

//la ciudad de Buenos Aires, a los 4 (cuatro) días del mes de julio del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente, los doctores Mariano Hernán Borinsky y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación de fs. 43.782/43.795, 43.801/43.828, 43.854/43.880, 43.885/43.973, 43.974/44.092vta., 44.093/44.105, de la presente causa nro. 970/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "DI BIASE, Luis Antonio y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 de esta ciudad, en la causa n° 1680 de su registro, por sentencia de fecha 1 de marzo de 2013 -cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 30 de abril de 2013-, resolvió -en lo que aquí interesa- "1- **NO HACER LUGAR** a los planteos de: a) **Nulidad del alegato de la querella, promovido por los Dres. Patricia M. GARNERO, Hernán FIGUEROA, Luciana de OLIVEIRA MENDES y María Laura ALFANO;** b) **Nulidad de la denuncia penal realizada por el organismo administrativo y de todo lo actuado en consecuencia, deducida por los Dres. Hernán FIGUEROA y Albino José STEFANOLO;** c) **Nulidad de las intervenciones telefónicas dispuestas por el señor Juez de Instrucción a fs. 60 de la presente causa interpuestas por los Dres. Hernán FIGUEROA, Albino José STEFANOLO, Gustavo POSLEMAN y Horacio SEMIN y María Laura ALFANO;** d) **Nulidad del secuestro de la computadora efectuado durante el allanamiento del domicilio de la calle Roque Sáenz Peña 615, piso 3, of. 320 y de lo actuado en su consecuencia deducida por la Dra. María Laura ALFANO;** e) **Nulidad de la intervención de la querella en el trámite de suspensión de juicio a prueba respecto al imputado FREIBERG, conforme lo solicitado por el Dr. Hernán FIGUEROA y María MORÓN;** 2- **NO**

HACER LUGAR a los planteos de inconstitucionalidad del art. 210 del CP deducidos por la Dra. Patricia M GARNERO, Luis A. SASSO, María MORÓN, Hernán FIGUEROA, Albino José STEFANOLO y María Laura ALFANO; **3- DECLARAR ABSTRACTOS LOS PLANTEOS DE INCONSTITUCIONALIDAD** de los tipos penales previstos en los incisos "b" y "c" del art. 15 de la ley 24.769 según texto ley 25.874, deducidos por los Dres. María MORÓN, Hernán FIGUEROA, Albino José STEFANOLO, Horacio SEMIN, Luciana de OLIVEIRA MENDES y María Laura ALFANO; **4- NO HACER LUGAR** al apartamiento de la querrela solicitados por los Dres. María MORÓN y Hernán FIGUEROA; **5- SUSPENDER** el presente juicio a prueba respecto a **Julián Martín CARDILLO** por el término de DOS (2) AÑOS y SEIS (6) MESES (...); **6- SUSPENDER** el presente juicio a prueba respecto a **Alberto Eugenio FURCHINI** por el término de DOS (2) AÑOS y SEIS (6) MESES (...); **7- SUSPENDER** el presente juicio a prueba respecto a **Efraín José FREIBERG** por el término de DOS (2) AÑOS Y SEIS (6) MESES (...); **8 - ABSOLVER DE CULPA Y CARGO** a **Luis Antonio DI BIASE** (...) Sin costas; **9 - ABSOLVER DE CULPA Y CARGO** a **Mariano Luis DOLDÁN** (...) Sin costas. **10- ABSOLVER DE CULPA Y CARGO** a **Roberto Adrián AGÜERO** (...) Sin costas. **11- CONDENAR** a **Miguel Ángel HERNÁNDEZ**, cuyas demás condiciones personales obran en autos, como jefe del delito de asociación ilícita previsto en el art. 210 último párrafo del Código Penal, en concurso real (art. 55 CP), con el delito previsto en el art. 4 de la ley 24.769, en orden a los hechos por los cuales mediara requerimiento de elevación a juicio, a sufrir las penas de SEIS (6) AÑOS de prisión e INHABILITACIÓN ABSOLUTA por el tiempo de la condena en los términos previstos en el art. 12 del CP. Con costas. **12- CONDENAR** a **Adrián Félix LÓPEZ**, cuyas demás condiciones personales obran en autos, como jefe del delito de asociación ilícita previsto en el art. 210 último párrafo del Código Penal en orden a los hechos por los cuales mediara requerimiento de elevación a juicio, a sufrir las penas de SEIS (6) AÑOS de prisión e INHABILITACIÓN ABSOLUTA por el tiempo de la condena en los términos previstos en el art. 12 del CP. Con costas. **13- NO HACER LUGAR** a la suspensión de juicio a prueba solicitada a favor del imputado **Alejandro**

Roberto FERNÁNDEZ. 14- CONDENAR a Alejandro Roberto FERNÁNDEZ, cuyas demás condiciones personales obran en autos, como miembro del delito de asociación ilícita, previsto en el art. 210 primer párrafo del Código Penal, en orden a los hechos por los cuales mediara requerimiento de elevación a juicio, a sufrir las penas de TRES (3) AÑOS y SEIS (6) MESES de prisión e INHABILITACIÓN ABSOLUTA por el tiempo de la condena en los términos previstos en el art. 12 del CP. Con costas. **15- CONDENAR a HERMANDO FANDIÑO,** cuyas demás condiciones personales obran en autos, como partícipe necesario del delito previsto en el art. 4 de la ley 24.769, con la agravante del art. 13 de la misma ley, en orden a los hechos por los cuales mediara requerimiento de elevación a juicio, a sufrir las penas de DOS (2) AÑOS de prisión en suspenso e INHABILITACIÓN PERPETUA para desempeñarse como funcionario público. Con costas." (fs. 43.529/43.763).

