



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

DICTAMEN N° 10806
Sala I. causa: CFP777/2015/CFC2
“Fernández de Kirchner, Cristina y
otros sobre encubrimiento”

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo 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:

Vuelven los autos a esta instancia en virtud de los recursos de casación interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y la pretensa querellante contra la resolución del 27 de septiembre de 2016 en la cual la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió confirmar la del Juzgado N° 3, que por segunda vez desestimó la denuncia por inexistencia de delito y, consecuentemente, archivó las actuaciones.

I.- Trámite de la causa.

Los representantes de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentina (DAIA) habían solicitado el desarchivo del expediente en el entendimiento de que existían nuevos elementos de prueba que no habían sido valorados cuando se resolviera la desestimación de la denuncia que diera origen a esta causa.

Uno de ellos es la grabación de una conversación mantenida entre el entonces Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, Héctor Marcos Timerman, y el presidente de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), Guillermo Borger. Ésta obra en la causa n° 14.305/15, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11. Según los presentantes, en ella Timerman habría admitido que la República Islámica de Irán había puesto la bomba que estalló en la AMIA, sin perjuicio de lo cual habría proseguido con los trámites para perfeccionar el “Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA en Buenos Aires el 18 de Julio de 1994” (en adelante, el Memorándum). Estos actos habrían tenido, según los recurrentes, el fin espurio de sustraer de la

Justicia a los acusados del atentado, mediante la remoción de las notificaciones o alertas rojas de la INTERPOL y el establecimiento de una Comisión de la Verdad que se encargaría de la introducción de una hipótesis acusatoria dirigida contra otras personas, en beneficio de los ciudadanos iraníes.

El otro elemento novedoso sería la firmeza adquirida por la declaración de inconstitucionalidad del Memorándum de Entendimiento.

Por último, los representantes de la DAIA solicitaron ser tenidos por parte querellante.

El Juez Federal no hizo lugar a estos planteos. Comenzó su resolución con el repaso de los argumentos y pruebas relevadas por los cuales había concluido que la conducta denunciada por el Fiscal Alberto Nisman no constituía delito. Frente a ese panorama, consideró que las dos cuestiones planteadas por la DAIA sólo reforzaban su parecer pues, en definitiva, revelaban una ausencia de elementos de prueba que pusieran en tela de juicio sus conclusiones anteriores.

En lo que respecta a la conversación entre Timerman y Borger, refirió que de ellas sólo se desprendía el hecho de que el primero atribuía a Irán la responsabilidad del atentado y que ello no era más que una afirmación de la postura que oficial y públicamente había sostenido la República Argentina. A juicio del magistrado, no se advertía de qué manera esta conversación podía poner en jaque el edificio fáctico y jurídico consolidado en tres instancias. Recordó que, al declarar en la causa n° 14.305/15 del registro del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Borger había referido que en aquella conversación se había dicho “lo mismo que tanto Timerman como yo dijimos en público, salvo diferencias en cuanto a la terminología y forma de expresarse”, al igual que lo había sostenido también en el debate parlamentario de la aprobación del acuerdo.

En cuanto al argumento relativo a la declaración de inconstitucionalidad del Memorándum de Entendimiento, el Juez remarcó que esta circunstancia había sido tomada en cuenta para desestimar la denuncia, de modo que la firmeza de aquella decisión sólo venía a reafirmar los argumentos en aquel sentido. Agregó que la Sala de la Cámara Federal que había confirmado el fallo de desestimación de la denuncia era la misma que había declarado la inconstitucionalidad del Memorándum. Dijo que esto venía a cerrar



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

definitivamente la posibilidad de activar la “Comisión por la Verdad”, sellando la suerte de aquel otro argumento.

Por otra parte, el magistrado refirió que no cabía decir nada respecto del fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en la causa donde se investiga la muerte del Fiscal Nisman, dado que había sido revocado por la Cámara Nacional de Casación Penal. En suma, indicó que la decisión política de haber llegado a la firma -y ratificación parlamentaria- del Pacto con Irán podría ser criticada desde lo geopolítico, o desde una visión de criterio y oportunidad, pero nunca podría ser objeto de imputación penal, a menos que debiéramos incluir en la imputación a expertos en materia internacional, diputados y senadores nacionales que aprobaron la iniciativa, y a Roland Noble e Interpol por haber instigado y propiciado el acercamiento entre Irán y Argentina.

Contra ese pronunciamiento interpusieron sendos recursos de apelación el representante del Ministerio Público Fiscal y la pretensa querellante.

El 27 de septiembre de 2016 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió confirmar el auto apelado.

El magistrado que emitió el primer voto recordó que en su anterior intervención había afirmado que los eventos denunciados no podían reducirse a meros actos preparatorios, no obstante lo cual, no advertía que en ellos subyaciera la naturaleza espuria asignada. Destacó además que en aquella oportunidad esa Cámara de Apelaciones había considerado que el Memorándum era inconstitucional, mas no un acto criminal.

Respecto de la hipótesis de los recurrentes, según la cual detrás de ese instrumento existía un delito, dijo que el estudio de las conversaciones telefónicas le había permitido descartar la comisión de un delito en las negociaciones que convergieron en la firma del Memorándum. Recordó que el Fiscal había hecho uso de un recurso inapropiado para una denuncia criminal, consistente en extrapolar distintos pasajes de una conversación para, puntos suspensivos mediante, engarzar del modo más conveniente su contenido, sin importar su hora ni fecha, como si se pudiera ir armando la crónica escogiendo la escucha que se desea poner a continuación. O bien, que combinaba

comunicaciones telefónicas con otras conversaciones distanciadas por meses, pero que eran exhibidas como parte de un mismo y único texto, de forma tal que todo remitía a una misma alusión: se estaba hablando de encubrimiento. En vista de la falta de pruebas que abonaran la posición del Fiscal, puso énfasis en la prudencia con la que debía llevarse la pesquisa para evitar que se convierta en una “excursión de pesca”.

