



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

Breves Notas. Audiencia 21/12/2023 12:00 hs.

Señores jueces de Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, con domicilio electrónico 51000002082, en los autos FCB XXXXXXXX/2009/TO1/93/CFC125, caratulados “Incidente N° 93 - VICTIMA: S., R. R. Y OTROS IMPUTADO: MENENDEZ, LUCIANO BENJAMIN Y OTROS s/INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO”, del registro de la Sala IV, me presento y digo:

I. Vengo por el presente a acompañar breves notas a la audiencia fijada en autos para el 21/12/2023 a las 12:00 hs. a los efectos dispuestos en el artículo 465 bis, en función de los arts. 454 y 455, del CPPN.

II. Ante todo, corresponde hacer un repaso de los antecedentes de los presentes actuados.

Conforme surge de las constancias agregadas al Sistema Lex-100, en cuanto a los hechos de la causa, se tuvo por acreditado que el 25/04/1977, en horas de la madrugada, tropas de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV, dependiente del Tercer Cuerpo de Ejército, por orden emanada de su comandante - General de Brigada Luciano Benjamín Menéndez- al margen de las facultades legales, ingresaron con violencia y exhibieron armas de fuego en las oficinas donde funcionaba la empresa Mackentor S.A.C.C.I.A.I.F, ubicadas en [REDACTED], apartamentos [REDACTED] y [REDACTED] de la ciudad de Córdoba y en [REDACTED], [REDACTED] piso de la ciudad de Buenos Aires. Allí secuestraron documentación de la empresa, al mismo tiempo que impidieron a los empleados el ingreso a las oficinas, que inmediatamente fueron clausuradas con fajas y puestas en custodia de las fuerzas de seguridad. Esa clausura de los inmuebles y la consiguiente parálisis de la actividad comercial de la empresa continuó hasta el 02/05/1977, fecha en la cual el entonces titular del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Córdoba, Dr. Adolfo Zamboni Ledesma (f), por pedido del Comandante de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV, Ángel Gumersindo Centeno (f), y del titular de la Dirección de Sociedades Jurídicas de la provincia de Córdoba, Dr. Jorge Martínez Ferreira, dispuso la intervención judicial de dicha empresa y designó como interventor al Coronel (R.E.) Rodolfo Batistella.

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, el 25/08/2016 (con fundamentos del 24/10/2016) en lo que aquí interesa, había resuelto: No hacer lugar a los planteos de nulidad incoados por el Dr. Juan Carlos Vega en representación del querellante Natalio Kejner (fallecido) y de la empresa Mackentor S.A., con adhesión del Ministerio Público Fiscal, de la intervención judicial de la mencionada empresa dispuesta el 25/04/1977 y de los actos cumplidos con posterioridad, especialmente: a) de la rescisión contractual que hizo el Estado Nacional de la obra acueducto San Francisco -Villa Maria-; b) de la nueva adjudicación que hizo Obras Sanitarias de la Nación a Supercemento Sociedad Anónima; c) del aumento de capital efectuado por la empresa La Forestal Ganadera, S.A. socia de Mackentor; d) del pago del cincuenta por ciento de la venta de la fábrica de tubos para conductos de alta presión, como así también con relación a los actos judiciales cumplidos en los siguientes expedientes judiciales: “Mackentor c/Estado Nacional -daños y perjuicios-”, “Mackentor -quiebra pedida- ” y “Mackentor c/BSN”; No hacer lugar al pedido de reparación pecuniaria solicitado por el Dr. Juan Carlos Vega, con adhesión del Ministerio Público Fiscal; ello sin perjuicio del derecho que pudiera asistirle de ocurrir ante la autoridad competente.

Contra esa decisión, la querella interpuso un recurso de casación. En prieta síntesis, sostuvo que la sentencia impugnada carecía de fundamentación suficiente y que los jueces omitieron valorar prueba dirimente. Se agravió del rechazo de los planteos de nulidad por él interpuestos y del rechazo del pedido de reparación pecuniaria.

En particular, se agravió porque la sentencia legitimó la intervención judicial de la empresa Mackentor y todos los actos posteriores que llevaron a su vaciamiento, a la transferencia ilegal de sus activos a empresas vinculadas al poder militar, mientras que sus integrantes y directivos fueron privados de la libertad y sometidos a torturas.