II. Que dicha resolución fue recurrida por la parte querellante AFIP-DGI y las defensas a fs. 43.782/43.795vta., 43.801/43.828, 43.854/43.880, 43.885/43.973, 43.974/44.092, 44.093/44.105, habiendo sido concedidas dichas impugnaciones a fs. 44.107/44.112 y mantenidos a fs. 44.139, 44.145, 44.146, 44.149, 44.154 y 44.157.

Por su parte, a fs. 44.147/44.148 la defensa particular de Julián Martín Cardillo formuló adhesión a los recursos de casación interpuestos por sus consortes de causa, en especial, al presentado por la defensa oficial de Alejandro Roberto Fernández.

III. Agravios presentados por los recurrentes

a) **Recurso de casación interpuesto por los Dres. Gustavo Adolfo Posleman y Horacio Raúl Semin por la asistencia técnica de Hermando Fandiño (fs. 43.782/43.795)**

La defensa impugnó la condena de su asistido. Se agravió en que la resolución impugnada posee una fundamentación aparente y que no responde a los principios de la sana crítica, resultando por ello arbitraria.

Asimismo, alegó la errónea aplicación de la ley sustantiva en relación al art. 4 de la ley 24.769, aduciendo que el *a quo* condenó a su defendido por una conducta que resulta atípica.

En este sentido, señaló que el sentenciante realizó una interpretación analógica de la norma mencionada en violación a lo normado en el art. 2 C.P.P.N.

Así, señaló que la RG 17 no representa un beneficio fiscal y el *a quo* no proveyó razones fundadas para así considerarlo, añadiendo que mediante la RG 17 únicamente se obtiene la posibilidad de que los agentes de retención, que contraten o comercien con el beneficiario del certificado obtenido, no efectúen dicha retención y que entreguen total o parcialmente el monto del impuesto que tendrían que retener.

Añadió que los testimonios recogidos durante el trámite de la causa confirman dicha postura.

En esta dirección, adujo que subsumir la conducta imputada a su defendido bajo el art. 4 de la Ley Penal Tributaria acarrea una violación al principio de legalidad.

Finalmente, solicitó la nulidad del fallo y, subsidiariamente, la absolución de Hermandó Fandiño.

Hizo reserva del caso federal.

b) Recurso de casación interpuesto por el Dr. Fernando Leone en representación de la parte querellante AFIP-DGI (fs. 43.801/43.828vta.)

La querella impugnó la concesión del instituto de la suspensión del juicio a prueba a los imputados Cardillo, Furchini y Freiberg, así como las absoluciones de los encausados Doldán y Agüero.

Encausó su recurso a través de lo preceptuado en ambos incisos del art. 456 C.P.P.N.

En relación a las suspensiones del juicio a prueba concedidas, la parte señaló que el tribunal oral efectuó una errónea aplicación del art. 76 bis C.P.

Señaló que la oposición fundada de la parte querellante resulta óbice para la concesión del beneficio.

En esta dirección, indicó que debido al momento procesal en que se solicitó, la calificación legal a considerar a la hora de analizar su procedencia era aquella fijada por las partes acusadoras al formular su alegato, agregando que la calificación escogida por la querrela -art. 15 inc. "c" de la ley 24.769- no permite la suspensión del juicio a prueba.

Puso de relieve que el tribunal no debió haber tomado en consideración únicamente la calificación legal escogida por el Ministerio Público Fiscal por considerar que su dictamen resulta vinculante.

Agregó que el dictamen fiscal es vinculante para el tribunal siempre que no exista una parte querellante constituida legítimamente en el proceso.

Criticó la calificación legal escogida por el tribunal -art. 210 C.P.-, considerando que corresponde la aplicación del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769.

Por otra parte, la querrela se agravió de las absoluciones dispuestas por el *a quo* con respecto a los imputados Agüero y Doldán, argumentando que la prueba producida era suficiente para tener por corroborada su responsabilidad penal en los hechos investigados en autos, agregando que la evaluación de la prueba por parte del tribunal oral resultó arbitraria.

Finalmente, efectuó reserva del caso federal.

c) Recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Efraín José Freiberg a cargo del Dr. Emiliano Espejo (fs. 43.854/43.880).

La defensa impugnó el punto dispositivo "I" de la sentencia recurrida en cuanto no hizo lugar a los siguientes planteos de nulidad: (i) del alegato de la querrela; (ii) de la denuncia penal realizada por el organismo administrativo y de todo lo actuado en consecuencia; (iii) de las intervenciones

telefónicas dispuestas por el juez de instrucción a fs. 60 de la presente causa; (iv) de la intervención de la querrela en el trámite de suspensión del juicio a prueba de Freiberg.

Asimismo impugnó el rechazo del planteo de apartamiento de la querrela (punto dispositivo "IV") y de inconstitucionalidad del art. 210 C.P. (punto dispositivo "II").

En relación a la nulidad de la acusación de la querrela, el recurrente entendió que la misma resultaba violatoria del principio de congruencia y que se basaba en una ley inexistente al momento de los hechos (art. 18 C.N.).

Señaló que al momento de los alegatos, la querrela encuadró la conducta de Freiberg en un tipo penal más grave (art. 15 inc. "c" de la ley 24.769), que aquél en el que subsumió su conducta en oportunidad de requerir la elevación a juicio (art. 210 C.P.), sin mediar ampliación de la acusación, y que aquél tipo penal no estaba vigente al comienzo de ejecución de los hechos.

En relación a la nulidad de la denuncia efectuada por la AFIP que diera inicio a la presente causa, el recurrente alegó que la misma resulta violatoria de la prohibición de autoincriminación. La defensa señaló que durante la investigación administrativa, funcionarios del organismo recaudador se entrevistaron tanto con Di Biase como con Freiberg, a quienes se les tomó declaración, resultando las mismas incriminantes.

En lo atinente a la nulidad de las intervenciones telefónicas dispuestas a fs. 60, indicó que el auto que las dispuso carece de la fundamentación que prescriben los arts. 236 y 123 del código de rito, y que careció de subsidiariedad, utilidad y proporcionalidad.

El recurrente planteó también la invalidez de la participación de la querrela en el proceso y en el trámite de la suspensión del juicio a prueba por entender que la figura de

la querrela no encuentra justificación en el sistema acusatorio, especialmente en el caso de autos en que el estado se encuentra representado doblemente por la AFIP y por el Ministerio Público Fiscal, el cual viola la razonabilidad ante la posibilidad de pretensiones contrapuestas de órganos del estado.

Consideró asimismo que la multiplicidad de acusadores afecta la igualdad y el equilibrio de partes, vulnerándose así el derecho defensa y el debido proceso.

Por lo demás, indicó que la AFIP carece de legitimación para actuar en la audiencia de probation, aunque puede opinar -sin ser vinculante para la decisión jurisdiccional- sobre el ofrecimiento efectuado por el procesado.

Por último, el impugnante postuló la inconstitucionalidad del art. 210 del Código Penal y del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769. Entendió que dichas normas resultan violatorias de los principios de legalidad, reserva y razonabilidad.

Hizo reserva del caso federal.

d) Recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Miguel Ángel Hernández a cargo de la Dra. Patricia M. Garneró (fs. 43.885/43.973).

El recurrente encausó el recurso en virtud de lo preceptuado en ambos incisos del art. 456 C.P.P.N.

Postuló la inconstitucionalidad del art. 210 C.P. por considerar que el mismo viola los principios de acto, reserva, legalidad, lesividad, racionalidad y proporcionalidad, visto que la norma pune un mero acto preparatorio, que el tipo penal es indeterminado y el monto punitivo previsto en la norma resulta desproporcionadamente elevado.

Añadió que la sentencia impugnada resulta arbitraria y que el a quo efectuó una valoración fragmentada y

parcializada de la prueba, procediendo a mencionar aquéllos extremos y probanzas que la defensa consideró erróneamente valoradas por el *a quo* o que el mismo omitió ponderar.

Sostuvo que en el caso no tienen lugar los requisitos necesarios para la configuración de la figura de asociación ilícita (art. 210 C.P.), agregando que el fallo impugnado excedió por irrazonable el alcance del tipo penal de mención. También criticó el reproche efectuado a su defendido como jefe u organizador de la asociación ilícita.

Criticó el monto punitivo fijado por el Tribunal Oral al condenar a Hernández, aduciendo que el mismo resulta arbitrario y carente de fundamentación.

Efectuó reserva del caso federal.

e) Recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa Pública Oficial de Alejandro Roberto Fernández a cargo de la Dra. María Laura Alfano (fs. 43.974/44.092vta).

En primer lugar, la defensa postuló la inconstitucionalidad del art. 210 del Código Penal por considerar que la misma pune meros actos preparatorios, que el tipo pena resulta indeterminado y que la pena prevista para el delito en cuestión resulta excesiva, vulnerándose así los principios de acto, reserva, legalidad, lesividad, racionalidad y proporcionalidad.

Respecto a su recurso de casación, la parte encausó su impugnación en ambos incisos del art. 456 C.P.P.N.

Señaló que el fallo recurrido resulta arbitrario en torno al análisis de los hechos y la valoración de la prueba, tarea que -entendió- se llevó a cabo de forma segmentada y contradictoria con desapego a los principios de la sana crítica.

