



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

*DICTAMEN N° 10836  
Causa n° CFP777/2015/CFC2, Sala I,  
Fiscalnet 10789/15,  
"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 Nro. CFP777/2015/CFC2, Fiscalnet 10789/15, del registro de la Sala I, caratulada "Fernández de Kirchner, Cristina y otros sobre encubrimiento", me presento y digo:

Vengo por el presente, en legal tiempo y forma, a emitir la opinión de este Ministerio Público Fiscal respecto del recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante contra la resolución del 27 de septiembre de 2016 por la cual la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal resolvió confirmar la del Juzgado del Fuero N° 3 que, por segunda vez, desestimó la denuncia por inexistencia de delito y, consecuentemente, archivó las actuaciones.

Cabe recordar que, por dictamen aparte, del 8 de noviembre de 2016, desistí del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General ante esa Cámara de Apelaciones. Ello no fue resuelto aún.

I. Cuestión Previa. La personería de la DAIA.

La Cámara ha puesto los autos en término de oficina sin haber decidido previamente, como esta parte lo solicitara, acerca de la personería de la pretensa querellante, la DAIA.

Soy uno de los precursores de que la querrela puede instar la acción penal en soledad, sin necesidad de hacerlo conjuntamente con el fiscal (a diferencia de quienes sostienen que el querellante sólo puede ser adhesivo), casos en los cuales los fiscales sólo concurrimos al proceso en nuestro rol de contralores de la legalidad (art. 120 CN) y no como parte acusadora (De Luca, Javier Augusto, "La Víctima en el Proceso Penal, modelo 2007", en la obra colectiva

“Las facultades del querellante en el proceso penal [de ‘Santillán’ a ‘Storchi’]”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, agosto 2008, pág. 27).

Por otra parte, en todos los casos he propiciado la actuación amplia de la querella, reconociendo a las víctimas y sus representantes los mismos derechos procesales que a los imputados.

Debo señalar esto para evitar malentendidos acerca de mi pedido de que se resuelva si la documentación acompañada por la DAIA es suficiente para tenerla por parte querellante lo cual, repito, hace a una cuestión de la legalidad del proceso (art. 167, inc. 2º, CPPN) que es mi deber controlar y no a un agravio particular a esta parte fiscal en su rol de ejercicio de la acción penal. No he pedido que se rechacen *in limine* sus presentaciones por falta de personería sino que se decida sobre ese asunto, teniendo en cuenta que, toda la vida, a las personas jurídicas se les exigió poder especial para querellarse otorgado ante notario, por escritura pública (tanto el código procesal penal anterior como el vigente, y es jurisprudencia constante de esta Cámara de Casación; ver la cuestión en el viejo plenario de la Cám. Crim. Y Correcc. “Farías de Fiori, Estela”, del 14/5/54, y el art. 1184 Código Civil derogado).

Ese asunto es el que deben decidir de manera previa VV.EE., esto es, si se ratifica o modifica esa doctrina, en tanto la disposición del Código Civil citada está derogada en el nuevo Código Civil y Comercial.

Y aclaro que la cuestión no es baladí, porque se está dando la misma situación en otras causas como, por ejemplo, la que tramita ante esta misma Sala I (con igual composición), donde una asociación se pretende querellar contra el presidente de la Nación Ing. Mauricio Macri, la vicepresidenta Gabriela Michetti y varios ministros del Poder Ejecutivo Nacional, y donde he pedido que se dilucide la misma cuestión, esto es, si esa asociación tiene personería para instar tal acción penal (autos: CFP946/2016/CFC1, “Macri, Mauricio; Micchetti, Gabriela; Bullrich, Patricia; Peña, Marcos; Martínez, Julio; Frigerio, Rogelio; y Garavano, Germán sobre abuso de autoridad y violación a los deberes de funcionario público”, en el que la pretensa querellante es la Liga Argentina por los Derechos del Hombre).

No es a mí a quien tienen que aclarar nada (como la DAIA sostiene en un escrito recientemente presentado), sino al proceso, a los jueces y a las contrapartes, porque así lo exige la ley (art. 83 CPPN).



II) Cuestión subsidiaria: tratamiento del recurso de la DAIA.

Subsidiariamente, y para el caso de que la Cámara resuelva que la pretensa querellante goza de personería para querellarse, paso a expedirme sobre los agravios planteados en su recurso.