Señaló que la intervención dispuesta el 02/05/1977 por el juez federal Adolfo Zamboni Ledesma fue a pedido del comando militar en Córdoba y en base a informes del servicio de inteligencia que funcionaba en aquella época. Enumeró la prueba documental y testimonial que el tribunal omitió valorar y que, a su entender, acreditaba la participación del mencionado juez como colaborador y cómplice de los crímenes de lesa humanidad que se estaban cometiendo.

Refirió que la sentencia resultó violatoria de las disposiciones de diversos tratados internacionales de derechos humanos, del art. 36 de la CN, de la doctrina de la CSJN sobre la responsabilidad del Estado en los crímenes de lesa



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

humanidad y del Nuevo Código Civil y Comercial. Destacó que se afectó el derecho a una tutela judicial efectiva de las víctimas y el derecho a obtener una reparación pecuniaria por los daños sufridos.

Finalmente, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia dictada en lo que fue materia de recurso, la nulidad absoluta de la intervención judicial de Mackentor y de los actos cumplidos por ella. En particular, pidió que se declare la nulidad de: a) la rescisión contractual de parte del Estado Argentino (Obras Sanitarias de la Nación) de la obra del acueducto Villa María/San Francisco; b) del pago a la intervención judicial por la empresa Supercemento S.A. del 50% del precio de venta de la fábrica de tubos para conductos de alta presión; c) de los actos judiciales cumplidos en autos “Mackentor S.A. c/ Estado Nacional- daños y perjuicios-expte. N°27-M-86”; d) de los actos judiciales en autos “Mackentor S.A. Quiebra pedida, expte. N° 13246/36”; y e) del expte. FCB35009720/1998 que rechazó el pedido de las víctimas de ser tenidos como querellantes y actores civiles.

El 14/11/2018 la mayoría de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación.

Contra ello, la querrela interpuso un recurso extraordinario federal que fue declarado admisible, también por mayoría.

El 14/11/2023 la CSJN dispuso, con remisión a los fundamentos del dictamen del Procurador General, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento. En su dictamen, el Procurador General había opinado que la sentencia de la Sala IV de la CFCP carecía de coincidencia acerca de los fundamentos de lo que, en definitiva, se resolvió. Indicó que “... los dos magistrados cuyos votos confluyen en la resolución adoptada no sólo no comparten los fundamentos en los que se apoyan, sino que defienden, en ese sentido, posiciones opuestas. El vocal Hornos sostuvo que la jurisdicción penal carece de competencia para pronunciarse sobre la validez de la intervención judicial de Mackentor y de los actos posteriores cuestionados, y que el pedido de reparación integral por los perjuicios económicos causados a los damnificados excede el objeto del proceso; mientras que el juez Gemignani desestimó el agravio de la parte al considerar que el tribunal oral, con base en una correcta valoración de la prueba, descartó fundadamente la hipótesis fáctica en la que se sostiene la pretensión de la recurrente, lo que implica la negación de la tesis de su colega”...

Concluyó en que “... la forma en que la mayoría del *a quo* ha resuelto el planteo de la recurrente afecta la función propiamente jurisdiccional de un tribunal colegiado que ha inspirado la citada doctrina de V.E., en aras tanto de los derechos de las partes como del contralor que ejerce la Corte. Esta anomalía, que incluso procede señalar de oficio pues compromete el debido proceso por el que este Ministerio Público debe velar, impide, en mi opinión, considerar lo resuelto como acto jurisdiccional válido”.

Devueltas las actuaciones a esta instancia, la Sala IV de la CFCP fijó audiencia a los efectos dispuestos en el artículo 465 bis, en función de los arts. 454 y 455, del CPPN.

III. Ahora bien, es evidente que la CSJN ha tomado nota del problema de fondo consistente en que las acciones procesales, civiles, comerciales, etc. no prescriben y quedan sometidas a la obligación del derecho internacional de ser objeto de eficiente investigación, responsabilización (*accountability*), reparación, garantías de no repetición y, como último aspecto, sanción punitiva a los responsables (desde el caso de la CorteIDH “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, en adelante). Tan es así que en lugar de desestimar *in limine* el recurso de la querrela de 2018, descalificó la sentencia impugnada, aunque sea, por aspectos formales o metodológicos.

La cuestión federal por tratar nuevamente en esta instancia es el alcance de las cláusulas de jerarquía internacional sobre la reparación de las ofensas a los derechos -incluye las no penales- derivadas de delitos de lesa humanidad. Conforme ya lo he sostenido, cuando se habla de los delitos de lesa humanidad en realidad se trata de los **hechos** que son calificados como de lesa humanidad, cualquiera sea el bien jurídico ofendido. En este caso, principalmente, lo fue la propiedad. De esos hechos nacen acciones jurídicas que pueden ser procesales, civiles, penales, comerciales, administrativas, laborales, etcétera. La primera consecuencia es que todas esas acciones tienen la misma naturaleza y están revestidas de las mismas características de lesa humanidad o graves violaciones a los DD.HH., entre ellas, la universalidad, la imprescriptibilidad, la obligación de reparar, etcétera

La obligación de reparar comprende una infinita gama de posibilidades, no sólo las satisfacciones patrimoniales o las sanciones penales. Esa obligación no depende de una distinción de las leyes internas o de las clasificaciones de la academia por materias, o de los fueros en que se dividen los poderes judiciales donde se pueden promover las demandas de justicia, sino que tiene su origen en el derecho internacional y estamos obligados a satisfacer sus postulados. Puede verse



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

con claridad entonces, que en los casos “Larrabeiti Yañez” (Fallos: 330:4592) y “Villamil” (Fallos: 340:345) la Corte -por mayoría- se circunscribió a una mirada local del problema y soslayó las consecuencias de la calificación de lesa humanidad de los hechos y de las acciones que de ellos emanan, que ya vienen dadas por el derecho internacional (de jerarquía constitucional entre nosotros), que no distingue entre acciones penales y todas las demás (cfr. Caso “Velásquez Rodríguez”, ya citado). Las reparaciones a los damnificados se refieren a todas las materias. Y el hecho de que las acciones “no penales” o las patrimoniales sean disponibles y renunciables, no tiene incidencia alguna en este asunto. Esas características se refieren al inicio de las demandas y a su mantenimiento por quienes se consideran damnificados, pero la característica de disponibilidad no define en modo alguno su “prescriptibilidad” (extinción por el paso del tiempo). Tanto es así que el art. 2561 del vigente Código Civil y Comercial prevé su imprescriptibilidad, pese a que se trata de acciones disponibles y renunciables por los damnificados.

Tampoco tiene incidencia en el tema la fecha de comisión de los hechos y las leyes vigentes por entonces, porque la característica de imprescriptibilidad de las acciones “no penales” abarca todas las materias, no sólo la civil. En ese sentido no es el derecho positivo argentino el que puede discriminar qué hechos de lesa humanidad prescriben y cuáles no. El art. 2561 del Código Civil y Comercial no creó un nuevo principio, sino que plasmó uno ya existente en el *ius cogens*, inoponible por una disposición del derecho positivo interno, como podrían ser los referidos a la prescripción del viejo Código Civil o la ley de Accidentes de Trabajo o cualquier otra (en ese sentido basta con cotejar lo dicho por la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación que incorporó el principio de imprescriptibilidad en este art. 2561). Aunque no existiese ese artículo, las acciones “no penales” igualmente son imprescriptibles.

En definitiva, la acción de nulidad de todos los actos administrativos, civiles y comerciales llevados a cabo por la Dictadura (lo cual incluye al poder judicial que concretó sus demandas) contra la persona jurídica Mackentor, sus ramificaciones y sus miembros, no solo es viable, sino que es un medio para concretar la satisfacción de derechos que están vigentes.

Hecha esta introducción, a continuación, reproduciré en su parte pertinente la fundamentación que en 2017 expuse sobre el fondo del asunto de este

incidente, mediante el dictamen N°11.414 presentado durante el término de oficina el 29/11/2017:

a) Nulidad de la intervención judicial de Mackentor y de los actos celebrados con posterioridad.

Entiendo que el tribunal incurrió en un razonamiento erróneo porque de ningún modo puede convalidarse una decisión judicial que tuvo su inicio en base a prueba obtenida ilegalmente, en violación a garantías constitucionales y a partir de la comisión de delitos, más aún, teniendo en cuenta que fueron cometidos en un contexto de crímenes de lesa humanidad.