Seguidamente, el Camarista pasó a analizar los elementos traídos al proceso en esta ocasión. Dijo que, cuando en su anterior intervención había propuesto que la denuncia fuera desestimada, ya consideraba que el Memorándum era inconstitucional y que así lo había declarado tiempo antes en otro fallo. Por esta razón, sostuvo que el hecho de que haya adquirido firmeza aquella declaración no conmovía los basamentos de su decisión, fundados en tal extremo.

En cuanto a la conversación entre Timerman y Borger, el magistrado manifestó que, sin importar cuántas veces se la oyese, se mantenía impenetrable el acceso al oscuro designio señalado por la pretensa querellante. Coincidió con el Juez Federal en señalar que las manifestaciones de Timerman en esa grabación no eran más que la posición que la República Argentina venía sosteniendo desde hace años y agregó que el mismo pacto con la República Islámica de Irán era la cabal proyección de ese axioma. Dijo que el verdadero motivo de suspicacia podría haber provenido de una exclamación distinta, es decir que, a contramano de todo lo que se había dicho y hecho, se promovieran gestiones con Estados cuyos ciudadanos se considerara ajenos al atentado. De igual forma, si Timerman hubiese sabido que los iraníes no habrían colocado la bomba y aun así hubiera negociado con ellos para “traerlos a la causa”, entonces sí se habría tratado de procurar la impunidad de los verdaderos responsables del delito.

Ésta habría sido la apreciación del Fiscal ante la Cámara por cuanto, en lugar de reforzar la hipótesis de la DAIA, había centrado sus argumentos en el hecho de que, para Timerman, Irán sería un estado mentiroso. Al respecto, el juez refirió que se trataba de un mero recurso argumentativo que consistía en dar crédito integral a las objeciones de la DAIA.

Sobre la posible configuración del delito de traición, el Camarista refirió que no se comprendía de qué manera los mismos hechos ya



discutidos en esa sede, sin más elementos, podían ser vistos desde tan resonantes figuras penales, sobre las cuales nada había dicho antes el Fiscal ante la Cámara y que no se entendía por qué había ingresado en ese debate normativo cuando en el proceso penal se investigan hechos y no calificaciones penales. Aclaró que, si el juzgador hubiera considerado que correspondía atribuir otra calificación legal a los sucesos así lo hubiese declarado, pero que eso no había ocurrido.

El voto concurrente comenzó por señalar la improcedencia del planteo de nulidad introducido por el Fiscal General, dado que estaba referido a uno de los motivos en los que había fundado su anterior recurso de casación, el cual no había podido prosperar por haber sido desistido por el suscripto. Asimismo, el Camarista rechazó abordar las calificaciones legales propuestas por el representante del Ministerio Público Fiscal por considerar que no estaba presente el requisito de guerra internacional y porque el objeto del proceso está constituido por hechos y no por las calificaciones legales en que se subsumen.

En cuanto a las conversaciones entre Timerman y Borger, el Camarista refirió que no resultaban novedosas ni sorprendentes que el primero admitiera que la República Islámica de Irán haya puesto la bomba que había atentado contra la AMIA-DAIA, toda vez que ésa había sido la posición de nuestro país desde que se librarán las órdenes de captura internacional. Respecto de las calificaciones a Irán como un estado “mentiroso” y “negacionista”, sostuvo que se trataba de una concesión a su interlocutor para lograr explicar el punto central de su posición, a saber, que pese a ello no podía negociar con otro país. Concluyó que de estas conversaciones no podía desprenderse la intención de encubrir el atentado.

Con relación al argumento de que el fallo que había declarado la inconstitucionalidad del Memorándum había adquirido firmeza, este juez sostuvo que esta circunstancia no modificaba en nada el estado de cosas.

Por otro lado, el magistrado estimó inconducente el agravio dirigido a criticar que el Juez de grado no haya pedido *ad effectum videndi* la causa n° 14.305/14, ya que consideró que la comunicación allí agregada carecía de interés para este caso. Como conclusión destacó que si bien la desestimación de la denuncia permitía el replanteo del caso, lo que no podía admitirse era la

reiteración *sine die* de intentos de reabrir una causa, sin incorporar a la pretensión ningún elemento de juicio nuevo que pueda resultar razonablemente idóneo para producir un cambio en la situación planteada al momento de decidirse tal desestimación.

Finalmente, este vocal se refirió al sumario cuyo objeto procesal coincide con el presente pero que tramita en forma paralela, ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 9. Consideró que esta situación se tornaba más grave aún luego de advertir lo manifestado por el agente fiscal, quien había sugerido una investigación conjunta pero en el marco del otro sumario, por encontrarse activo y más avanzado. Repasó las normas que regulan estos supuestos y remarcó que ellas estaban dirigidas no sólo a asegurar la garantía de juez natural, sino también para aventar los riesgos de violar la prohibición de la doble persecución penal *-ne bis in idem-*. En tal sentido, le dio la razón a la defensa de Timerman en cuanto a que se vislumbraba un intento por sustraer la pesquisa de manos de su juez natural con el objetivo de que, con un magistrado diferente, la denuncia tenga otra suerte.

Contra ese fallo, interpusieron sendos recursos de casación el Fiscal General y los representantes de la DAIA.

El Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones comenzó su crítica con la afirmación de que la denuncia que había dado inicio a la presente causa había sido “la causal determinante” de la muerte del Fiscal Nisman y que ello habría sido sostenido por la Corte Suprema al resolver el conflicto de competencia trabado en la causa donde se investiga su fallecimiento.

Respecto de la finalidad con la que había sido celebrado el acuerdo con Irán, refirió que Roberto García Moritán –quien fuera Vicecanciller de la Nación entre los años 2005 y 2008– había declarado ante el Juzgado Federal n° 11 que el objetivo del Pacto había sido lograr la impunidad de los ciudadanos iraníes acusados de haber realizado el atentado. Según el Fiscal ante la Cámara, el testigo habría opinado que el acuerdo internacional debía buscar el fin espurio de encubrir ya que, “*de lo contrario, es difícil entender que se haya redactado el punto séptimo -el levantamiento de las circulares rojas- y que sólo bastara la firma del acuerdo para su entrada en vigor sin la aprobación parlamentaria, como el resto de los tratados*”. También habría dicho que Nisman había recibido



amenazas en Francia para que levantara las circulares rojas. Sostuvo que debía certificarse el contenido de esa declaración.

El Fiscal General se agravió de la desestimación de la denuncia ya que, a su juicio, ella cumplía con todos los requisitos. Consideró que el fallo criticado adolecía de un excesivo rigor formal al exigir que ella contenga la prueba de lo denunciado.

Seguidamente, el Fiscal criticó el rechazo de su planteo de nulidad. Sostuvo que el Juez de primera instancia se había apoyado en prueba ilegítima o ilícitamente producida, a través de actuaciones agregadas por la “indebida e inopinada” intervención de Angelina Abbona -Procuradora del Tesoro- “y sus compinches” en un “exceso criminal de las funciones que le competían por expresas previsiones normativas”. A ello agregó una crítica a la celeridad con la que había resuelto el Juez de la instancia anterior.

Por otra parte, mencionó la posible aplicación del delito de traición (art. 214 CP) y sostuvo que no se había dado tratamiento a su planteo respecto del delito de omisión funcional de persecución de delincuentes (art. 274 CP). Fundó esta calificación legal en que, de manera inmotivada, se habría propuesto evitar la realización de aquellas medidas administrativas necesarias para lograr que los acusados del atentado fueran sometidos a la acción de la justicia argentina. Sostuvo que los alcances del Memorándum y las decisiones que de él podían surgir conducían a un entorpecimiento de la persecución penal de los imputados.

Por último afirmó que, frente a una resolución prematura, correspondía efectuar un nuevo análisis de las constancias de la causa y una revisión amplia de aquella decisión pues, de lo contrario, se impediría cumplir con el objetivo de arribar a la verdad material de lo sucedido.

II.- Ámbito de actuación de la fiscalía en esta etapa.

Por las razones que a continuación expondré, desistiré del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal que me precedió en la instancia (arts. 443 y 465 CPPN). A los fines de una completa fundamentación, considero imprescindible tener en cuenta mi dictamen anterior

en esta misma causa, por lo que pido que sea considerado como parte integrante del presente.

No relevaré aquí el recurso de la pretensa querellante por cuanto no es la etapa para hacerlo, en tanto ahora sólo debo expedirme sobre si mantengo o no el del fiscal (arts. 443 y 465 CPPN).

Sin embargo, adelanto que solicitaré que antes de darle trámite, la Cámara decida qué hacer con el recurso de la pretensa querellante en tanto carece de personería para querellarse, porque su presentación inicial no fue acompañada del correspondiente poder especial ni ello fue suplido durante el trámite de este proceso en el tiempo que la ley prescribe (art. 83 CPPN y art. 48 Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación).

III. Del recurso de casación presentado por el representante del Ministerio Público Fiscal.

A). Los delitos denunciados.

Sin perjuicio de lo dicho en mi dictamen anterior, volveré a tratar aquí, sintéticamente, el agravio relativo a las calificaciones legales traídas a colación por el Fiscal General aquí recurrente (arts. 274 y 277 CP). La hipótesis de la denuncia y la de los fiscales de las instancias anteriores, tiene un defecto básico que puede ser más difícil de comprender para un lego, pero que no pueden desconocer abogados y magistrados, y que debe ser esclarecido de una vez para evitar malentendidos en la comunicación de las alternativas de este proceso.

Un proceso penal no culmina con la descripción de sospechas de la comisión de un delito, la citación a indagatoria de los imputados de haberlo cometido y, ante su fuga, con su declaración de rebeldía por no someterse al proceso y pedido de captura a las fuerzas de seguridad para que los hagan comparecer por la fuerza pública. Estas circunstancias forman un grupo de acontecimientos que producen la parálisis del proceso (al menos respecto de las personas prófugas), pero no es la verdad oficial y final que el Estado, a través del Poder Judicial, debe dar sobre un suceso de la vida, de interés público, porque ello se alcanza solamente mediante el dictado de una sentencia final firme. La forma de que cese esta parálisis del curso de una investigación y enjuiciamiento, es la de lograr que los imputados prófugos se presenten al proceso, por la fuerza (captura) o voluntariamente (detenido o eximido de prisión). Cuando esto se



produce, necesariamente el juez se verá obligado a dejar sin efecto las órdenes de captura correspondientes, por la sencilla razón de que su objeto se realizó. Si los imputados continuarán sometidos a proceso en detención (prisión preventiva) o en libertad (excarcelados o exentos de prisión), es otro asunto. Pero, se reitera, si los imputados no se someten a la jurisdicción del tribunal, el proceso penal en búsqueda de la verdad jurídica objetiva no podrá proseguir ni alcanzarse.

