

///nos Aires, 3 de noviembre de 2011.

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención del tribunal el recurso de apelación deducido por las defensas de A. P. y C. A. B., L. A. R. y C. M. R. contra los puntos I y II del auto de fs. 34/36 por los cuales se rechazaron los planteos de nulidad y excepción de falta de acción promovidos por esas partes.

Se celebró la audiencia prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, a la que concurrieron los Dres. León Arslanian y Carlos Alberto Belardi para exponer los motivos de sus agravios, así como también lo hizo el apoderado de la querrela, Dr. Alejandro Mitchell, a fin de efectuar las réplicas pertinentes.

Finalizada la exposición, la Sala deliberó en los términos de su artículo 455.

Y CONSIDERANDO:

1) Reseña del trámite de la causa:

Las actuaciones tuvieron inicio el 13 de febrero de 2009 con la querrela interpuesta a fs. 1/18 vta. por R. J. P. M., quien reprocha a los integrantes del llamado “.....” y en particular a los hermanos A. y C. B., haber realizado una maniobra en perjuicio de los intereses de la firma “.....”, cuya presidencia y dirección ejerce.

Explicó que los hechos se remontan al año 1990 cuando el “Banco S.A.” –propiedad de la familia B.- fue liquidado por una disposición del “Banco Central de la República Argentina” y, dos años más tarde, declarado en quiebra por la justicia Civil y Comercial de la ciudad de

Por ese motivo los representantes de la entidad bancaria iniciaron acciones judiciales, al considerar que tanto la liquidación como el rechazo del plan de saneamiento propuesto para evitar su cierre, habían sido dispuestos ilegalmente por el “Banco Central de la República Argentina”. Al respecto, el 27 de marzo de 2003, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la demanda promovida y declaró la nulidad de la resolución B.C.R.A. y de los actos administrativos

dictados en su consecuencia.

Frente al resultado obtenido, la sociedad “..... S.A.”, accionista controlante del “Banco S.A.”, impulsó además un laudo arbitral ante la Cámara de Comercio Internacional, exigiendo al Estado Nacional una indemnización de U\$S por los daños y perjuicios ocasionados.

En ese contexto y con motivo de las deudas millonarias que mantendrían los hermanos B. con el “.....” y el propio M., se suscribió en noviembre de 2004 un “Acuerdo para la realización de acciones cooperativas entre y Sociedad Anónima”, por medio del cual esta última reconocía a la primera un porcentaje del eventual resarcimiento que pudiera obtenerse del proceso de arbitraje entablado, con el fin de saldar dichas acreencias.

Empero, los representantes de “..... S.A.”, de modo unilateral y sin notificar a “.....”, desistieron del reclamo indemnizatorio aludido el 13 de abril de 2005, no obstante a que cinco meses antes y a raíz del convenio aludido en el párrafo anterior, parte de ese derecho en expectativa había sido cedido a la sociedad dirigida por el querellante, la que vio frustrada de tal modo su posibilidad de hacer efectiva aquella percepción.

Sentado el objeto procesal, de seguido corresponde señalar que la causa tramitó en un primer momento ante la justicia de excepción (ver fs. 333/336 vta.), para luego proseguir ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° Ya en esa sede, el juez instructor realizó un análisis de la prueba colectada y estimó que las conductas que la querella consideraba constitutivas de los delitos de defraudación por administración fraudulenta y desbaratamiento de los derechos acordados no tenían dicha relevancia típica.

Así concluyó que *“circumscriptos los hechos a la competencia de este fuero, me pronunciaré respecto de la inexistencia de ilícito que afecte un interés patrimonial privado, lo cual impone finalizar con este proceso. No obstante...y ante la eventualidad que estas presuntas conductas y hechos que la conformarían puedan haber afectado al erario público Nacional o Provincial y/o verse involucrados funcionarios Nacionales o Provinciales señalados expresamente por la querella, parece prudente y necesario motivar un nuevo y puntual análisis del Juez competente que originariamente conociera en el presente”*.

Poder Judicial de la Nación

Como corolario, dispuso no hacer lugar al requerimiento del representante del Ministerio Público Fiscal de convocar a los encausados a prestar declaración indagatoria y declaró su incompetencia para seguir interviniendo en la causa.

Recurrido que fuera tal temperamento por la querrela, esta Sala declaró su nulidad y apartó al otrora juez instructor del conocimiento del sumario pues en sus argumentos se evidenciaba una clara contradicción al haber fragmentado los episodios denunciados, descartando parcialmente y sin pronunciamiento expreso su ilicitud, a la vez de justificar tal abstención por su incompetencia sobre la materia, ya que en el caso podía existir una afectación al patrimonio estatal (cfr. fs. 650/653).

De tal modo, el 30 de marzo del corriente año, las actuaciones pasaron a tramitar ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° ..., siendo que su titular convocó el 7 de abril ppdo. a los imputados en los términos del art. 294 del código adjetivo por considerar que existía “una leve sospecha” en su contra (ver fs. 670).