Al analizar las pruebas existentes que dieron por acreditado el hecho uno, los jueces mencionaron que la intervención militar de Mackentor se debió a la sospecha por parte de las fuerzas armadas de que la empresa estaba conectada con organizaciones guerrilleras y que encubría fondos provenientes de la subversión (ver fs. 3850 vta. y sgtes. de la sentencia). Así surge de las copias del expediente 2-K-79 “Kejner, Natalio y otros p.s.a. asociación ilícita calificada” del Juzgado Federal N°1 de Córdoba. En ese sumario, constan fotocopias de la causa que se siguió a E. A. M. por el mismo delito, ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, en donde figuran las detenciones de sus accionistas y el allanamiento sin orden judicial de sus oficinas; la noticia periodística publicada en el diario “La voz del Interior”, de fecha 27/04/77 que documenta que por disposición del Poder Ejecutivo, el Banco Central había dispuesto el bloqueo de cuentas y cajas de seguridad de las víctimas de esta causa y de 3 sociedades anónimas (Mackentor S. A, Del Interior S.A. y Horcen S.A.) Circunstancias que fueron contestes con el memorando de la Policía Federal Argentina de fecha 26/04/1977 DGI, cd N° 340 S.I. Este documento, también da cuenta de la detención del personal directivo y sus principales accionistas, como el allanamiento de las oficinas comerciales por orden del Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército; la prueba testimonial, en particular, los testimonios de J. M. C., E. A. M., Á.V. S., D. T., N. Z. y G. Z.. Las víctimas en su relato refirieron que fueron amenazadas a punta de arma, fueron secuestradas y detenidas, para luego ser trasladadas a los Centros Clandestinos de Detención donde se las torturó.

Ahora bien, a partir de las pruebas señaladas y tal como indicó la querrela en su recurso, no puede sostenerse que la intervención judicial de Mackentor se encuentre desvinculada de los delitos que se atribuyeron a los imputados en el hecho denominado 1 de la acusación sino que, por el contrario, el contexto en el que se desarrollaron esos hechos delictivos calificados como delitos de lesa



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

humanidad permite sostener que la decisión del Juez Zamboni Ledesma dio efectivamente cobertura de un falso marco de legalidad a la toma de la empresa. Como ocurrió en otras jurisdicciones, era el juez el que estaba subordinado al Comandante de Zona, no al revés. La prueba incorporada debidamente al proceso, acreditó que tal decisión obedeció exclusivamente al pedido del jefe de zona Menéndez y sus subordinados en el contexto de eliminación de la “subversión económica”. Tal es así, que el propio tribunal menciona en la sentencia que las detenciones, el allanamiento y la clausura de los locales propiedad de la firma se llevó a cabo mediante órdenes verbales, al margen de lo que establecían las leyes vigentes en aquel entonces, en particular, las leyes 21.460, 21.461 y el Código de Procedimientos en Materia Penal (fs. 3851 vta.) y concluye que “...en este caso, aparece certeramente demostrado que las Fuerzas Armadas no cumplieron siquiera con las normas que emanaban del propio Poder Ejecutivo, porque se acreditó que tanto las detenciones sufridas por los responsables de la empresa, como la ocupación ilegal de la firma Mackentor se hizo con base en instrucciones meramente verbales que cumplieron los encargados de llevar adelante los operativos militares; es decir, sin contar con un sumario de prevención escrito ni las respectivas órdenes de allanamiento...”(fs. 3856).

A mayor abundamiento, surge del Expte. 13-C-77 caratulado “Comando Brigada Aerotransportada IV e Inspección de Sociedades Jurídicas solicitan intervención judicial en empresas Mackentor S.A., Del Interior S.A. y Horcen S.A.”, que el 28/04/1977 el Gral. De Brigada Arturo Gurmecindo Centeno se presentó ante el juez para informarle que ese Comando prevenía en actuaciones sumariales con motivo de las “actividades de apoyo económico a subversivos” cometidas por esas empresas. El Gral. Centeno pidió al juez federal Zamboni Ledesma la urgente intervención judicial de las empresas para llevar a cabo una investigación sobre sus libros y documentación financiera. El 02/05/1977 se presentó ante el juez, quien estaba a cargo de la Dirección de Inspección de Sociedades Jurídicas de la provincia, y en cumplimiento de órdenes dadas por el Gobernador, solicitó la intervención de Mackentor, que fue dispuesta ese mismo día (cfr. fs. 3856/3857). Cabe señalar al respecto, que en tan sólo dos días el juez decidió el procesamiento de Natalio Kejner por asociación ilícita y su orden de captura internacional con exclusiva fundamentación en informes de inteligencia militar. Sumado a las pruebas mencionadas, existen otras que fueron omitidas por el tribunal, que eran dirimentes para la resolución del caso y que el recurrente detalló en su impugnación.