Bien, los recurrentes no mencionan este tramo procesal, y se limitan a juntar sus extremos, para sentenciar que el Acuerdo con Irán tuvo como objetivo hacer levantar las capturas internacionales o alertas rojas o como quiera llamárselas, que pesan sobre los imputados prófugos.

Pero si se computa lo que acaba de señalarse, se podrá ver que el Memorándum constituye un intento de traer o presentar a los imputados al proceso, porque para la continuidad del proceso en forma natural y legal, es necesario contar con los imputados frente al juez de la causa. Traerlos al proceso por la fuerza o por acuerdo entre los abogados defensores y los fiscales o tribunales (como ocurre todos los días con los abogados que antes de presentar a sus defendidos previamente presentan la exención de prisión), no puede constituir delito alguno. Ninguna negociación diplomática en el mismo sentido puede ser considerada una “ayuda al imputado para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a la acción de ésta” (277, 1º, inc. a), CP), o una acción tendiente a “dejar de promover la persecución o represión de los delincuentes” (art. 274 CP), sino todo lo contrario. ¡Se trata de traerlos al proceso para que los juzguen! Ni más ni menos que lo oportunamente pedido por el fiscal Nisman. En consecuencia, este Acuerdo no fue otra cosa que una especie de reforma del procedimiento penal (asunto de mera de jerarquía legal) para este caso en especial, porque la Argentina no tiene el poder de hecho para capturar y traer por la fuerza a estos imputados que no se encuentran en el país, con el fin de someterlos a la acción de la Justicia Argentina y que el proceso continuara. Es más, si hoy en día se lograra la captura de alguno de los ciudadanos iraníes imputados, la consecuencia será la de traerlos al proceso y el juez se vería obligado a levantar la orden de captura internacional existente. Y si se volviera a profugar, el juez interviniente dictaría la orden de su captura nuevamente.

Cualquier abogado sabe que es una simplificación jurídicamente inaceptable sostener que el Acuerdo tenía como objetivo el levantamiento de las capturas.

En mi dictamen anterior, hace más de un año, sostuve que las conductas denunciadas no podían constituir delito pues se trataba del ejercicio de facultades constitucionalmente atribuidas a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y porque los términos del acuerdo no podían interpretarse como una ayuda a los prófugos para eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerlos a su acción, en los términos de los arts. 274 y 277 CP.

Esta conclusión, por ser un asunto de puro derecho, no era ni sería susceptible de ser modificada por la incorporación y valoración de prueba nueva, ni por la profundización de la pesquisa, en tanto se sigue tratando de la misma hipótesis, que no es delictiva.

Sostuve, y ahora lo mantengo, que los hechos denunciados no constituyen delito alguno porque de acuerdo a la Constitución Nacional, los funcionarios que lo llevaron adelante tienen la potestad de celebrar este tipo de acuerdos, lo cual incluye las negociaciones previas, su redacción, firma, aprobación, ratificación, etc., en el marco de las relaciones exteriores de la Nación. Se trata de un ámbito de actuación ajeno a la ley penal porque las leyes penales son de jerarquía infraconstitucional (art. 31 de la Constitución Nacional). Los únicos delitos que pueden cometer los legisladores y otros funcionarios por su actuación como tales (es decir, no se refiere a delitos cometidos previamente y que pueden haber sido la causa o el móvil de una determinada actuación), son los de los arts. 29 y 119 de la Constitución Nacional. Ello así, porque los Poderes Ejecutivo y Legislativo en su actividad conjunta específica (la formación de las leyes, las relaciones exteriores, etc. etc.), no tienen potestades para abrogar esas disposiciones de superior jerarquía.

La declaración de inconstitucionalidad del Memorandum no modifica esta tesitura, al igual que en cualquier caso en el que se declara judicialmente la inconstitucionalidad de un acto de autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado. Que el Acuerdo haya sido declarado contrario a la Constitución no significa que su celebración constituya un delito.

No obstante ello, para una exhaustiva fundamentación, paso a profundizar el análisis de los dichos del Fiscal recurrente.



En primer lugar, en cuanto al argumento de autoridad que dimanaría de una sentencia de la Corte Suprema, debo señalar que además de no constituir una prueba, en realidad en ningún pasaje del fallo dictado en la causa “N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros”¹ se afirma que el Memorándum de Entendimiento haya sido la causa de la muerte del Fiscal Nisman. En ese fallo la Corte tan sólo resolvió atribuir competencia al fuero federal, por entender que hasta ese momento no se había podido descartar la hipótesis del homicidio. De hecho, la Corte comienza esa sentencia manifestando su equidistancia respecto de cualquier hipótesis, de modo que nada de lo dicho en esa sentencia puede ser útil para motivar el desarchivo de estas actuaciones.

En cuanto a las manifestaciones del Embajador Roberto García Moritán, se puede ver de sus dichos transcritos en el recurso de casación interpuesto por el Fiscal ante la Cámara, que se trata de meras opiniones e inferencias que, además de no ser técnicas desde el punto de vista jurídico penal, están desprovistas de datos y de objetividad. Es decir, en realidad no es alguien que declara sobre lo que percibió por sus sentidos, sino alguien que opina sobre un asunto en el que no intervino. No fue protagonista, partícipe o testigo de esta historia, en tanto había cesado en su función en 2008.

