecutivo y Legislativo constitucionalmente pueden disponerlo. Y se trata de un procedimiento que, cabe recordar, respondió a una realidad que se suele pasar por alto: la República Argentina carece de medios para individualizar y capturar a estas personas en cualquier lugar del mundo donde se encuentren.

Sostener que el procedimiento del Memorándum es una ayuda a los imputados prófugos, es más propio de un razonamiento vulgar que jurídico. Porque la palabra “ayuda”, en los tipos penales vistos, tienen un significado técnico, normativo. Y “ayudarlos” a someterse a la jurisdicción, no es el significado que la ley penal contempló en esos tipos penales.

B) No hay delito. Impertinencia de medidas de prueba. Argumentos lógicos: refutar en lugar de demostrar.

En la Argentina, por imperio constitucional, primeramente se debe considerar si un hecho constituye un delito para abrir una investigación. No es posible abrir una investigación para saber si algo es delito si la hipótesis inicial no lo es (arts. 18 y 19 CN).

Ya expliqué en mis presentaciones anteriores por qué los hechos no podían encuadrar en los delitos previstos en los arts. 214, 215, 274, 277 del Código Penal Argentino, ni en ningún otro del ordenamiento jurídico nacional. No es una posición a favor de la defensa. Es mi obligación funcional como magistrado de la ley y la Constitución decirlo. Esa circunstancia es la que prohíbe al Ministerio Público Fiscal avanzar con el ejercicio de la acción penal pública, precisamente, porque no hay acción penal pública alguna que ejercer.

Los fiscales estamos obligados a perseguir delitos, no cualquier hecho o acontecimiento que no lo sea.

Por ello también señalé que las medidas de prueba que se solicitaban eran impertinentes (otro término técnico jurídico), porque a lo sumo tenderían a demostrar algo que no es delito. Es decir, además de inútiles a los fines de probar un delito, también son indebidas porque si la hipótesis que se pretende demostrar no es delito, esas medidas consistirán en injerencias arbitrarias en la vida de las personas.

En ese mismo marco jurídico aparece la grabación de una conversación telefónica, obtenida mediante la comisión de un delito (de acción privada) y, por ello, inválida jurídicamente. No he pedido su invalidez porque esa sanción



procesal se puede dictar solamente en casos donde se investigan delitos, es decir, en procesos penales para esclarecer delitos y responsabilizar a sus participantes, lo cual no ocurre en este caso donde no hay delito alguno. No tiene sentido decretar su nulidad si esa declaración no tiene consecuencia jurídica alguna.

La pretensa querellante denuncia contradicciones lógicas en los razonamientos de las resoluciones de primera y segunda instancias, pero evita ir al fondo del asunto. Por ejemplo, cuando se detiene a analizar lo que no es más que un juego de palabras sobre si el juez de primera instancia dijo que estábamos en presencia de un mero acto preparatorio o un juez de la Cámara señaló que ya estábamos en la etapa de la tentativa y, de allí, deduce que los magistrados anteriores omitieron considerar que ese estadio ya es el de los hechos punibles (como tentativa, arts. 42 a 44 CP).

Pero en realidad, es la pretensa querellante la que omite relevar que los artículos citados exigen que el propósito de la conducta del autor sea la de cometer un delito determinado y no cualquier otra conducta. Luego, que los autores logren o no consumir un hecho por circunstancias ajenas a su voluntad, carece de total relevancia cuando ese hecho no es delito. La pretensa querella no explica jurídicamente por qué los hechos denunciados, aun de estar plenamente probados, encuadrarían en algún delito.

Carrara enseñaba una lección que parece haberse olvidado. Hablando de otro tema, hacía notar que existen argumentos que "consisten más bien en refutar que en demostrar, método artificial y facilísimo, que al ser empleado con frecuencia, logra muchas veces engañar y hacer que triunfe el sofisma. Se pretende sostener una opinión, y en vez de aducir argumentos que apoyen tal opinión, se adopta el sistema de refutar la opinión contraria, para lo cual se eligen los argumentos más débiles de ésta, se demuestran como erróneos, y se proclama, sin más, que se ha obtenido la victoria. Pero esta dialéctica es falsa, pues como con frecuencia sucede que, para sostener una opinión verdadera, se adoptan argumentos erróneos, no es consecuencia lógica que la refutación de un argumento erróneo demuestre que es equivocada la opinión que se combate, cuando ésta se defiende por medio de otras razones que no se han combatido, y cuando no se aducen argumentos decisivos en defensa de la opinión contraria" (Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Parte General, T° II, parágrafo 773, nota 1).

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

En fin, es todo lo que tengo para decir en el acotado marco de esta audiencia.

Reitero lo dicho y solicitado en las presentaciones anteriores, especialmente respecto de las cuestiones que ameritan tratamiento previo:

1) Que se tenga por desistido el recurso de casación del fiscal ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal.

2) Que se resuelva si los presentantes tienen personería. Sólo si se resuelve ese asunto positivamente;

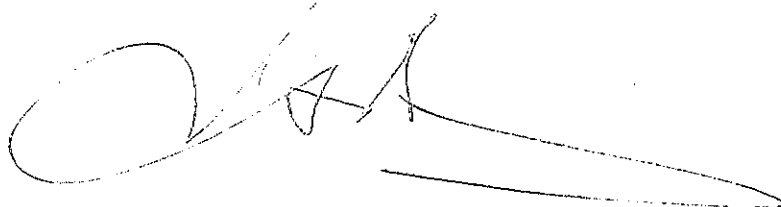
3) que los jueces Hornos y Borinsky fundamenten expresamente si consideran que tienen o no algún impedimento para pronunciarse en esta causa, en virtud de haberse expedido como integrantes de la Sala IV en la causa CFP 14305/2015/4/CFC1 por resolución del 8 de noviembre de 2016, registro N° 1431/16.4 (causa radicada en el Juzgado Federal N° 11) con motivo de una queja interpuesta por la defensa de Héctor Timerman, contra una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había rechazado la excepción de falta de acción, cuyo objeto procesal es similar a la presente causa y ante la seria posibilidad de incurrir en contradicciones o prejuzgamiento.

Si consideran que no hay obstáculo,

4) que se expidan sobre el *forum shopping* y *non bis in idem* por la sola existencia de aquella otra causa, ya que son la misma cuestión que consuma un agravio federal y de orden público que la Cámara de Casación tiene competencia para resolver.

5) Finalmente, si se llegase a situación de considerar el fondo del asunto, que se rechace el recurso de la pretensa querellante por inexistencia de delito de los hechos denunciados (arts. 193, a *contrario sensu*, y 195 CPPN).

Fiscalía, 16 de diciembre de 2016.



JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL