



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a los recursos de casación deducidos por las defensas de Axel Kicillof, Cristina Elisabet Fernández de Kirchner, Alejandro Vanoli Long Biocca, Sebastián Andrés Aguilera, Bárbara Domatto Conti, Mariano Beltrani, Juan Miguel Cuattromo, Miguel Ángel Pesce -al cual adhirió la asistencia letrada de Pedro Martín Biscay-, Guillermo Mario Paván, David René Jacoby, Cristian Alexis Girard, Germán David Feldman y Alejandro Formento; revocó la resolución del 21 de octubre de 2020 por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 -por mayoría- había rechazado los planteos que formularon a tenor del artículo 361 del Código Procesal Penal de la Nación, y dispuso sus sobreseimientos -así como el de Flavia Matilde Madorrán- en orden a los hechos por los que el Ministerio Público Fiscal había requerido la elevación de la causa a juicio oral -calificados en los términos del artículo 173, inciso 7°, en función del 174, inciso 5°, del Código Penal- (resolución del 13 de abril de 2021, incorporada en formato digital).

Para así decidir, los magistrados que se pronunciaron en primer lugar y en voto conjunto consideraron que “*el art. 361 del ritual establece una vía excepcional de extinción del proceso en la etapa de juicio y antes del debate, que encuentra su justificación en circunstancias novedosas que, por su evidencia, no*

dejan margen de duda y revierten la necesidad de realizar el debate oral” (página 27 de la citada resolución).

Agregaron que las causales establecidas en esa disposición “*no son taxativas y siempre que la falta de acción asuma el carácter de perentoria -inexistencia de delito- resulta aplicable la solución allí prevista*” (ibídem, página 28). En ese sentido, indicaron que “*del análisis del precepto referido en el párrafo que antecede, a la luz del principio de economía procesal y del correspondiente derecho con que cuentan las personas imputadas a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal, se desprende que los supuestos comprendidos por la norma en trato no constituyen una fórmula cerrada y que el sobreseimiento procederá siempre que, como se dijo, se verifique un motivo ‘evidente’ que haya surgido de ‘nuevas pruebas’ producidas en la etapa de instrucción suplementaria y que torne innecesaria la realización del debate*” (página 29).

A partir de tal interpretación, descalificaron el voto mayoritario del tribunal oral que no había hecho lugar a los pedidos de sobreseimiento que las defensas fundaron en el informe pericial efectuado durante la instrucción suplementaria. Al respecto, ambos jueces del *a quo* sostuvieron que el fundamento según el cual el debate oral constituía el ámbito adecuado para tratar esas cuestiones de hecho y prueba era inadmisible, pues resultaba lesivo del principio de celeridad procesal y de la garantía constitucional de obtener un



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

pronunciamiento en un plazo razonable. En ese sentido, criticó que los magistrados no hubiesen valorado en esa instancia aquel nuevo elemento de prueba, ni explicado las razones que justificaban la realización del juicio sin que implicara un dispendio jurisdiccional (ibídem, página 30).

Añadieron que esos defectos no resultan subsanados “*con la afirmación acerca de que un pronunciamiento que recogiera el planteo ‘podría ir en desmedro del derecho de defensa en juicio y de la garantía del debido proceso que asiste a los/las imputados/as que no adoptaran esa estrategia [...]’, toda vez que aquélla se sustenta en el falaz razonamiento de que el ‘silencio’ de quienes no participaron de la presentación -y a quienes el tribunal no dio intervención- supone la opción ‘(p)or enfrentar la acusación que se cierre sobre ellos en un amplio debate oral y público en el que tengan la oportunidad de resistir esa imputación y mantener así su estado de inocencia [...]’*” (ibídem, página 31).

La restante magistrada, en su voto concurrente, coincidió con sus colegas y sostuvo, además, que en el análisis de la cuestión no cabía prescindir “*de las irregularidades durante la instrucción de la causa denunciadas por las partes, en orden a la denegatoria de prueba y evacuación de citas de las y los imputados, que les habría privado de la producción oportuna de elementos de convicción con efecto trascendente para la dilucidación de la hipótesis del caso, con afectación a las garantías de debido proceso y defensa en juicio*” (ibídem, página 53). Al respecto, señaló que en