Señaló que el *a quo* no indicó ningún elemento concreto que pruebe algún aporte cierto y determinado de Fernández en los hechos objeto de la causa, no obrando en el

expediente elementos probatorios que den cuenta de la existencia de una asociación ilícita en los términos del art. 210 C.P.

Solicitó la declaración de nulidad de los correos electrónicos valorados por el *a quo* como prueba de cargo en contra de su defendido visto que su origen y contenido carecen de veracidad, así como por la falta de posibilidad de control que tuvo el imputado en relación a dichos elementos.

Estimó que el monto de pena impuesto a su defendido resulta arbitrario por carecer de la debida fundamentación al omitir analizar las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal y que se tomaron en consideración, como agravantes, cualidades que no conforman un criterio racional en materia de mensuración punitiva.

Agregó que, en el caso y respecto de su pupilo, se daban las condiciones para la imposición de una pena de ejecución condicional, alegando asimismo que la cantidad de personas intervinientes en los hechos no debería ser ponderada a los fines de merituar la pena, visto que tal extremo ya se encuentra contenido en el tipo penal de asociación ilícita, lo que acarrea una doble valoración.

Asimismo, el recurrente se agravió de la circunstancia de que el tribunal oral rechazó su solicitud de suspensión del juicio a prueba, alegando que la opinión fiscal al respecto no resulta vinculante para la jurisdicción. Manifestó que tal postura desconoce los roles del juzgador y del acusador en el sistema acusatorio, afectándose asimismo el principio de imparcialidad.

Efectuó reserva del caso federal.

f) **Recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Adrián Félix López a cargo del Dr. Luis Antonio Sasso (fs. 44.093/44.105).**

El recurrente fundó su recurso en ambos supuestos del art. 456 del C.P.

Señaló que la sentencia recurrida resulta inválida en torno al deficiente tratamiento que efectuó respecto de la nulidad de la denuncia efectuada por la AFIP, planteo esgrimido por la defensa al momento de alegar en el debate. Al respecto, consideró que las declaraciones de Di Biase y Freiberg ante el órgano administrativo violaron la garantía de no declarar contra sí mismo (art. 18 C.N.). Agregó que, si bien a los efectos de la recaudación fiscal la garantía puede carecer de operatividad, aquélla la adquiere en el marco del proceso penal.

También planteó la inconstitucionalidad del art. 210 C.P. por análogos argumentos a los introducidos por las demás defensas en sus respectivos recursos, señalando la vulneración de los principios de reserva, legalidad, proporcionalidad y culpabilidad.

Esgrimió la arbitrariedad de la sentencia en relación a la valoración de la prueba de cargo respecto de López por encontrarse fundada en "simples especulaciones basadas a su vez en otras conjeturas" (fs. 44.100vta.), agregando que no existen elementos de prueba para condenar a su defendido, tal como lo hizo el a quo.

Se agravió, asimismo, de que el tribunal oral no dio respuesta a su planteo de que López meramente utilizaba la oficina de Caliban, permaneciendo totalmente ajeno a los negocios de Hernández.

Atacó asimismo al fallo recurrido en cuanto consideró a su defendido como jefe y organizador de la asociación ilícita por la que fue condenado.

Por último, planteó la nulidad del fallo recurrido debido a su arbitrariedad o inconsistencia formal en cuanto a que en sus fundamentos se le imputa a López ser jefe y organizador de la asociación ilícita, mientras que en la parte dispositiva se lo condena sólo por ser jefe de la misma.

g) **Adhesión de la defensa particular de Julián Martín**

Cardillo ejercida por el doctor Albino José Stefanolo a los recursos interpuestos por los consortes de causa de su defendido (fs. 44.147/44.148).

En la oportunidad prevista en el art. 464, segundo párrafo, en función del art. 465, segundo párrafo, y conforme lo establecido en el art. 439, todos del C.P.P.N., el doctor Albino José Stefanolo, en ejercicio de la defensa particular de Julián Martín Cardillo, adhirió a los recursos de las demás defensas y en particular a aquél interpuesto por la defensa oficial de Alejandro Roberto Fernández.

Señaló que, independientemente de no estar disconforme con la suspensión del juicio a prueba concedida a su defendido Cardillo, en caso de prosperar los planteos de nulidad efectuados por las defensas en sus respectivos recursos, un favorable acogimiento de los mismos, beneficiaría a su pupilo procesal.

IV. Que en la oportunidad prevista en el art. 465, cuarto párrafo, y 466 del código de rito, las partes efectuaron presentaciones.

a) A fs. 44.172/44.179vta se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Ricardo Gustavo Wechsler.

Sostuvo que corresponde rechazar los pedidos de nulidad efectuados por las defensas con relación al alegato de la parte querellante, a la denuncia penal efectuada por el organismo recaudador que dio inicio a la formación de las presentes actuaciones, de las intervenciones telefónicas y del secuestro de una computadora en el domicilio sito en la calle Roque Sáenz Peña 615.

Asimismo, postuló el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad del art. 210 C.P., así como la declaración en relación a que el pedido de inconstitucionalidad del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 devino abstracto, tal como lo hizo el *a quo*.