(1) En clásica expresión de nuestra Corte Suprema, la más delicada misión de los jueces es la de saber mantenerse en el marco de su competencia. El respeto de ese principio permite ver con claridad que no es posible que unos jueces o fiscales, a pedido de un puñado de personas, sean éstas imputadas, víctimas o representantes de ellas, manejen las relaciones exteriores del país. Para eso están los representantes del pueblo que la Constitución designa, estos son, los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

El precedente que se dicte al respecto sería gravísimo. No habría vuelta atrás y de manera equivocada y grave abriría una puerta para que de aquí en adelante cualquier Presidente o Canciller sean enjuiciados por actos similares (ej. negociaciones comerciales o de explotación de recursos naturales con Gran Bretaña en Malvinas). De allí que el ejercicio de una potestad constitucional nunca puede constituir delito.

Me remito a mi dictamen anterior del 8 de noviembre pasado y pido sea tenido como parte del presente para una mayor fundamentación de este asunto.

(2) No tiene ninguna relevancia si se trata de un acto preparatorio (como sostiene el juez de primera instancia Rafecas) o si ya había pasado a la etapa de ejecución (juez de cámara Ballestero), porque ese “iter”, el camino desde los actos preparatorios hasta la consumación de un suceso, no va hacia ningún delito (ver mi dictamen del 20 de abril de 2015). En lenguaje de derecho penal, sería un “acto preparatorio” o “un comienzo de ejecución” de hechos lícitos.

(3) Como también expliqué, aunque se considerase que el poder judicial puede juzgar estos hechos, el Memorándum tendía a hacer comparecer al proceso a los imputados. Nadie explica, ni me lo puedo imaginar, cómo eso puede ser considerado una ayuda al sospechoso a eludir las investigaciones o a sustraerse a la acción de la justicia (art. 277, 1, inc. a., CP), o

que eso pueda implicar dejar de promover la persecución y represión de delincuentes (art. 274 CP), o que ello pueda significar una ayuda o socorro a los enemigos de la Nación (arts. 215 y 216 CP). El principio constitucional de legalidad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) determina que no corresponde perseguir penalmente la posible comisión de conductas que no están expresamente prohibidas o mandadas hacer por ley.

Toda la argumentación de la pretensa querellante pone de manifiesto lo que pareciera ser otro interés, distinto de la persecución del crimen, que no se corresponde con el derecho penal y procesal penal argentinos: que aunque los imputados se presenten a derecho en la causa penal que se sigue en su contra, su captura internacional igualmente debería mantenerse. El argumento es contrario al derecho argentino, porque las órdenes de capturas tienen como único objeto, que los imputados rebeldes se presenten a estar a derecho, y ello no lo decide ni el/la Presidente/a, ni el/la Canciller, ni el Memorándum, ni los legisladores, ni ninguna comisión de la verdad, ni la Interpol, ni las víctimas, ni algún otro personaje que haya intervenido en las negociaciones o que haya “vendido humo” diciendo que tenía poder para hacerlo. Ello depende de una decisión del juez de la causa fundada en los hechos y el derecho, con opinión del fiscal interviniente, que también debe ser fundada en los hechos y el derecho.

El argumento es muy grave, pero se presenta como algo natural y corriente. Es compatible con una posición que pretende que el proceso ya culminó con el libramiento de las órdenes de captura internacionales y que la verdad judicial ya fue dada al fundamentar tales órdenes. A esa posición, paradójicamente, no le sirve que los prófugos se presenten en la causa.

#### (4) Medidas propuestas por la pretensa querellante.

La DAIA solicita medidas de prueba que siguen siendo impertinentes. Veamos.

Así, que se convoque al proceso a prestar testimonio a una serie de personas que en realidad lo harían en carácter de “opinólogos”, sobre las relaciones exteriores de la Nación en este caso concreto y sobre la tipicidad penal de las diversas conductas denunciadas. El pedido es impertinente porque confunde la actividad pericial con la prueba testimonial y con la misión de los jueces de decir el derecho.



Lo mismo ocurre con pedidos más propios de actividad de inteligencia operando por fuera de la ley que del ámbito judicial, donde las injerencias en la vida y derechos de las personas deben ser las necesarias y las mínimas indispensables para probar la comisión de un delito (principio de proporcionalidad) y toda medida que se exceda de ello, aunque fuese ordenada por un juez, es ilícita. Se desprende de la lista de medidas de prueba propuestas que los representantes de la DAIA pretenden investigar la vida entera de distintas personas durante un determinado período, sin que se precise la conexión de cada medida con algún delito a demostrar. Así ocurre con el pedido de informes de líneas telefónicas asignadas a las personas denunciadas, o sus movimientos migratorios, o de datos de distintas personas, o de sus visitas a tal o cual dependencia oficial o privada, o de personas que viajaron con la ex Presidenta a la Asamblea de las Naciones Unidas, o si alguna persona fue designada en algún cargo público, etcétera. Es que si no estamos frente a hechos que puedan constituir delitos, en un estado que no sea totalitario, no es posible investigar las causas o modos o medios de su producción.