Una vez materializadas las mismas (fs. 678/677, 680/681, 683/684 y 692/693), el *a quo* dictó el auto obrante a fs. 699/704 por el cual sobreseyó a los encausados conforme lo normado en el art. 336, inc. 3°, de aquel mismo cuerpo legal. Allí, tras describir el suceso denunciado y mencionar sucintamente los descargos formulados, descartó de plano la tipicidad de las conductas denunciadas por el acusador privado asentándose en dos motivos centrales.

El primero radicó en que *“el tipo penal del artículo 173 inciso 11 del Código Penal requiere la preexistencia de un negocio jurídico válido y oneroso, en virtud del cual el agente haya otorgado a otro un derecho sobre un bien o pactado él una obligación de carácter personal, que para que se configure la posibilidad de perjuicio requiere un precio y que éste haya sido abonado en su integridad o pagado conforme se pactara”*, siendo *“que por el mentado acuerdo y más allá que de su redacción reiteradamente se haga referencia a derechos, lo cierto es que ningún derecho sobre ningún bien ha sido transmitido y por el cual se asumieran obligaciones expresas de abstención a futuro, sino que nos hallamos ante una mera locación y dentro de su especie, de servicios, regulada en los artículos 1493 y 1623 del Código*

Civil, por lo que desde el prisma penal, deviene atípico, por ello, aquel acto de fecha 13 de abril de 2005 por el cual se renunció a la continuidad del proceso arbitral que se promoviera contra el Estado Argentino”.

El segundo basado en que al ser “el origen de la relación entre la agraviada y los imputados, el mentado acuerdo, que como acto jurídico...no es más que una locación de servicios, deviene que ninguna administración de bienes o intereses ajenos les ha sido confiado a los encartados; la contraprestación a la que alude en la cláusula 3, relativa al porcentaje que de la supuesta indemnización podría haber percibido de haber finalizado favorablemente el proceso arbitral y del que dice resulta ser el perjuicio sufrido, no es ni más ni menos que la retribución de los servicios que debía prestar a S.A. o al Banco, si éste, conforme ha sido estipulado, tenía la autonomía en la conducción de las acciones, por lo que entre otras facultades podía desistir o renunciar a las mismas, en atención a lo estipulado en la cláusula 7.5, al considerarse perjudicada en sus derechos, debió exigir la resolución del acuerdo en estrados judiciales ajenos al fuero penal”.

Al ser apelada dicha decisión por el acusador privado motivó nuevamente la intervención a esta Sala, mas su tratamiento se vio paralizado frente al planteo de nulidad deducido en la audiencia pertinente por el Dr. León Arslanian (ver fs. 735/735 vta.), cuyo rechazo es lo que ahora motiva nuestra atención.

II) Planteo de la defensa:

Los agravios desarrollados por las asistencias técnicas en sus respectivos escritos de apelación se dirigen a atacar la decisión de la instancia anterior, pues consideran que se aparta de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Martínez de Hoz”, lo cual se traduce en una arbitraria interpretación de los presupuestos materiales del art. 294 del Código Procesal Penal y desoye la doctrina del plazo razonable al haberse interrumpido, sin otra razón que ésa y a escasos días de que opere el instituto de la prescripción, el curso extintivo de la acción penal convirtiéndolo de tal suerte de 6 a 12 años.

III) Análisis de la cuestión sometida a estudio:

No deja de ser sino habitual que por medio de estos planteos se

intente neutralizar el cumplimiento de la declaración indagatoria ordenada por el juez, así como abrir una vía de discusión para que un tribunal distinto evalúe la pertinencia de una convocatoria con ese grado de compromiso. La improcedencia de los cuestionamientos de ese tenor se sustenta en el carácter irrecurrible de aquella decisión y en la imposibilidad de habilitar su revisión por vía de nulidad pues, como ya hemos sostenido en reiterados precedentes (*in re* causas n° 874/11 “Posternak”, rta. 4/7/11; n° 905/11 “Liurgo”, rta. 30/6/11; n° 2051/10 “Boudourian”, rta. 2/3/11; n° 32.785 “Gallo”, rta. 6/11/07, entre muchas otras), ello tornaría apelable un auto que por imperio legal no lo es.

El caso de autos, en cambio, presenta particularidades que no pueden dejar de ser atendidas. En primer término, el llamado a prestar indagatoria que el *a quo* dispusiera respecto de A. P. y C. A. B., L. A. R. y C. M. R. se vio materializado en las actas de fs. 678/679, 680/681, 683/684 y 692/693, donde éstos comparecieron y brindaron sus explicaciones. Por tanto se advierte que el planteo de la parte no ha estado enderezado a enervar aquella convocatoria.

Asimismo, la decisión asumida a fs. 699/704 vta. por el juez de la causa inmediatamente después de realizados tales descargos, sin mediar ninguno otro tipo de diligencia, autoriza a verificar si el instructor contaba al momento de emitir la providencia de fs. 670 con elementos generadores de un real estado de sospecha o si en cambio, como enfatiza la defensa, se motivó en el mero designio de interrumpir el curso de la prescripción. No se trata por ende de efectuar aquí una interpretación originaria de los elementos que componen la encuesta, sino de comprobar, a través de las distintas secuencias que exhibe el proceso –pronunciamiento posterior incluido–, si ese juicio de valor pudo ser llevado a cabo razonablemente por el *a quo*.