Sostuvo que el art. 210 C.P. fue correctamente aplicado al caso y analizó los elementos probatorios obrantes en la causa que permiten adoptar las conclusiones a que arribó el tribunal oral para dictar las condenas recurridas.

Por último, se refirió a la correcta fundamentación de los montos punitivos impuestos a los condenados.

b) El doctor Albino José Stefanolo, por la defensa de Alejandro Roberto Fernández y Julián Cardillo, presentó el escrito que obra a fs. 44.193/44.201

Reiteró la inconstitucionalidad y errónea aplicación del art. 210 C.P., criticó el monto punitivo impuesto a Fernández, el rechazo de la concesión de la suspensión del juicio a prueba a su respecto y planteó la arbitrariedad del fallo recurrido, haciendo alusión a cuestiones de hecho y prueba enderezadas a demostrar la ajenidad de Fernández respecto a los hechos juzgados.

Finalmente, aportó una resolución de fecha 28/12/2012 de la Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Penal Económico mediante la cual se confirmó el sobreseimiento de Fernández en orden a los delitos tipificados en los arts. 4, 13 y 15 inc. "b" de la ley 24.769.

c) El doctor Nicolás Ramayón, ejerciendo la defensa pública oficial de Miguel Ángel Hernández, presentó el escrito que obra a fs. 44.202/44.213.

La defensa se remitió a los fundamentos expresados en el recurso de casación e inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

En esa oportunidad introdujo como nuevo agravio que la subsunción legal de los hechos en el art. 210 C.P. vulnera los principios de legalidad y lesividad, así como que no tienen lugar en el caso los requisitos típicos que la figura de mención requiere.

Señaló que la condena de su defendido en base al art. 4 de la ley 24.769 viola el principio de legalidad, así como

también que la aplicación del art. 55 C.P. entre los delitos tipificados en los arts. 210 C.P. y 4 de la ley 24.769 vulnera la garantía de *ne bis in idem*, tornando ello en auto-contradictoria a la sentencia.

Introdujo la nulidad de los alegatos de las partes acusadoras en cuanto presentan una fundamentación insuficiente en relación a los montos punitivos solicitados respecto de su defendido, alegando también la nulidad del fallo en cuanto vulnera el principio acusatorio, el de imparcialidad del juzgador y derecho de defensa en juicio por tomar en consideración pautas agravantes de la pena no esgrimidas por los acusadores en sus alegatos.

Resaltó que la fundamentación de la pena por parte del tribunal resulta arbitraria y que no se ha justificado la necesidad de la imposición de una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento.

Por último, indicó que se encontraba vulnerada la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, solicitando, asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 C.P.

d) La doctora María Florencia Lago, ejerciendo la defensa pública oficial de Efraín José Freiberg, presentó el escrito que obra a fs. 44.214/44.222.

Se remitió a los fundamentos del recurso de casación interpuesto oportunamente interpuesto por el Dr. Espejo.

Agregó que el recurso de casación interpuesto por la parte querellante resulta formalmente inadmisibles y criticó los argumentos de esa parte acusadora a fin de que no se le otorgue la suspensión del juicio a prueba a su defendido.

e) La doctora María Ivana Carafa, ejerciendo la defensa pública oficial de Alberto Eugenio Furchini, presentó el escrito que obra a fs. 44.223/44.227vta.

Postuló que el recurso de casación interpuesto por la parte querellante, en cuanto se endereza a que se revoque el

fallo del a quo en relación a la concesión de la suspensión del juicio a prueba a su defendido, debe ser rechazado, expresando que en el caso, tienen lugar los requisitos legales necesarios para otorgar aquel beneficio.

f) La doctora Laura B. Pollastri, ejerciendo la defensa pública oficial de Roberto Adrián Agüero, presentó el escrito de fs. 44.228/44.230vta.

La parte solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto por la parte querellante contra la resolución del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 en cuanto resolvió absolver a su defendido.

Señaló que el recurso de la AFIP resulta inadmisibile, pues el derecho al recurso pertenece al imputado y el recurso interpuesto por la querella no introduce cuestión federal alguna.

Agregó que el recurso de casación de la parte querellante carece de fundamentación.

Hizo reserva del caso federal.

V. Durante la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 C.P.P.N. presentaron breves notas la AFIP-DGI a fs. 44.254/44.275vta., la defensa de Hermando Fandiño a fs. 44.276/44.280vta., el Ministerio Público Fiscal a fs. 44.281/44.285vta., la defensa de Adrián Félix López a fs. 44.286/44.290 y la defensa de Mariano Luis Doldán a fs. 44.291/44.292vta. Asimismo se realizó la audiencia prevista para esta etapa en el código de rito, así como a los efectos de tomar conocimiento directo respecto de Roberto Adrián Agüero, Julián Martín Cardillo, Alejandro Roberto Fernández y Mariano Luis Doldán (art. 41 C.P.), todo ello conforme surge del acta de fs. 44.293.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Angela E. Ledesma.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

Ante la pluralidad de planteos introducidos por los distintos recurrentes resulta conveniente dar respuesta, en primer término, a los planteos de nulidad y plazo razonable.