III. La validez o invalidez de un audio grabado por un tercero de una conversación privada entre dos personas.

A) No es cierto que ese asunto fue resuelto por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal. Basta leer la resolución (publicada en Centro de Información Judicial) para comprobar que expresamente se eludió su tratamiento (ver CCCFed Sala II, causa CFP 14305/2015/2/CA1 “Timerman, Héctor sobre nulidad”, resolución del 24 de mayo de 2016). Uno de los jueces no valora la grabación porque dice que la denuncia está fundada en otras pruebas. Y el otro de los jueces dice que la validez debe ser discutida en esta causa! B) De todos modos, una resolución que eventualmente pudiera dictarse en una causa no obligaría a los demás tribunales que tienen la potestad/deber de analizar y valorar las pruebas en otras causas bajo su conocimiento, de manera autónoma. No existen las cuestiones prejudiciales en materia de valoración y validez de las pruebas, salvo las excepciones de las leyes de fondo. Y por esa misma razón, carece de relevancia si uno de los jueces de la cámara de apelaciones estaba dispuesto a tratarlo y otro no. Es decir, esa supuesta

contradicción que menciona la pretensa querellante, no es relevante. C) Aunque ello fuera así, de la grabación no surge nada relevante ni novedoso que contribuya a la denuncia; es más, ratifica lo que ya se sabía y, por el contrario, demuestra claramente la voluntad del Canciller para destrabar un proceso judicial paralizado, ante la imposibilidad fáctica, realista, reconocida por los propios operadores judiciales, de que la Argentina pueda traer a los prófugos ante sus estrados. D) En supuesto audio, Borger (presidente de la AMIA) nunca le dice a Timerman (Ministro de Relaciones Exteriores) que no firme el acuerdo porque se caerían las alertas rojas, a pesar de que la pretensa querellante pretende acreditar un encubrimiento que se perfeccionaría mediante la desactivación de las alertas rojas. Ese dato nunca surge del audio. El objeto de la discusión en esa conversación era otro: si correspondía o no negociar diplomáticamente con un estado “negacionista” y “mentiroso”, según uno de los interlocutores. No se discutió la suerte o futuro de las capturas internacionales. E) Por todas esas razones, es que en mi dictamen pasado del 8 de noviembre expresamente dije que no abordaría el asunto de su invalidez procesal. Asunto nada menor, sino basal para el ordenamiento jurídico argentino, porque se trata de prueba adquirida mediante la comisión de un delito (aunque fuera de acción privada) y, sabido es, que la justicia argentina no puede ser beneficiaria de hechos ilícitos (Fallos: 303:1938 “Montenegro”).

#### IV. La pretendida relación con la muerte del Fiscal Nisman.

Varias de las líneas de razonamiento de la pretensa querellante están conectadas con la investigación de las causas de la muerte violenta del Fiscal Nisman. Sugiere que, como el fiscal murió (por causa voluntaria, por determinación al suicidio o por homicidio) como consecuencia de haber presentado esta denuncia, el hecho denunciado por él necesariamente debe ser delito. Bien, entiendo que, además de resultar indigno porque implica el empleo de una situación trágica personal como un medio para lograr otros objetivos, con un fin distinto al que debe guiar un proceso penal, el razonamiento es falaz porque aquí se trata de determinar si los hechos denunciados encuadran o no en alguna figura penal, cualquiera haya sido el denunciante y las consecuencias que su denuncia le pudieran haber traído. Es en otro proceso donde se tratan de establecer las causas de su deceso, para lo cual –a su vez– no tiene relevancia alguna si los hechos por él denunciados constituyen o no un delito.