No está en discusión aquí si las leyes de facto daban sustento legítimo o no a la toma de decisiones judiciales. Más allá de lo previsto en esas “leyes”, el problema jurídico que en el caso se presenta es que la intervención judicial de Mackentor se dispuso en base a una actividad de prevención llevada a cabo por las autoridades militares, **totalmente al margen de las leyes** (de facto o democráticas) **vigentes en aquel entonces y en violación a las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio, entre otras**, para tener por probado que se daban los supuestos de hecho que la normativa contemplaba. La iniciación de las actuaciones fue consecuencia directa y necesaria del allanamiento y la ocupación ilegal de la empresa. El juez le dio un maquillaje de legitimidad a todo lo que hicieron ilegalmente los funcionarios de entonces. Y todo ello, en el contexto del Plan Sistemático implementado por la Dictadura. Tal es el criterio de la CSJN en Fallos: 303:1938; 306:1752; 308:733; 310:1847; 310:2384, entre muchísimos otros. Y como el mismo tribunal señaló en su pronunciamiento, la decisión de disponer la intervención judicial a la empresa indudablemente causó un importante perjuicio económico, tanto a Natalio Kejner como al resto de los accionistas (cfr. fs. 3857). El que, como se tratará en el acápite siguiente, deberá ser reparado.

A mayor abundamiento, los jueces nada dijeron sobre la declaración del imputado Luciano Benjamín Menéndez en la audiencia de fecha 11/08/2016. Allí expresó que “tras un minucioso trabajo de inteligencia que comprobó la complicidad de la empresa con la subversión, le entregué todos los antecedentes de inteligencia a la Justicia Federal, el juez entonces era el doctor Zamboni Ledesma, que recibió la argumentación que existía y designó un interventor y encaminó el caso como judicialmente correspondía”. Es así que la intervención judicial de Mackentor, tuvo su inicio a partir de un procedimiento ilegal llevado a cabo por las fuerzas armadas como parte integrante del plan sistemático de eliminación de “elementos subversivos”, pues ellos mismos los relacionaron con Mackentor. No puede convalidarse una intervención judicial sustentada en material probatorio obtenido en flagrante violación a derechos y garantías constitucionales. Por tal razón, el tribunal se encontraba habilitado para declarar la nulidad de la intervención. Así, cuando en el proceso penal se determina que un documento es material o ideológicamente falso, se dispone su nulificación con noticia a la autoridad competente para rectificarlo, aquí debe hacerse lo mismo con las decisiones administrativas y comerciales dispuestas a partir de que se intervino judicialmente la empresa, para que se proceda por lo que en derecho corresponda en el fuero pertinente...



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

...Conforme a lo expresado anteriormente, entiendo que debe hacerse lugar al pedido de nulidad solicitado por la querella.

b) El rechazo de la reparación pecuniaria. Consideraciones sobre la tesis de oficiosidad del art. 29.

Entiendo que resulta un exceso de rigor formal la decisión del tribunal de mandar a las víctimas a que efectúen su reclamo resarcitorio por otra vía procesal, en base a que esta cuestión pretendió ser introducida indebidamente en este proceso y que, además, ya había sido analizada en los autos Mackentor c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios” y/o en el expediente “Mackentor SA s/ quiebra pedida simple” (cfr. fs. 1056). Es que, después de 40 años de reclamar justicia, el señor Natalio Kejner (hoy fallecido), los demás accionistas y la persona jurídica misma Mackentor, vieron vulnerados no sólo su derecho a la propiedad, sino también, el derecho a una tutela judicial efectiva. Nótese que cuando se intentó la acción de reparación de daños y perjuicios en sede civil, el juez de la causa rechazó el pedido y declaró la prescripción de la acción entablada, sentencia que fue confirmada en 1984 por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba con imposición de costas millonarias a la firma Mackentor, que hoy se encuentra en quiebra.

Entre los años 1986 y 1987 se dictaron las leyes 23.492 y 23.521 que impidieron el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno de facto, hasta la sanción de la ley 25.779 el 03/09/2003, que declaró nulas esas leyes. Es decir, los procesos de todo tipo fueron reiniciados. Y cabe recordar que los delitos contra la propiedad enmarcados en un contexto de persecución sistemática integran los crímenes de lesa humanidad (por ejemplo, ya en 1985, en la citada causa 13 de la CCCFed., los ex comandantes en jefe fueron condenados por delitos contra la propiedad), al vincularse estrechamente con los hechos que tuvieron como víctimas a los trabajadores, directivos y dueños de Mackentor.