I. De las nulidades

Previo a evaluar las cuestiones planteadas y por resultar de aplicación al caso, corresponde realizar algunas consideraciones respecto a los principios que rigen el régimen de nulidades previsto en la ley procesal.

La doctrina considera que la nulidad es una sanción procesal que tiene por objeto "*...privar de eficacia a un acto procesal como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos previstos por la ley, al alojar en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza*" (D'ALBORA, Francisco "Código Procesal Penal de la Nación", Editorial Lexis Nexis, 6ta. edición, Buenos Aires, 2003, tomo 1, pág. 290).

Su fundamento "*...debe buscarse en la circunstancia de que el Estado no puede aprovecharse de un acto irregular, un hecho ilícito o de una actuación defectuosa...*" (ALMEYRA, Miguel Ángel "Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado", Editorial La Ley, Buenos Aires, tomo I, págs. 708/9).

Conviene señalar, entonces, que el principio general que regula el instituto de la invalidación de los actos procesales, es el de trascendencia, que exige la existencia de un vicio de tal carácter que afecte un principio constitucional. Ello sólo se materializa con la generación de un perjuicio que no haya sido subsanado, porque las formas procesales han sido establecidas como garantía de juzgamiento y no como meros ritos formales carentes de interés jurídico.

Por otra parte, no debe perderse de vista que de acuerdo a lo establecido por el artículo 2 del Código Procesal Penal de la Nación, toda disposición legal que establezca sanciones procesales -como la nulidad- debe ser interpretada restrictivamente.

En la misma inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *"...es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en lo que también está interesado el orden público..."* (B. 66 XXXIV "Bianchi, Guillermo Oscar s/defraudación, 27/06/02).

En esta inteligencia, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia; de adverso, aún a despecho de su irregularidad, el acto no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley (conf. "Cuevas, Mauricio Isabelino s/ recurso de casación", cn° 14.447, reg. n° 30 15.972.4 del 12/11/11; "Paita, Ricardo Alberto y otro s/ recurso de casación", cn° 9538, reg. n° 755.4 del 17/05/12; "Lucas, José Andrés y otro s/ recurso de casación", cn° 14.943, reg. n° 848/12 del 24/05/12; "Rojas, Isabel y otra s/ recurso de casación", cn° 13.293, reg. n° 899/12 del 06/06/12 -todas del registro de la Sala IV de esta C.F.C.P.-, entre otras).

Bajo dichas directrices paso a analizar los diferentes planteos de nulidad articulados por las defensas de los imputados.

a) Planteo de nulidad de la denuncia presentada por la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Las defensas de los imputados Efraín José Freiberg y Adrián Félix López introdujeron la nulidad de la denuncia efectuada por el organismo recaudador -AFIP-D.G.I.- por considerar que se encuentra violentada la garantía de prohibición de autoincriminación.

Alegaron que durante la investigación administrativa, la AFIP recabó el testimonio de los imputados Di Biase y Freiberg, los cuales resultaron incriminantes, agregando que el art. 184, inc. 10 del C.P.P.N. dispone que la policía no puede interrogar al sospechoso y el juez sólo puede hacerlo en presencia del abogado defensor.

Indicaron que todos los funcionarios y empleados del sistema penal tienen vedado interrogar a imputados o sospechosos de delitos, agravándose dicha situación por el hecho de que Di Biase y Freiberg no fueron informados que tenían la posibilidad de ser representados por un abogado defensor que les explicara que el interrogatorio de AFIP podía tener implicancias penales. Ello -según los recurrentes- implica delegar en el poder ejecutivo funciones jurisdiccionales, afectándose el principio republicano y la división de poderes.

La defensa de López puso de resalto que si bien la garantía a no autoincriminarse puede, a los efectos fiscales, no tener operatividad, ella adquiere vigencia en el proceso penal.

En primer lugar, cabe advertir que el planteo en tratamiento resulta una reedición del ya introducido en oportunidad del debate, que fue rechazado, previo haberse efectuado un debido tratamiento por parte del *a quo* (ver párr. 106 a 110 del fallo recurrido).

El Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 (en adelante "TOPE n° 2") tuvo en cuenta que el art. 35 de la ley

11.683 (t.o. dec. 821/98 y modif.) otorga a la AFIP amplios poderes para verificar en cualquier momento, por intermedio de sus funcionarios y empleados, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, agregando que el derecho constitucional a la no autoincriminación forzada no resulta aplicable cuando se trata del ejercicio de facultades de verificación y fiscalización tendiente a la determinación impositiva de los contribuyentes (arts. 40 y 41 de la ley 11.683).

Lo resuelto por el tribunal de mérito, ha de ser convalidado en este punto, pues no se advierte violación a la garantía referida a que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 C.N.).

En este sentido, cabe poner de resalto los amplios poderes que el legislador ha depositado en el organismo recaudador a fin de verificar, por medio de sus empleados y funcionarios, el cumplimiento que los obligados o responsables den a las leyes, reglamentos, resoluciones e instrucciones administrativas, fiscalizando la situación de cualquier contribuyente (ver art. 35 de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 conf. dec. P.E.N. 821/98, B.O.: 20/07/98).