V. Posible condicionamientos a los jueces de esta causa.

En el trámite de esta causa se agregó una declaración testimonial recibida por un Fiscal Federal al periodista Daniel Santoro quien, amparándose en el secreto de sus fuentes de información, pero indicando que se lo había proporcionado una fuente judicial, aportó lo que él dice (o le dijeron) que era el voto del Juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Juan Carlos Gemignani, en la causa donde se debía decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Memorándum, que no llegó a ver la luz porque el recurso del Poder Ejecutivo contra la resolución de la Cámara Criminal y Correccional Federal que lo había declarado inconstitucional fue desistido por esa misma parte, por razones de cambio de orientación política del gobierno que asumiera en diciembre de 2015 (ver a fs. 3331 la declaración del periodista). Recuérdese que ante ese desistimiento, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Ángela Ester Ledesma y el mencionado Juan Carlos Gemignani, tuvo por desistido el recurso planteado por el Estado Nacional y, así, la declaración de inconstitucionalidad del Memorándum quedó firme.

Me referiré a él porque está agregado a la causa y porque de él se desprenden posibles condicionamientos a los jueces llamados a resolver en esta causa. No tiene relevancia aquí si se trata de un proyecto de voto verdadero de un magistrado de la Cámara de Casación, porque en las condiciones en que está agregado, jurídicamente no es otra cosa que un texto anónimo.

Allí se desliza la idea de que como con la gestión y firma del Memorándum se habría cometido un delito de encubrimiento de un delito de lesa humanidad (se refiere al del atentado de la AMIA-DAIA), ello haría incurrir en prevaricato y/o complicidad en un injusto internacional al juez que suscribiese una decisión que convalidase ese Acuerdo, “cuestión que habrá de resolverse en el proceso penal al que el Magistrado deberá ser sometido”. Y que lo mismo sucedería con aquellos jueces que, en atención a argumentaciones de cualquier tenor de parte del Ministerio Público Fiscal, en una causa en la que se afecten derechos humanos, resolvieran “tomar razón del desistimiento del fiscal”, puesto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha establecido en el caso

“Torres Millacura” que “la omisión del estado Argentino en investigar y castigar delitos en los que se hayan lesionado derechos humanos, constituye un incumplimiento del Estado Argentino TODO”.

Es decir, en este expediente se han agregado piezas procesales anónimas que constituyen un aviso a los jueces que deben dictar sentencia, acerca de que si dijese que lo concerniente al Memorandum no es delito, ellos mismos incurrirían en un delito, consistente en el encubrimiento de un ilícito internacional.

Reitero, el punto no radica en determinar de quién proviene esa advertencia condicionante, sino de que está agregada a la causa por los fiscales y jueces intervinientes, pese a que su inutilidad para el objeto procesal de la presente es manifiesta.

Bien, no es éste el lugar para analizar este texto, pero me veo obligado a señalar algunas cuestiones porque sus argumentos se repiten con otras palabras en los escritos de la pretensa querellante y del fiscal ante la Cámara Federal. Toda esa construcción equipara cualquier infracción a un deber jurídico, como por ejemplo, el deber internacional de Derechos Humanos de investigar y juzgar delitos de lesa humanidad, a los delitos de encubrimiento de nuestro código penal (arts. 274 y 277 CP), es decir, incurre en una visión panpenalista por la cual toda omisión de cumplir un deber jurídico, puede ser delito. Ello, como se sabe, sólo se puede hacer si se sorteó olímpicamente el escollo que impone el principio de legalidad en materia penal. El déficit de toda la construcción radica en que no explica los elementos de los tipos penales posiblemente involucrados, es decir, cómo las negociaciones diplomáticas y el Acuerdo internacional podrían constituir algún delito tendiente a omitir investigar o a ayudar a los autores del atentado a la AMIA-DAIA.

En ese texto se advierte a este fiscal, que en su momento desistió del recurso fiscal ante la cámara, y a los jueces Gustavo Hornos y Luis María Cabral que en su oportunidad “tomaron razón del desistimiento”, que habríamos incurrido en un delito. La referencia a esa expresión en la parte dispositiva (en lugar de “tener por desistido”, como empleó la jueza Ana María Figueroa en voto aparte), y el hecho de que la advertencia se haya proferido con posterioridad a su dictado (la resolución es del 12 de mayo de 2015), no deja lugar a dudas a quien va dirigido ese pronóstico punitivo. Y además, no deja lugar





a dudas en qué situación nos encontraremos todos los que sostengamos que en esta causa se ventilan hechos que no constituyen delito.

Por tal razón es que hago aquí pública esta situación.

VI. El *ne bis in idem*, la *litis pendencia*, y el *forum shopping*.

Los jueces Borinsky y Hornos intervienen en esta causa conformando la Sala I. Así ha quedado resuelto hace unos días.