todas las oportunidades en que fue solicitada la realización de la citada prueba durante la etapa de instrucción, “*pese al carácter esencial y trascendente de un estudio pericial de ese tipo*” (página 71), el juez “*la negó o directamente no proveyó la solicitud, habiendo elevado a instancia oral las actuaciones con prueba sólo dispuesta de oficio y negando la totalidad de las ofrecidas por las defensas en varias ocasiones, con una instrucción incompleta y discrecional, sin respetar las normas vigentes*” (página 52). Y concluyó que “*la valoración de ese elemento de convicción -dirimente, según el criterio de las partes- debe ser realizada en la primera oportunidad procesal, resultando la postergación de su evaluación a la etapa de debate -como resuelve por mayoría el a quo-, una dilación indebida e injustificada y no ajustada a derecho*” (página 75).

En tales condiciones, la Cámara Federal de Casación Penal entendió que correspondía ingresar, en el marco de esa instancia revisora, al tratamiento del fondo de los planteos formulados por las defensas con base en aquel informe pericial incorporado durante la instrucción suplementaria.

Al respecto, en el citado voto conjunto los magistrados señalaron que “*en función de lo afirmado en la peritación, es posible deducir que la intervención en los mercados es una herramienta de política monetaria con la que cuentan, generalmente, en mayor o menor medida, las instituciones que en cada país cumplen las funciones de banco central, banco de reserva o autoridad monetaria, afirmación que es conteste con la base normativa que*



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

regula las funciones del BCRA. Es así como ‘tanto el BCRA como otros bancos centrales que fueron analizados [...] tendrían la función de principales reguladores de la estabilidad monetaria y financiera de sus países y de contribución a objetivos macroeconómicos más amplios, de acuerdo a las normas que los rigen’ (rta. a la pregunta 43)”. Y destacó en ese sentido, que “el art. 18, inc. ‘a’, de la Carta Orgánica del BCRA establece que éste, entre otras funciones, podrá ‘comprar y vender a precios de mercados, en operaciones de contado y a término, títulos públicos, divisas y otros activos financieros con fines de regulación monetaria, cambiaria, financiera y crediticia’” (página 36 de la citada resolución del 13 de abril de 2021).

Destacaron, asimismo, que “*del peritaje surge que las operaciones de dólar futuro celebradas durante el 2015 se realizaron en dos mercados institucionales -el Mercado Abierto Electrónico (MAE) y el Mercado a Término de Rosario SA (ROFEX)- (cfr. respuesta a la pregunta 17), ‘los precios a los que operó el BCRA en contratos de futuro coinciden con los que se operaron en dichos mercados’ (rta. a la pregunta 28) y aquéllos se celebraron ‘(a)1 valor que se estaba operando en la plaza local tal como lo exige el artículo 18, inc. a) de la Carta Orgánica del B.C.R.A. [...]’ (rta. a la pregunta 66)”* (ídem).

Añadieron que, conforme surge de dicho informe, “‘se verificó que en las notas que forman parte de los estados contables del B.C.R.A., cerrados al 31/12/2015 y 31/12/2016, y en los correspondientes informes de los auditores independientes, no se

efectuaron observaciones respecto de la ilegalidad del precio de las operaciones de dólar futuro [...] Corresponde agregar que los síndicos del B.C.R.A. tampoco realizaron observaciones respecto a la legalidad de la operatoria [...] También en este caso se verificó que los auditores de la Auditoría General de la Nación en su informe sobre el balance del B.C.R.A. al 31/12/2015 y 31/12/2016 no realizaron observaciones sobre la legalidad del precio de las operaciones de dólar futuro' (*rta. a la pregunta 15*)" (ídem).

Con base en esas consideraciones, sostuvieron que "*la operatoria denunciada no habría transgredido lo dispuesto por el art. 18, inc. a, de la Carta Orgánica del BCRA, sino que se habría desarrollado en el marco legalmente previsto a tales fines*", que "*no hubo extralimitación en el ejercicio de las atribuciones legalmente conferidas al BCRA*" (ibidem, página 37), y que "*se habría desarrollado en el marco legalmente previsto a la luz de los fines de estabilidad monetaria y financiera, entre otras funciones ya mencionadas*" (página 38).