Entre aquellas facultades se encuentra la de *"citar al firmante de la declaración jurada, al presunto contribuyente o responsable, o a cualquier tercero que a juicio de la Administración Federal de Ingresos Públicos tenga conocimiento de las negociaciones u operaciones de aquéllos, para contestar o informar verbalmente o por escrito (...) todas las preguntas o requerimientos que se les hagan sobre las rentas, ingresos, egresos y, en general, sobre las circunstancias y operaciones que a juicio de la Administración Federal estén vinculadas al hecho imponible previsto en las leyes respectivas"* (art. 35 inc. "a" de la ley 11.683).

En tal sentido, no se advierte, ni las partes han alegado, que el organismo recaudador se haya excedido en las facultades legalmente conferidas al mismo por el legislador.

Así, como ya lo tiene dicho esta Cámara, el resguardo de no verse obligado a declarar contra sí mismo no puede ser invocado cuando las manifestaciones son requeridas en ejercicio regular del Ente Fiscalizador (C.F.C.P., Sala I, "Florido, Raúl s/ recurso de casación", causa n° 7161, reg. n° 9521, rta. el 2/10/2006). Ello, máxime cuando el cumplimiento de los extremos formales establecidos en las normas tributarias constituye el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado (Fallos 320:1221).

Por lo demás, cabe señalar que no se advierte de las constancias de la causa ni los impugnantes han alegado que las manifestaciones efectuadas a la AFIP por parte de Di Biase y Freiberg hayan sido conseguidas coactiva o compulsivamente. Es justamente este elemento el que constituye el fundamento de la disposición constitucional según la cual "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (art. 18 C.N.). En este sentido "*... no se debe deducir que el imputado no tiene facultad de confesar. Sí la tiene; pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo...*" (BINDER, Alberto M., Introducción al derecho procesal penal, Ad Hoc, 2° ed., Buenos Aires, 2000, p. 182).

Finalmente, cabe señalar que los defensores se han limitado a señalar que los dichos de Di Biase y Freiberg resultan autoincriminantes sin identificar mínimamente aquellas manifestaciones que, a su criterio, perjudicaron a los imputados, no logrando, por ello, demostrar el perjuicio concreto ocasionado a los imputados.

En virtud de ello, y de conformidad con lo postulado por el señor Fiscal General ante esta instancia, la nulidad referenciada en el presente acápite debe ser rechazada.

b) Planteo de nulidad de las intervenciones telefónicas

La defensa de Efraín José Freiberg alegó que el auto de fs. 60, mediante el cual se dispuso la intervención de diversas líneas telefónicas resulta nulo, no cumple con el requisito de fundamentación estipulado por el art. 236 C.P.P.N., no existiendo al momento de ordenar la medida, elementos objetivos que le den sustento. Agregó que el auto mencionado no previó un límite temporal a fin de que cese la medida probatoria dispuesta.

El a quo, al momento de rechazar idéntico planteo, tomó en consideración que las intervenciones telefónicas cuestionadas fueron avaladas por la totalidad de las autoridades judiciales y fiscales de la instrucción y por el Ministerio Público durante la etapa de debate.

Agregó que el auto de fs. 60 posee suficientes elementos de juicio aptos para ordenar las intervenciones telefónicas, en tanto detalla las particularidades del caso en orden a la investigación iniciada, las aparentes maniobras delictivas y la necesidad procesal de tales intervenciones.

En relación a la ausencia de un límite temporal establecido en el auto de fs. 60, el tribunal de mérito señaló que dicha limitación estuvo dada por la orden de que las referidas intervenciones tengan lugar hasta tanto se ordene su cese, sin que se advierte en el *sub examine* que la medida dispuesta se haya extendido por un lapso irrazonable.

De lo expuesto se concluye que en la reedición del planteo el recurrente no introduce argumentos novedosos que puedan conducir a reconsiderar la cuestión.

Sin perjuicio de ello, en lo que respecta a los requisitos que habilitan el dictado de dicha medida, me remito, en lo pertinente y aplicable, a las consideraciones y argumentaciones que efectuara *in re* "Fiorentino", "Dolgonos", "Lucca" y "Castro Contreras", entre otros (Cfr. Sala IV de la C.F.C.P. "FIORENTINO, Serafino Mateo s/recurso de casación" causa N° 12.301, reg. 527/12, rta. el 16/4/2012; "DOLGONOS,

Ricardo Walter s/recurso de casación" causa N° 13.695, reg. 15.900, rta. 09/11/11 y N° 14.934 "LUCCA, Rodolfo Osvaldo y otro s/recurso de casación", reg. 2393/12, rta. 13/12/12; "CASTRO CONTRERAS, José Adalberto; MACHAO PAZOS, Pedro Gustavo; OLGUÍN, Pedro David; VILLEGAS GARCÍA, Jorgelina Aldana s/recurso de casación", causa n° 314/2013, reg. n° 2562/13, rta. el 20/12/2013, entre otras).