Posteriormente, entre los años 2012 y 2014, la justicia federal rechazó los pedidos de las víctimas de Mackentor de ser tenidos como querellantes y actores civiles. Para fundar su rechazo, el juez interviniente señaló imprecisiones técnicas del escrito y entendió que Natalio Kejner reclamaba en su calidad de accionista de la persona jurídica, por lo que la acción destinada a reparar los daños a ella causados debía entablarse por vía de la acción específica concursal conforme a lo previsto en la ley 24.522.

Como puede verse, por causa de vaivenes políticos y escollos procesales, las víctimas no pudieron ejercer su derecho a una tutela judicial efectiva y a un proceso justo.

Por otra parte, entiendo que el tribunal hizo una interpretación equivocada del artículo 29 del CP en la sentencia. Bien sabía Rodolfo Moreno (h) al proyectar el actual Código Penal y luego al explicarlo (en "El Código Penal y sus Antecedentes", edit. Tommasi), quedaba claro que los principios de este artículo donde insertó el verbo "podrá" para asignar competencia al juez que lleve adelante una acción penal, para restituir cosas y reparar otras aunque sea de manera simbólica, al tiempo que deparaba al legislador local regular en los códigos procesales respectivos, la forma en que aquella restitución y reparación podría llevarse a cabo, sin que ello impidiese hacerlo en el proceso penal y hasta de oficio. Resulta interesante señalar la evolución legislativa que tuvo el art. 29 del Código Penal y el fin que tuvo el codificador al introducirla (Rodolfo Moreno (h.) ob.cit. Tº II, pag.156 y ss., de quien extraigo el desarrollo).

En el proyecto del Dr. Tejedor se establecía que toda persona que fuera responsable criminalmente de un delito lo era también civilmente. Esta última comprendía en primer término la restitución de la cosa. La vía idónea para lograrla era el apremio. Al respecto, el mismo Tejedor, siguiendo a Pacheco, sostenía que quien ha robado deberá ante todo restituir; y sólo cuando la restitución no pueda verificarse es cuando tendrá efecto la reparación para suplirla. "La voluntad y el precepto de la ley consiste en que, no sólo respondan a la sociedad los delincuentes por medio de la pena, sino que satisfagan también, y tan completamente como pudiese hacerse, a los ofendidos por medio de la responsabilidad civil. Haciendo a la pena una institución de derecho público no ha olvidado ni podía olvidar el derecho de los particulares".

Como sostuvo Moreno (h.): "Las reglas de tal proyecto fijaban las características del derecho y de la obligación, la que debería ser reclamada ante la justicia civil ordinaria, puesto que nada se decía sobre la jurisdicción de los jueces".

Tanto el proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, como el Código de 1886, siguieron esta suerte, es decir, la separación de jurisdicciones. El mismo Moreno criticaba estas disposiciones consignando que era más lógico entregar a los tribunales del crimen toda la cuestión, es decir, que cuando se trataba de delitos penales, el juez que aplica la pena fija la indemnización. Todo ello con fundamentos de todo tipo, que sería sobreabundante enunciar ahora.



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

Es recién en el proyecto de 1891 cuando cambia ese punto de vista pues establecía (art. 47): "La condena penal trae aparejada la obligación de reparar el daño material y moral causado por el hecho punible a la víctima o a tercero, mediante una indemnización pecuniaria, que el juez **fijará** al aplicar la pena...". Más adelante se preveía "La reparación a que se refiere el artículo anterior comprenderá: 1° La restitución de la cosa obtenida por el delito...". Nótese que he remarcado el verbo "fijará", toda vez que lo hacía obligatorio para el juez penal; todo ello imbuido de principios del positivismo que no vienen al caso en este momento. Quedaba claro pues que en la misma sentencia condenatoria penal, el juez debía fijar la reparación civil, la cual comprendía la restitución de la cosa.

En la misma línea sigue el proyecto de 1906, que establecía "La sentencia condenatoria **ordenará**: 1°... 2° La restitución a su dueño de la cosa obtenida por el delito..."