En tales condiciones, ambos jueces concluyeron que la conducta atribuida en el presente proceso "*materializó la política monetaria que se pretendió llevar a cabo durante el período analizado y constituye, entonces, una cuestión política cuyo acierto o desacuerdo se encuentra detraída del control jurisdiccional*" (ídem). Al respecto, estimaron pertinente "*recordar que '(l)a tradicional jurisprudencia del Tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros*



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial (Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros)’ (Fallos: 325:28) y que también es pacífica la doctrina que afirma que ‘(l)os controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246, considerando 41; 311:2128, entre muchos otros) [...] El ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial [...]’ (Fallos: 327:4495)” (ibídem, página 40).

Por su parte, la magistrada que emitió su voto concurrente fundó su opinión sobre este aspecto y también propugnó la misma solución que sus colegas (ibídem, páginas 75/99).

Contra esa resolución el fiscal general dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja. Ambas presentaciones también se encuentran incorporadas a estas actuaciones en formato digital.

II

El recurrente se agravió de la interpretación que el *a quo* hizo del inciso “a” del artículo 18 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (ley 24.144, texto según ley 26.739). En ese sentido, dijo que el pronunciamiento se basó en una inteligencia -contraria a la que postuló el Ministerio Público Fiscal- según la cual la fórmula “*precios de mercado*” empleada en esa norma fue entendida como “*precios de mercados*”, y en consecuencia restringió el análisis exclusivamente a la proporción entre el valor pactado en los contratos de dólar a término cuestionados en el caso con los que informaron en esas fechas el Mercado Abierto Electrónico S.A. y el Mercado a Término de Rosario S.A. A su juicio, aquel parámetro debe ser determinado con la conjunta consideración de otros factores, como por ejemplo la cotización de los títulos nacionales atados a la del dólar oficial, el precio “*spot*” sumado a la tasa de interés doméstica, la cotización del tipo de cambio en la Bolsa de Valores de Buenos Aires, y el precio del dólar futuro en el exterior.

Asimismo, alegó que la sentencia apelada incurrió en diversas causales de arbitrariedad.

Al respecto, indicó que el pronunciamiento tuvo por satisfecha la exigencia de definitividad de la sentencia de manera dogmática, a partir de la supuesta afectación de un derecho de poner fin a la acción penal, cuyo origen no expuso ni relacionó su alcance con el criterio de la Corte -que el recurrente invocó con cita de



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

diversos precedentes- según el cual “*el auto cuya consecuencia es la obligación de seguir sometido a proceso criminal no satisface el requisito enunciado*”.

Sostuvo que el *a quo* omitió considerar aquella interpretación que él postuló de la expresión “*precios de mercado*” empleada en la mencionada norma, y la evaluación que, desde esa perspectiva, el Ministerio Público Fiscal hizo de las pruebas que dieron sustento a la requisitoria de elevación a juicio oral respecto de la venta de dólar a término por debajo de ese valor.

Sobre este último aspecto, refirió que el pronunciamiento apelado fue producto de una consideración fragmentada y aislada de la prueba, por la que el *a quo* prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los diversos elementos incorporados al expediente, las que podían alcanzarse con la pronta realización del debate oral.

Añadió que, en tales condiciones, “*la sentencia incurrió en una afirmación dogmática al aseverar que ésta resultaba la oportunidad adecuada para definir la suerte del caso a partir del análisis de ‘elementos novedosos recabados durante la instrucción suplementaria que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad, ante los cuales, en tanto evidentes por sí mismos, la prosecución del proceso implicaría un dispendio jurisdiccional injustificado’...sin embargo, como hemos visto, la cuestión resuelta sólo puede ser considerada evidente a partir de un análisis superficial y aislado de*

la prueba del expediente, que prescinde de las constancias incorporadas a él y de lo alegado por esta parte”.

Por último, afirmó que resulta aplicable la doctrina de la gravedad institucional, debido a la trascendencia social e interés institucional en el juicio oral respecto de los hechos del caso atribuidos a diversas personas que ocuparon significativos cargos en la administración pública nacional.

III

Tiene dicho la Corte que “*el principio constitucional de racionalidad de los actos de gobierno, inherente a la forma republicana de gobierno adoptada en el artículo 1º de la Constitución Nacional, exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones*” (Fallos: 344:3585, considerando 4º).

Sobre esa base, pienso que asiste razón al apelante en la objeción que formuló respecto de la admisibilidad formal de los recursos de casación contra la decisión del tribunal oral en el *sub examine*.