Pero además, como se viene diciendo, la hipótesis sostenida por García Moritán no podría modificar las conclusiones acerca de la atipicidad de la conducta. De haber existido el objetivo espurio atribuido por él a la celebración del Acuerdo con Irán, se trataría de algo así como una mera voluntad montada sobre una causalidad incapaz de alcanzarlo. Ello es así, por cuanto las notificaciones o alertas rojas se sustentan en un pedido de captura del magistrado a cargo de la causa y, por ello, sólo podían ser desactivadas por el juez de la causa en la que habían sido ordenadas. El intercambio de misivas entre la Cancillería e Interpol, así como las manifestaciones de su titular Roland Noble, no dejaron lugar a dudas ya desde el inicio de esta causa. De allí que las manifestaciones de García Moritán carezcan de relevancia penal y, por ello, no tiene importancia si se incorporan o no a esta causa.

¹ Fallo del 20 de septiembre de 2016, expediente CCC 3559/2015/16/5/1/RH8.

En cuanto a diversas consideraciones sobre pruebas incorporadas por la ex Procuradora del Tesoro, debo señalar que ellas no tuvieron un origen ilícito (lo cual es distinto de si al presentarlas cometió un delito de funcionario público²), de modo que si esas actuaciones resultan de interés para conocer la verdad histórica y su introducción al proceso no viola garantías de ninguna de las partes, no se advierte cómo puede fundamentarse su invalidez. Tanto es así que de no haber sido presentadas por la ex Procuradora del Tesoro, habría correspondido a los fiscales intervinientes procurar obtenerlas, porque los fiscales estamos obligados por los principios de objetividad y de búsqueda de la verdad.

Menos novedoso aun es el contenido de las conversaciones entre Timerman y Borger. La grabación de esta conversación puede ser oída por cualquiera desde la Internet, porque fue pasada por un programa de televisión que la dejó “colgada” en la *web*. Parecería que la conversación fue grabada desde el lado del interlocutor Borger (muy posiblemente sin su conocimiento), porque a Timerman se lo oye de lejos, como que está del otro lado de la línea; nadie explica el origen de la grabación de esa conversación telefónica, lo cual lleva a concluir que fue obtenida sin el consentimiento previo de ambos interlocutores y que no fue ninguno de ellos quien la grabó; es decir, fue obtenida mediante la comisión de un delito (art. 153 CP) que es de acción privada (art. 73 CP). Pero además, es obvio que se trata de una grabación editada, cortada, sin que se pueda apreciar el contexto, ni las frases u oraciones anteriores y posteriores a las intervenciones de cada uno, etcétera.

Tal como fue señalado, la afirmación de la autoría iraní del atentado fue la posición pública que asumió la República Argentina, al menos, desde el pedido de captura de los acusados. Debo volver a recordar que ello es una hipótesis, cuya comprobación *prima facie* justificó el llamado a indagatoria a los sindicatos y su pedido de captura internacional. Pero, como cualquier hipótesis delictiva, ella está sujeta a la futura demostración mediante el debido proceso legal.

² Me refiero a una imputación que existe en otra causa contra la ex Procuradora del Tesoro por considerar los denunciantes que cuando ella se presentó en esta causa, excedió las funciones de su cargo. En cambio sí tiene un origen delictivo, de un delito de acción privada, la grabación subrepticia de una conversación telefónica que mencionaremos más adelante y que, sin embargo, el Fiscal recurrente la valora sin ningún prurito.



No era necesario intervenir -de manera ilícita- las conversaciones entre un Canciller y el titular de la AMIA para conocer lo que Timerman opinaba al respecto. De allí, que lo único novedoso sea la existencia de estas grabaciones cuya declaración de invalidez no pido porque su contenido no tiene relevancia alguna para este caso y porque los mismos recurrentes señalan que Borger confirmó su contenido en declaración testimonial. Es decir, dejo entre paréntesis el tema de la validez, porque tomo su contenido de la declaración testimonial de Borger.

Lo que surge de la conversación entre Timerman y Borger no es más que un recurso argumentativo empleado por el primero, consistente en aceptar todas las afirmaciones de su interlocutor para demostrarle que, aun de acuerdo con lo que decía, debía concluir en la imposibilidad de negociar con otro Estado distinto del de Irán y que no había otro modo de traer a los imputados a la causa para poder proseguir con su trámite. De la conversación surge la conclusión exactamente contraria a la sostenida por los acusadores: el representante de la AMIA se opone a las negociaciones con Irán, pero tampoco ofrece vías alternativas, a pesar de que Timerman le da a entender que estaría dispuesto a discutir las. Allí Borger se limita a protestar por las tratativas con Irán, es decir, su posición radica en que cualquier cosa que hiciera el gobierno argentino al respecto, nunca conmoviera la posición política (no jurídica) de la asociación que representaba, que ya estaba decidida, cerrada, de antemano, de acordar cualquier cosa con ese país.

Inclusive este diálogo le permitió conjeturar al Juez de Cámara Ballestero que lo que hubiese sido sospechoso habría sido que el Poder Ejecutivo hubiera intentado traer a la causa a otras personas distintas de los imputados iraníes a sabiendas de que se trataba de individuos ajenos al hecho. En definitiva, de la conversación tampoco es posible inferir la “voluntad” de Timerman de encubrir el atentado.

En cuanto a la firmeza de la declaración de inconstitucionalidad, debe señalarse que la validez del Acuerdo no es un dato del cual dependa la tipicidad de la conducta denunciada. La declaración de inconstitucionalidad sólo viene a decir que el acto se encontraría en pugna con la

Constitución pero no que es delictivo. Ambos niveles de análisis no son interdependientes. Y ya se explicó por qué es incorrecto el razonamiento que pretende mostrar que el Acuerdo buscaba la impunidad de los imputados prófugos. Su objetivo está a la vista de cualquiera, y era el de traer a los prófugos al proceso para que los juzgase el Poder Judicial argentino.