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, estudiando el proyecto de nuestro actual Código Penal, mantuvo las disposiciones vistas en último término, con fundamentos de todo tipo. Pero al pasar al Senado, el doctor Rojas apoyado en opiniones de González Roura y Jofré, dio por tierra con muchos argumentos muy fuertes que se venían invocando, todo lo cual derivó en el cambio de la expresión en el art. 29 "la sentencia condenatoria ordenará", por "**la sentencia condenatoria podrá ordenar**". Sobre esta modificación en una parte de la exposición de motivos puede leerse: "Se ha observado, también, que la obligación impuesta a los jueces del crimen para ordenar de oficio el monto del daño material causado a la víctima, a su familia o a un tercero por el autor del delito, podría dificultar la tramitación de las causas criminales, debido al recargo de trabajo de los magistrados. La comisión ha recogido esta observación, y de acuerdo con el parecer de un distinguido miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, el doctor González Roura cree conveniente substituir en el art. 29 la palabra **ordenará** por las palabras **podrá ordenar**. En esta forma, los jueces tendrían la facultad de poder fijar de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño, sin perjuicio de estar obligados a hacerlo a requerimiento de parte".

Concluyendo, el mismo Moreno explica cuál viene a ser el sistema en el Código actual: "Los tribunales del crimen no tendrán la opción, como podría parecer ante el texto del artículo, pero el alcance de las palabras **podrán ordenar** está bien explicado en el informe de la Comisión de Códigos del Senado,

que hizo la modificación. Eso significa que cuando se pide el pronunciamiento debe hacerse, y que únicamente si el afectado no lo reclama, los tribunales del crimen podrán abstenerse de resolver al respecto. En este último caso, la víctima no habría perdido su derecho de concurrir a la jurisdicción civil. Para los tribunales del crimen el pronunciamiento no es obligatorio, si no se solicita por el interesado".

Finalmente, respecto de la restitución de la cosa objeto del delito, sólo señala que no puede ser materia de discusión, sin entrar en más detalles.

Como señalé anteriormente, el cambio en legislación tuvo como causa la adopción de una determinada filosofía jurídica, de cuya evolución se hace cargo Soler (Sebastián Soler, Tº II, pág. 467 y ss.). No era otra cosa que la idea justa de la unidad de lo ilícito: la obligación de indemnizar el daño **ex delicto**, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas, sirven para el mismo fin que las penas. Son los positivistas Merkel, Ferri, Garófalo, entre otros, quienes sostienen esta tesis identificatoria de las consecuencias civiles y penales. Explicando seriamente las diferencias entre ambas, Soler cita la evolución sintetizada supra hasta llegar a la actual, que dice "Con esta modificación, el sistema consagrado por el art. 29 se aleja, sin duda, de la identificación teórica entre pena y reparación, a que tendían los proyectos anteriores; pero no es dudoso que la ley se ha apartado del principio de la independencia de la acción civil, inconstitucionalmente sancionada por el art. 1096 del C.C. El CP ha modificado la concepción estrictamente privada de la acción indemnizatoria, facultando al juez a pronunciarse sobre ello en la sentencia de la condena".

Tal es así, que el mismo autor repudia a quienes sostienen que el juez del crimen no puede de oficio pronunciar indemnizaciones.

Es decir, se trata de cuestiones que son de naturaleza esencialmente civil pero que derivan del mismo hecho al que, además, otra rama del derecho le asigna una pena.

Fue sólo después que ese principio fue concretado en códigos procesales distintos. Allí aparece la llamada acción civil en el proceso penal que, debemos convenir, bien podría no estar en el proceso penal o bien no tendría por qué estar en un código procesal civil y comercial, ya que, por economía procesal podría estar deparada a los jueces que entienden en la acción criminal.

Pero de ello no se deriva que todo lo concerniente a cuestiones de naturaleza civil deba ser llevado adelante por una acción civil instaurada de la forma procesal que prescribe el código procesal penal o el procesal civil y comercial.



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

Los que predicán un criterio, que me permito llamar formalista, no tienen en cuenta que los jueces penales todos los días toman decisiones que son de naturaleza civil, que el título en que se fundan es civil, por ej. la restitución de la cosa robada a la víctima, la restitución de un menor sustraído a sus padres, decretan embargos o la inhibición de bienes a los fines de futuras indemnizaciones y sin necesidad de que la víctima haya formalizado la acción civil en sede penal o ante un juez de otra competencia.