En efecto, pese a que el *a quo* indicó que la resolución del tribunal oral no constituía una de las previstas en el artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación, la consideró equiparable a una sentencia definitiva porque “*restringe el derecho de las personas procesadas a poner fin a la acción*” (página 14).



Ministerio P\xfablico

Procuraci\xf3n General de la Naci\xf3n

Sin embargo, ninguna explicación pertinente aprecio en el pronunciamiento acerca de la fuente del mencionado derecho, su alcance y su relación con el criterio de la Corte según el cual las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva.

Es evidente, a mi modo de ver, la diferencia entre el *sub examine* y el caso de Fallos: 328:1108 que el *a quo* invocó en sustento de su posición, desde que en ese precedente la impugnación fue dirigida contra el rechazo de una solicitud de excarcelación, y la Corte expresó que las resoluciones que privan de la libertad personal con anterioridad al dictado de una condena, si bien no son definitivas en sentido estricto, resultan equiparables ya que ocasionan un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior y por lo tanto requieren tutela inmediata (considerando 5°). En el presente, la decisión cuestionada por las defensas no versaba ni había dispuesto la restricción de la libertad personal de alguno de los acusados.

No encuentro definido en el fallo, por consiguiente, el perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior que era capaz de generar la resolución del tribunal oral. La falta de precisión que antes mencioné respecto de los fundamentos y alcances de aquel derecho invocado, impide advertir, en mi opinión, por qué razón no podría ser planteado más adelante, lo que en definitiva importa dejar de lado el mencionado criterio de la Corte según el cual la obligación de seguir

sometido a proceso no genera, por regla, un gravamen de imposible reparación ulterior.

En tales condiciones, estimo que el tratamiento en esa instancia de los temas de alegada naturaleza federal resultó contrario a la conocida doctrina del Tribunal en el sentido de que ese tipo de cuestiones deducidas por autos no definitivos son susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión del recurso extraordinario que, en su caso, quepa deducir contra la sentencia final de la causa (Fallos: 311:667; 313:551; sentencia del 5 de julio de 2005 en los autos F. 1384, XXXIX, “Ferretón, Carlos Hugo y otros s/ recurso de casación”).

Por lo expuesto, considero que el pronunciamiento apelado no cumplió en este aspecto con la exigencia de las sentencias judiciales de constituir una derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Fallos: 344:3585, considerando 5º).

IV

Por otra parte, si bien la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 332:2659), la Corte puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a esa regla con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 327:5456 y sus citas), ya que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas (Fallos: 319:2959; 321:1909; 326:8; 327:5456; 334:725, considerando 4° y sus citas).

Sobre este punto, V.E. también ha expresado que *“es arbitraria la sentencia absolutoria que valoró la prueba en forma fragmentaria y aislada, incurriendo en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando por falta de adecuación al objeto constitutivo del cuerpo del delito prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba informativa y la testifical, y de todos ellos con otros elementos indiciarios”* (Fallos: 341:336, considerando 14 y su cita, entre otros).

A mi modo de ver, el pronunciamiento apelado no cumple con esa elemental condición de validez.

Así lo considero, desde que el voto conjunto y el concurrente no fueron resultado de un análisis de toda la prueba según las reglas de la sana crítica racional, sino que los magistrados apoyaron sus opiniones exclusivamente en la valoración fragmentaria y aislada del informe pericial que se llevó a cabo en la instrucción suplementaria, sin relacionarlo ni cotejarlo con los restantes elementos incorporados al expediente y que constituyeron el sustento del impulso que tuvieron las actuaciones hacia la etapa del juicio oral, incurriendo de ese modo en igual defecto que el que atribuyeron a la opinión mayoritaria del tribunal oral (sentencia citada, página 30, punto 5, segundo y tercer párrafos).

En ese sentido, el fiscal general recurrente destacó diversas pruebas sobre las que se basó la requisitoria para la realización del debate. Hizo referencia, entre otras, a las declaraciones prestadas por exautoridades del Banco Central de la República Argentina, el informe de la subgerencia general de operaciones de esa entidad y las declaraciones de algunos de sus integrantes, la comunicación A-8522 -del 30 de octubre de 2015- del directorio de dicho banco, la declaración del gerente general del mercado a término de Rosario (ROFEX). Con apoyo en éstas -agregó- el Ministerio Público Fiscal postuló a lo largo del trámite de la causa una inteligencia de la expresión “*precios de mercado*” -empleada en la norma que habilita al Banco Central a comprar y vender, en operaciones a término, títulos públicos, divisas y otros activos financieros- diferente a la que aplicó el *a quo* a partir del informe pericial en cuestión -cabe recordar que la definió por referencia a los valores operados en la “*plaza local*”, en el Mercado Abierto Electrónico S.A. y el Mercado a Término de Rosario S.A. (conf. página 36 de la mencionada resolución)-.