Pero ellos también intervinieron como integrantes de la Sala IV en la causa CFP 14305/2015/4/CFC1 (es una causa radicada en el Juzgado Federal N° 11) con motivo de una queja interpuesta por la defensa de Héctor Timerman, contra una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal por la que se había rechazado la falta de acción interpuesta por esa defensa en la que había planteado que en esa causa y en ésta se investigan los mismos hechos, bajo dos calificaciones legales diferentes, y que se producía una violación a la citada garantía constitucional. En aquella oportunidad, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (jueces Hornos, Borinsky y Gemignani) declaró inadmisibile esa presentación directa sin sustanciación, por resolución del 8 de noviembre de 2016 (registro N° 1431/16.4).

Entiendo que nada de esto estaría ocurriendo si hubiera un solo juzgado de primera instancia, una Sala de la Cámara de Apelaciones y una Sala de la Cámara Federal de Casación Penal, porque los mismos jueces habrían tenido ambos expedientes a la vista y contado con potestades de declarar su similitud o su discordancia, su conexidad objetiva o subjetiva, unificarlos o mantenerlos tramitando en forma separada, etcétera.

Es decir, por un asunto de diversificación del trabajo judicial, se ha generado la posibilidad del dictado de resoluciones judiciales contradictorias, con menoscabo para todos los interesados, no sólo para los imputados y sus defensas, sino también para la sociedad toda. Con el agravante de que dos de los magistrados que suscribieron aquella desestimación son llamados a decidir en la presente. La situación es perjudicial desde el punto de vista jurídico, del valor del producto y de la coherencia que debe dar el Poder Judicial.

Veamos el asunto al revés. ¿Qué sucedería si los jueces de otra Sala de esta Cámara de Casación decidieran, en otra causa, que los mismos hechos que se ventilan en ésta no son delito y siendo que ése fuera el objeto sobre el que deben pronunciarse VV.EE.?

Es que el argumento principal de la Cámara Federal de Apelaciones para decidir que no se trataba de un caso de *bis in idem* fue que, como esta causa estaba archivada, no existía posibilidad de que los imputados corriesen riesgo de enfrentar una acusación y condena en ésta (vid. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa CFP 14.305/2015/4/CA3 “Timerman, Héctor s/ falta de acción”, resolución del 6 de octubre de 2016. Aclaro que el argumento va en contra del propio criterio de esa Cámara que desde antaño prohíbe la tramitación de causas iguales en distintos juzgados, aunque una esté archivada). De ese modo, aquellos magistrados no solamente decidieron que esa causa siguiera adelante, sino que sugieren que la suerte de ésta está sellada: no puede proseguir porque está archivada (sin la más mínima consideración acerca de si los hechos constituyen delito y, en su caso, cuál). Es en aquella causa del Juzgado Federal N° 11, donde al llegar a Casación los jueces Hornos, Borinsky y Gemignani resolvieron que el recurso de la defensa era inadmisibile. Ahora, ¿cómo podrían dos de los mismos jueces tratar los recursos en esta causa si al resolver en la del Juzgado Federal N° 11 dejaron firme la conclusión del *a quo* de que en la presente causa los imputados no corrían peligro de ser perseguidos penalmente?

La causa de todo este desaguizado está a la vista, y es que ni la Cámara Federal de Apelaciones ni la Sala IV de esta Cámara Federal de Casación Penal, compuesta por dos de los jueces que ahora deberán decidir en esta causa, resolvieron el fondo del asunto consistente en determinar si en dos causas en trámite paralelo se ventilaban los mismos hechos y contra las mismas personas. Una cuestión constitucional que inveteradamente la Corte Suprema ha equiparado a sentencia definitiva y a la que me referí en el dictamen del 8 de noviembre de 2016.

Entiendo que ahora nos encontramos frente a una buena oportunidad para que en uso de poderes implícitos de unificación de criterios y prevención de soluciones contradictorias y futuras nulidades, el Poder Judicial a



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

través de esta Cámara Federal de Casación Penal ponga fin a esta situación de incertidumbre y de lesión de garantías constitucionales.

Petitorio

Por todo lo expuesto,

1°) De manera previa se resuelva si la DAIA tiene personería para querellarse, como fue pedido en mi dictamen anterior.

2°) Subsidiariamente, para el caso que VV.EE. se la reconozca, que se rechace el recurso de casación interpuesto por la pretensa querellante.

Fiscalía General N° 4, 22 de noviembre de 2016.