Finalmente, debo señalar que la profusión de adjetivos en el recurso del Fiscal General ante la Cámara de Apelaciones no convierten en delito aquello que no lo es y que varias de las conjeturas que despliega, podrían hacerse valer en el proceso donde se investiga la causa de la muerte del Fiscal General Natalio Alberto Nisman, pero carecen de pertinencia en la presente.

B). Sobre el delito constitucional de traición.

La sola circunstancia de que el acusador público haya blandido una acusación tan grave, me obliga a emitir opinión sobre la cuestión (esta calificación alternativa aparece en el escrito del Fiscal ante la Cámara donde mantiene el recurso de apelación del Fiscal de primera instancia).

El art. 119 de la Constitución Nacional prescribe: “La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

Por su parte, el art. 214 CP establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este Código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro”.

Es muy interesante comparar las definiciones y ver que el texto del Código Penal viola la prohibición terminante del texto constitucional al extender la punibilidad a supuestos no previstos por ella. Toda la doctrina sugiere estar al texto constitucional³. Es que la historia de su antecedente inglés enseña

³ Núñez, R. C., Derecho Penal Argentino. T. VI, Lerner, Córdoba, 1971, p. 206. Chiara Díaz, Carlos Alberto Código penal y leyes complementarias: comentado, concordado y anotado, 1ra ed., Nova Tesis,



que se produjeron tantos abusos por la aplicación de la figura de traición que llegó un momento en que los jueces se negaban a condenar por ese delito porque sabían que ello los exponía a ser considerados traidores por los simpatizantes del acusado, quienes algún día podrían ocupar el poder. Como consecuencia, el constituyente estadounidense, al tomar la disposición de la experiencia inglesa, negó al Congreso la facultad de extender y castigar el crimen de traición⁴. De ahí fue tomado el texto y esa prohibición por nuestro constituyente.

La formula constitucional no sólo restringe la acción del Congreso, sino que también tiene por fin poner un límite a la interpretación judicial del delito de traición⁵. Así opinó James Wilson y lo sostuvo el Juez Marshall en “Ex parte Bollman”⁶. De ahí que se prohíbe al Congreso convertir en traición cualesquiera otros actos de los ciudadanos que no sean los especificados⁷.

La interpretación histórica del delito nos obliga a enfatizar la importancia de mantener una estricta limitación de las conductas prohibidas por este delito constitucional. No se trata de una aplicación abstracta del principio de máxima taxatividad o de la prohibición de analogía. Es un mandato constitucional cuya fuerza es imposible de soslayar. Joaquín V. González sostuvo que *“cuando la Constitución emplea la palabra únicamente, al definir en qué consiste la traición, ha expresado toda la protesta contra los errores antiguos, y su voto porque la justicia argentina no se convierta en auxiliar de la opresión, atentando contra la vida de los ciudadanos, por extensivas o criminales interpretaciones de las palabras de esta cláusula, y de la ley que la explica, las cuales son técnicas y de sentido limitado y estricto”*⁸.

Rosario, 2011, p. 9. Da Rocha, Joaquín, “El delito de traición a la patria”, en Sabsay-Manilli, Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T. 4, 1ra ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 756. Simon, Walter G., The evolution of treason, en Tulane law review, v. 35, June 1961, n° 4. New Orleans, p. 685.

⁴ Constitution of the United States of America: Analysis and interpretation, Library of Congress, centennial edition, Kenneth R. Thomas Editor, Washington, 2014, p. 887. Ver el caso “Cramer v. United States”, 325 U.S. 1 (1945).

⁵ Leek, op. cit., p. 606.

⁶ Ex parte Bollman, 8 U.S. (4 Cr.) 75 (1807), citado por Leek.

⁷ Charge to Grand Jury, 30 Fed. Cas. No. 18.271 [1871], citado en La Constitución de los Estados Unidos de América. Anotada con jurisprudencia, T. 1, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, p. 563.

⁸ Citado por Núñez en Derecho Penal Argentino. T. VI, Lerner, Córdoba, 1971, p. 210.

Existe amplia coincidencia en la doctrina argentina en afirmar que este delito requiere un estado de guerra⁹. La guerra debe realizarse contra la Nación. No puede ser considerado como guerra contra la Nación aquella hostilidad dirigida contra grupos o masas de ciudadanos argentinos¹⁰.

La traición es un delito que afecta la seguridad externa de la Nación como tal. Soler entiende que es un delito que “*va dirigido contra el Estado mismo, considerado en general, como organización o cuerpo político; afecta las bases constitucionales y a integridad territorial. Se trata de delitos no sólo dirigidos contra el Estado, sino propiamente de delitos que tienden a afectarlo como ente político*”¹¹. Esta situación se deriva del principio de soberanía nacional, que excluye la injerencia de terceros Estados en la toma de decisiones de contenido político-internacional¹². La seguridad de la Nación es afectada por las acciones que atacan su integridad y hasta su propia existencia¹³. Se trata de la seguridad externa de la Nación, y debe evitarse toda confusión con problemas internos, básicamente de carácter político¹⁴.

La forma en que este bien jurídico debe ser agredido para que la conducta sea delito, es mediante una contribución al esfuerzo bélico del enemigo. No es típica cualquier deslealtad a la Nación. Las dos conductas típicas -levantarse en armas y ayudar al enemigo- deben, para ser consideradas constitutivas de este delito, provocar este efecto. La finalidad de este tipo es la de prohibir el aumento de la capacidad beligerante del enemigo¹⁵.