En consecuencia y sin perjuicio de las modernas concepciones sobre recupero de activos, reparaciones, devoluciones de bienes muebles e inmuebles, fungibles o no fungibles, que provienen de delitos o que implican una reparación simbólica porque es imposible hacerlo de manera perfecta, con la simple aplicación de estos principios centenarios del derecho positivo argentino, que son la recepción de principios universales del derecho, se podría haber resuelto el caso de una manera simple y no mandar a la víctima, luego de 40 años de reclamos infructuosos en diversos fueros, con una total vulneración a su derecho a una tutela judicial efectiva, a que “concurra ante quien corresponda” porque ello implica contratar un abogado, excitar la jurisdicción civil, estar atento a la caducidad de instancia, practicar las notificaciones, proyectar las comunicaciones, etc. etc., y esperar una resolución, siempre azarosa, por mucho tiempo más.

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde que se fije una indemnización económica a la firma Mackentor S.A. por los daños sufridos contra la propiedad.

Finalmente, me adelanto a un posible argumento sobre la prescripción de las acciones civiles *ex delicto*, en este tipo de casos acaecidos hace 40 años.

En primer lugar, es importante destacar que la persona jurídica está compuesta por personas físicas, de modo que el daño al patrimonio del ente de existencia ideal se refleja a sus miembros o titulares. Es en razón de esta construcción que la vía elegida para el reclamo del resarcimiento puede prosperar con sustento en la normativa internacional esencialmente dirigida a personas físicas y no a las jurídicas (ver CorteIDH, Opinión Consultiva N° 22/16, del 26 de febrero de 2016, párrafo 110 y cc.).

Los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, generan el nacimiento de acciones de distinta naturaleza que las legislaciones locales

tratan en las distintas ramas de sus derechos positivos. No están sólo las penales que conciernen a la represión de las personas físicas involucradas en esa clase de crímenes, sino también las administrativas, civiles, laborales, etcétera. Tanto es así que existen jurisdicciones locales en las cuales, por distintas razones sociopolíticas, esos delitos no son castigados, y las consecuencias son solo las de reparaciones de daños y perjuicios, daños morales, restitución de cosas y personas e identidades, cambios en los registros, etcétera.

Esta situación muestra con claridad que las características de esos delitos insuflan su naturaleza a todas las acciones que derivan de ello, entre las cuales está la imprescriptibilidad, y con ello también, la imposibilidad de invocar disposiciones de derecho interno que obstaculicen el cumplimiento de estas acciones.

En particular, resultan aplicables al caso las normas de derecho internacional que regulan el derecho a la reparación adecuada por violaciones a los derechos humanos (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 24, incs. 2 y 4, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas). La CIDH lo ha establecido como un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24 de febrero del 2011, párr. 247; “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre del 2003, párr. 235, entre otros). Además, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, ha señalado que las víctimas tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido y ha cuestionado la invocación de normas de derecho interno –como las leyes de amnistía– como justificación del incumplimiento del deber estatal de reparar (Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 43). Este deber de reparar adecuadamente el daño causado debe concretarse mediante medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como con medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición (Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrs. 236 y 237, y “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 335, entre otros).

Al respecto, también cabe destacar que La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece en el artículo 26 que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Asimismo, en el artículo 27 prevé que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.



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

Por tal razón, y a modo de conclusión entiendo que no sería correcto invocar normas del Código Civil anterior vigente al momento de los hechos, o del nuevo, que contempla este supuesto (art. 2651), porque significaría un error metodológico consistente en interpretar el derecho internacional con jerarquía constitucional, mediante lo que disponen normas de los derechos locales que son de inferior jerarquía y que no tienen alcance universal. En este sentido, me aparto de lo resuelto por la Corte en el fallo “Larrabeiti Yañez” (Fallos: 330:4592) y sigo la línea de “Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312, en tanto la Convención de imprescriptibilidad solo ha positivizado un principio del derecho de gentes que ya estaba vigente a la fecha de la comisión de los hechos.

Por las razones expuestas, y en consonancia con lo solicitado por el fiscal de juicio, entiendo que corresponde que se fije una indemnización económica a las víctimas por los daños ocasionados.

IV. En conclusión, reitero que esa Cámara, esta vez con distinta integración, deberá hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante.

Fiscalía N° 4, 9 de diciembre de 2023

Y

Javier Augusto De Luca
Fiscal General