El análisis de las constancias del expediente nos conduce a responder negativamente a ese interrogante. Por un lado, el tenor del propio decreto impugnado da cuenta de la ausencia de los extremos requeridos a sus efectos y ello por cuanto, mientras que el art. 294 del código adjetivo reclama la existencia de “motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito”, el juez instructor ha sustentado las citas tan solo en “una leve sospecha” (sic) que según explicó se generaba

en los elementos de juicio aunados al legajo. La utilización de una terminología poco habitual en la práctica forense no puede resultar intrascendente en tanto una decisión como la cuestionada cuenta con suma relevancia en lo que hace a la vigencia de la acción penal.

Y es que como se ha sostenido en doctrina *“El sustento para que el juez disponga la indagatoria del imputado lo brinda la existencia de ‘sospecha bastante’, motivación interna que indispensablemente debe estructurarse en elementos objetivos de convicción demostrativos de la supuesta responsabilidad criminal”* (Guillermo Rafael Navarro – Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, ed. Hammurabi, 2004, t. II, pág. 806; en igual sentido Francisco J. D’Albora, “Código Procesal Penal de la Nación”, ed. Abeledo-Perrot, 2003, t. II, pág. 627) y si bien la declaración del imputado constituye su principal acto de defensa material lo cierto es que también cuenta con actitud legal para interrumpir la prescripción.

Puede sostenerse entonces que a la admitida ausencia de “sospecha bastante” se le aduna el inmediato dictado de un auto de sobreseimiento el cual, sin valoración de probanza alguna ni de las explicaciones brindadas por los imputados, se sustentó en una contundente ausencia de tipicidad objetiva del suceso traído a juzgamiento. Tales pautas no hacen mas que brindar apoyo al planteo de las defensas, permitiendo concluir en consecuencia que los llamados cuestionados no reconocen otra finalidad que no sea la de truncar un curso prescriptivo que, a tenor del suceso denunciado y su posible fecha de ocurrencia, habría de operar tan solo seis días después de aquella que exhibe la providencia de fs. 670 -7 de abril de 2011-. Y ello en tanto la querella finco el suceso tildado de desbaratador en los términos del art. 173 inc. 11° del Código Penal en el desistimiento del reclamo indemnizatorio presentado por los representantes de “..... S.A.” ante la Cámara de Comercio Internacional el 13 de abril de 2005, acto este que entonces tornaba en principio agotado el plazo de la prescripción el mismo día y mes del corriente año.

Desde esta perspectiva el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Martínez de Hoz” del 23 de marzo de 1993 es plenamente aplicable al caso pues, más allá del acto procesal en concreto aludido por el alto tribunal, lo relevante es que el llamado a

Poder Judicial de la Nación

declaración indagatoria no puede ser utilizado como un mero instrumento interruptivo (en igual sentido, CCC, Sala VI, causa n° 37.554 “Zorraquín”, rta. 6/8/09) en tanto “...*El instituto de la prescripción cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio, al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del tiempo y al minimizar el peligro del castigo estatal por hechos ocurridos en un pasado lejano. Esta limitación temporal puede asimismo tener el saludable efecto de incitar a los funcionarios encargados de aplicar la ley para que investiguen prontamente las supuestas actividades delictivas*”, para luego concluir que “*El loable objetivo de ‘afianzar la justicia’ (confr. Preámbulo de la Constitución Nacional) no autoriza a avasallar las garantías que la misma Constitución asegura a los habitantes de la Nación (confr. Art. 18)*”.

USO OFICIAL

Conforme los lineamientos trazados precedentemente, habremos de revocar la resolución impugnada y declarar la nulidad de la convocatoria a prestar declaración indagatoria dispuesta a fs. 670 y de las brindadas en consecuencia a fs. 678/679, 680/681, 683/684 y 692/693. Por tanto deberán tramitarse en la instancia anterior los respectivos incidentes de excepción de falta de acción por prescripción planteados por las defensas.

Por ello, el tribunal **RESUELVE**:

Revocar la decisión obrante a fs. 34/36, en todo cuanto fuera materia de recurso, y declarar la nulidad del auto de fs. 670 del principal y de las actas obrantes a fs. 678/679, 680/681, 683/684 y 692/693 (arts. 166 y 168 del Código Procesal Penal).

Devuélvase, debiéndose en la instancia anterior practicar las notificaciones de estilo y disponer la remisión que corresponda al efecto; sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el Dr. Julio Marcelo Lucini integra este tribunal por resolución del Acuerdo General de esta Cámara del 17 de diciembre de 2010 (expediente n° 19.546/10).

Alberto Seijas

Carlos Alberto González

Julio Marcelo Lucini

Ante mí:

Javier R. Pereyra

Prosecretario de Cámara