Sin una contribución que aumente la potencia del esfuerzo bélico del enemigo, no puede afirmarse que la seguridad externa de la Nación haya sido puesta en peligro por el sujeto activo. Como consecuencia de esto, una contribución insignificante (supóngase, el aporte de un solo uniforme), no

⁹ Donna, Edgardo, A., Derecho Penal. Parte Especial, 1ra ed., T. II-C, Runbinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 376. Se entiende que se requiere como presupuesto básico que el estado argentino haya entrado en guerra internacional, es decir, contra otro Estado enemigo, aunque las acciones bélicas estén circunscriptas a una parte del territorio nacional”. “Por eso -dice- la doctrina exige la declaración formal de guerra, según disposiciones constitucionales y de Derecho Internacional o la iniciación de las hostilidades que implican ya una guerra, aunque sin declaración formal.

¹⁰ Núñez, op. cit. 217.

¹¹ Soler, Sebastián, “Tratado de Derecho Penal Argentino”, t. IV, p. 2, Ed. Tea, 1978.

¹² Tazza, Alejandro O., Tres delitos constitucionales. Traición - Concesión de Poderes Tiránicos y Sedición, publicado en Sup. Act. 08/02/2005, 1.

¹³ Da Rocha, Joaquín, “El delito de traición a la patria”, en Sabsay-Manilli, Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T. 4, 1ra ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 755.

¹⁴ Estrella, Oscar Alberto - Godoy Lemos, Roberto, Código Penal, parte especial, T. 3, 2da ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2007p, 325;

¹⁵ Chiara Díaz, op. cit., p. 11.



alcanzaría para ofender el bien jurídico. De igual forma, las malas intenciones, aunque demuestren deslealtad a la Nación, son atípicas si no generan el mentado peligro. No cualquier tarea realizada en favor del enemigo constituye esta acción¹⁶. En autos no se advierte de qué manera la conducta endilgada a los imputados podría, aun de manera hipotética, beneficiar alguna forma de esfuerzo bélico de Irán o algún grupo al que se atribuya la autoría del atentado.

El aspecto subjetivo de este delito también plantea obstáculos para el éxito de la acusación dado que se requiere el conocimiento del estado de guerra y una colaboración consciente con el esfuerzo bélico del enemigo que, aunque Irán fuese considerado como uno, no está presente en el caso.

C). Aclaraciones de cierre de esta cuestión.

El principio de reserva establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional requiere que, para que se ponga en marcha el aparato penal del estado, la hipótesis acusatoria debe, cuanto menos, ser una de aquellas conductas prohibidas por el Código Penal. Es decir, el proceso penal no está instaurado para investigar, adquirir pruebas y comprobar cualquier conducta de los habitantes de la Nación, sino sólo aquellas que pueden ser calificadas como delictivas. Aquí, en cambio, *a priori* sabemos que lo denunciado no sería delito, independientemente de que se encuentre suficientemente probado o no.

Como afirmaron los jueces de la Cámara en el auto recurrido, el objeto del proceso penal está constituido por hechos y no calificaciones legales. Pero además, en todos los casos, la hipótesis a demostrar debe ser un delito, es decir, un hecho subsumible en algún tipo penal. Y ello aquí no ocurre. Las conductas denunciadas jamás podrían calificarse como omisión funcional de perseguir a los delincuentes ni, como ya se explicó ahora y en mi anterior intervención, configurar alguna de las formas del encubrimiento.

En estas condiciones, mantener viva la acción penal “por las dudas”, a la espera de toparse con algún delito, convertiría al proceso en una empresa con objeto ilegal.

¹⁶ Estrella – Godoy Lemos, op. cit., p. 326.

IV. El *ne bis in idem* y el *forum shopping*.

La existencia de la causa n° 14.305/15, mencionada por el Fiscal General y la Cámara de Apelaciones, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, genera un serio problema que debo advertir, en los términos que me impone el control de legalidad (art. 120 de la Constitución Nacional, art. 1° de la Ley 27.148 -Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal- y art. 65 del Código Procesal Penal de la Nación). La cuestión es que, si en otra causa se habrían comenzado a ventilar los mismos hechos que aquí, ello significaría que se está sembrando una causal de nulidad de todo lo allí actuado.

Además de la violación al orden administrativo de sorteo y radicación de causas, que da lugar al supuesto que la jerga forense llama *forum shopping*, en tal caso estaríamos en presencia de una violación a la garantía constitucional de *ne bis in idem*.

Esta garantía no impide que se reabra una causa archivada -el archivo no causa estado- sino que veda la posibilidad de que, en lugar de reabrir ésa, se inicie otra causa en la que se investigaren los mismos hechos y a las mismas personas.

Es un clásico caso de *litis pendentia*, en el que la garantía contra el doble juzgamiento opera directamente, sin necesidad de esperar que haya cosa juzgada en alguna de las causas. Porque la garantía no sólo contempla las investigaciones sucesivas (el nuevo y repetido intento de perseguir penalmente a alguien por los mismos hechos y causa), sino también las simultáneas. Es que en definitiva es lo mismo, ya que se trata de otro intento de la misma persecución (entre muchos, Corte Suprema, caso “Ganra de Naumow”, Fallos: 299:221).