Sin embargo, conforme sostuvo el apelante, los magistrados no valoraron esos elementos. No encuentro en el fallo impugnado explicación alguna para dar prevalencia a las consideraciones y conclusiones del informe pericial incorporado en la instrucción suplementaria sobre el contenido de aquéllos. Por consiguiente, la afirmación en el sentido de que dicho informe eliminaba todo margen de duda y tornaba innecesario el juicio oral, a



Ministerio P\xfublico

Procuraci\xf3n General de la Naci\xf3n

mi modo de ver, contiene sólo una fundamentación aparente y es causal de arbitrariedad.

Tal defecto adquiere mayor relevancia en el caso pues cabe recordar, tal como sostiene el recurrente, que en las causas que involucren el manejo de fondos y bienes p\xfublicos, la decis\xf3n que corresponda adoptar debe ser el resultado de un mayor rigor en la apreciación de los hechos, en raz\xf3n de los compromisos asumidos por el Estado Nacional al suscribir la Convenci\xf3n Interamericana contra la Corrupci\xf3n y la Convenci\xf3n de las Naciones Unidas contra la Corrupci\xf3n -aprobadas por las leyes 24.759 y 26.097, respectivamente-, cuya consideraci\xf3n, de manera especial, se impone a los magistrados de todas las instancias debido a la responsabilidad internacional que su incumplimiento podr\xeda generar (conf. dictamen de esta Procuraci\xf3n General que precedi\xf3 al pronunciamiento de V.E. publicado en Fallos: 339:1628, a cuyos fundamentos y conclusiones se remiti\xf3 el Tribunal).

En s\xedntesis, y de conformidad con lo expresado por la mayor\xeda del tribunal oral, entiendo que las audiencias de debate constituyen -y tanto m\xfas en casos como el presente- el \x96ambito propicio para, con la mayor celeridad posible -y sin afectaci\xf3n de la garant\xeda del plazo razonable, meramente enunciada por el *a quo*- escuchar e interrogar personalmente a los testigos y a los peritos, analizar exhaustivamente las diversas pruebas en conjunto, de manera arm\xf3nica, e inquirir -con el provecho que se obtiene de la inmediaci\xf3n y el contradictorio- sobre las diferencias que pudieran existir entre el

informe en cuestión y los elementos que hasta ese momento dieron sustento al impulso de las actuaciones hacia esa etapa del procedimiento. Coincido en que tal grado de conocimiento, en las particulares circunstancias del caso, no podía ser alcanzado en la instancia en que las defensas formularon sus planteos. Los defectos que presenta la valoración probatoria que hizo el *a quo*, a mi modo de ver, así lo evidencian.

En tal sentido se ha sostenido, en términos que considero de entera aplicación al *sub judice*, que “*la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional*” (Fallos: 330:2658 -disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni-).

Como consecuencia de lo expuesto, estimo que también es irrazonable en los términos de la doctrina de la arbitrariedad la crítica que el voto conjunto formuló a la resolución del tribunal oral por -según dijeron los magistrados- no haber dado respuesta al planteo vinculado con la supuesta naturaleza política y ajena al control judicial de las conductas atribuidas, pues ello resultaría contrario a las reglas de la lógica en la medida en que la conclusión sobre ese punto se encuentra subordinada a la previa decisión sobre la licitud o ilicitud de aquellos actos, y la mayoría de dicho tribunal había considerado fundadamente que, al efecto, en las



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

concretas circunstancias del caso, era indispensable llevar a cabo el juicio oral.

En tales condiciones, sin que implique anticipar temperamento sobre el fondo del asunto, entiendo que la sentencia no cuenta con sustento suficiente para ser considerada como un acto jurisdiccional válido, y merece ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 314:737; 320:2451, 2662 y sus citas; 324:3839; entre muchos otros).

V

Por todo lo expuesto y los demás fundamentos desarrollados por el fiscal general, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar el fallo apelado, a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2022.