Además de la violación a la garantía del *ne bis in idem*, la práctica mencionada provoca un serio menoscabo a la garantía de juez natural y a la imparcialidad del juzgador. Esto ya se ha visto en nuestros tribunales. El *forum shopping* es la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional que intervendrá en un proceso penal, en busca de la respuesta jurídica más favorable a sus intereses¹⁷,

¹⁷ D’Albora, Francisco. Código Procesal Penal de la Nación, Anotado, comentado, concordado. Novena edición corregida, ampliada, actualizada por Nicolás D’Albora, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 292.



con la consiguiente sospecha que genera sobre su imparcialidad del magistrado elegido.

V. Personería de la asociación que pretende ser querellante.

La defensa de uno de los imputados en esta misma etapa de casación, apenas ingresada la causa, el 4 de noviembre (fs. 3593), presentó un escrito en el que hace notar que el representante de la DAIA carece de poder especial para querellarse. Y solicita que se intime al presidente del ente ideal a agregar el mandato especial correspondiente en el término de 3 días, bajo pena de inadmisibilidad de su pretensión querellante y del recurso intentado.

Ahora bien, el asunto advertido es uno de esos que involucra el control de legalidad de los procesos en cabeza de los juzgadores y de los fiscales porque su inobservancia da lugar a nulidades (art. 167, inc. 2°, CPPN). En consecuencia, aunque esa defensa no lo hubiese pedido, corresponde tratarlo *ex officio*.

De la simple lectura de estas actuaciones, especialmente desde que la DAIA se presentó y pidió la reactivación de la causa y ser tenida por parte querellante (ello ocurrió el 2 de agosto de 2016, fs. 3367 a 3410), se observa que no ha presentado el debido poder especial para querellarse por los hechos que denuncia y contra las personas que lo hace.

Este obstáculo no radica en que el firmante no sea representante legal o estatutario de la persona de existencia ideal. Tampoco se refiere a la legitimación como ofendida por el delito que ellos consideran que se cometió.

Debo señalar que tampoco sería aplicable –supletoriamente– el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, porque no se observa la urgencia a que esa norma se refiere y porque, en todo caso, ha transcurrido el plazo de 40 días hábiles desde la presentación inicial que el artículo estipula para suplir la falta de poder especial.

La carencia del poder especial se exige a las asociaciones para actuar como querellantes en sede penal, según los arts. 82 y 83 del CPPN (ver entre muchos, CNCP, Sala II, 25/6/2009, “Acosta, Jorge Eduardo s/ recurso de

queja”; CNCP, Sala III, 2/3/2006, *in re* “Polistina, Ricardo y otros s/ recurso de casación”).

La ausencia de poder especial tornaría inadmisibles la impugnación deducida por los letrados que suscriben el recurso, toda vez que carecen de facultad para actuar en forma autónoma en la causa (CNCP, Sala I, “Pérez, Carlos Gustavo s/ recurso de casación”, Reg. N° 18.062, rta. el 24/06/2011 y Sala III, “Manubens Calvet, Manuel s/ recurso de casación, reg. 1143.06.3).

La jurisprudencia es unánime en sostener que, a estos efectos, no basta con acompañar copia del estatuto societario. Todo ello trasciende los específicos alcances que surgen de la copia del estatuto de esa asociación pues, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de Nación, el juzgador no debe convertirse en intérprete de una supuesta voluntad implícita de una de las partes porque con ello se altera el equilibrio procesal de los litigantes en beneficio de uno de ellos (Fallos: 310:2709). Es decir, se trata también de un asunto de imparcialidad del juzgador y de defensa en juicio y debido proceso de las otras partes, inclusive de las que no se presentaron a advertir la falencia (art. 18 CN).

Por ello, solicitaré que se suspenda el trámite del recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante, hasta tanto la Sala I de la Cámara Federal de Casación decida si hará lugar o no a la intimación sugerida por la defensa de solo uno de los imputados (para que se acompañe el correspondiente poder especial) o directamente declare desierto o por no presentado el recurso de casación (*in re*, caso “Polistina”, ya citado).

VI. En conclusión.

(1) Los hechos originalmente denunciados no constituyen delito alguno.

(2) Los hechos denunciados no constituyen una ayuda a los delincuentes ni la omisión de promover su persecución, sino tratativas diplomáticas para someter a la jurisdicción del juez interviniente a los imputados de graves delitos cuya captura un magistrado ordenara de conformidad con el pedido del fiscal denunciante.

(3) Tampoco los hechos pueden ser calificados como traición a la Nación (arts. 214 y 215, inc. 1°, CP), ya que no existía al momento de su



realización, ni existe ahora, el contexto de conflicto bélico que exige la figura penal, ni los imputados del atentado a la sede de la AMIA-DAIA pueden ser considerados enemigos de la Nación, ni las tratativas una contribución a un supuesto esfuerzo bélico contra la Nación, todo ello, en los términos del art. 119 constitucional y del 214 del Código Penal.

(4) Las llamadas pruebas nuevas, no son pruebas, ni nuevas, y aunque por su intermedio se intentase probar algo, no sería otra cosa que más de lo mismo: un hecho no delictivo.

(5) Que la Cámara debe decidir el curso a seguir con las presentaciones de la pretensa querellante que, si bien podría tener legitimación, no tiene personería, en tanto no cuenta con el poder especial para querellarse que exige la ley (art. 83 CPPN).

VII.- Petitorio.

Por todo lo expuesto, solicito:

1) Que se tenga por desistido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 443 y 465 CPPN).

2) Que se suspenda el trámite del recurso de casación interpuesto por la DAIA hasta que la Cámara de Casación resuelva acerca del déficit de personería aquí señalado.

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal,
Buenos Aires, 8 de noviembre de 2016.