En los citados precedentes señalé que el artículo 236 del C.P.P.N. establece que "*el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de las comunicaciones o cualquier otro medio de comunicación del imputado*", encontrándose conminada bajo expresa pena de nulidad la ausencia de la debida motivación -art. 123 de dicho cuerpo legal-.

Las exigencias insoslayables de **orden judicial previa y fundada**, obedece a la necesidad de descartar toda decisión que no sea una derivación razonada del derecho vigente o el producto de la voluntad individual del juzgador y, además, garantiza su control por los órganos competentes. En definitiva, la motivación garantiza el derecho de defensa del imputado, asegurándole el conocimiento de las razones que llevaron al juez a adoptar la medida y permitiéndole el ejercicio del derecho al recurso (arts. 8.2.h. C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.yP., ambos en función del art. 75, inc. 22 de la C.N.).

En el caso de autos, la orden por la que se dispuso la intervención en las comunicaciones, se adecua a los estándares establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la evaluación de la motivación de medidas como las que nos ocupan, en el precedente "Quaranta", José Carlos s/inf. ley 23.737 -causa n° 763- (rta. el 31 de agosto de 2010, cons. 18). En dicha ocasión, el Máximo Tribunal (voto en mayoría de los doctores Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) sostuvo que una orden de registro de las comunicaciones telefónicas, a los fines de develar su secreto y conocer su contenido, sólo puede ser válidamente dictada por un

juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable de que con ella podría encontrarse elementos que probasen la comisión de algún ilícito penal (cons. 19, con remisión a la disidencia del juez Petracchi en el caso de Fallos: 321:510, "Yemal" -cons. 5º y sus citas); y, seguidamente, se puntualizó que tal extremo puede surgir de: 1) la expresión en el auto que ordena la medida de las razones por las que se la considera procedente; 2) la remisión a algún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable; 3) la existencia de información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada (cons. 20 -supuestos alternativos definidos negativamente por la Corte, dada su ausencia en el caso que tenía a estudio-).

En este orden de ideas, debe analizarse si la resolución de fs. 60 que ordenó las intervenciones telefónicas cuestionadas que impugna la defensa ha receptado los requisitos antes indicados.

En tal dirección, debe señalarse que a fs. 1/22, obra la denuncia efectuada por la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI), dando cuenta de los elementos que surgen de la investigación llevada a cabo por el organismo recaudador. Tal pieza procesal cuenta con una detallada descripción de las maniobras investigadas, de los elementos obtenidos hasta el momento y de los motivos por los cuales tales conductas podrían razonablemente encuadrar en figuras delictivas contempladas en el Régimen Penal Tributario (ley 24.769).

A fs. 30/32.vta. prestó declaración testimonial Juan Pablo Fridenberg, jefe reemplazante de la División Penal Tributario del Departamento Técnico Legal Grandes Contribuyentes Nacional de la AFIP, quien ratificó la denuncia efectuada y agregó detalles en relación a la maniobra investigada. Asimismo, a título de colaboración, el testigo

aportó un informe titulado "Memorando a 01 de noviembre de 2005", en el cual figura un resumen con las líneas telefónicas constatadas en el curso de la investigación de la AFIP.

Por su parte, a fs. 43/49 también prestó declaración testimonial el Contador Carlos María Bo, Inspector de la AFIP, quien brindó detalles y explicaciones en relación a los resultados obtenidos a partir de la investigación efectuada por el organismo recaudador, identificando asimismo las líneas telefónicas que utilizarían los presuntos partícipes de las maniobras delictivas objeto de investigación.

A partir de los datos e información aportada, el representante del Ministerio Público Fiscal requirió la instrucción del sumario y solicitó la intervención de las líneas telefónicas conocidas como de titularidad de Caliban S.A. - Infiniti Group S.A. o como correspondientes a quienes habrían actuado en el marco de la operatoria supuestamente llevada a cabo por la organización.

A partir de todo lo señalado, el magistrado instructor, previa valoración de los elementos aportados al caso, ordenó la intervención de dieciocho líneas telefónicas.

De lo reseñado se advierte que, al momento de ordenarse la medida cuestionada, existían en la causa elementos objetivos que justifican el dictado del auto de fs. 60/62vta., que fueron sindicados y valorados por el juez como fundamento de su decisión, sobre la base de los supuestos habilitantes identificados por el Máximo Tribunal en el fallo "Quaranta".

De lo expuesto, se advierte que la denuncia efectuada por la AFIP, la descripción de las tareas investigativas llevadas a cabo por ella y sus resultados, así como las declaraciones testimoniales aludidas, aportaron datos objetivos que permitieron al magistrado instructor acoger favorablemente la pretensión del organismo recaudador y del Ministerio Público Fiscal en cuanto al dictado del auto de intervención cuestionado.

Por ello, debe afirmarse que tienen lugar en el *sub lite* los requisitos necesarios que habilitan la realización de intervenciones telefónicas: la existencia de elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable en forma previa a su dictado por parte del órgano jurisdiccional y, además, dicha medida se encuentra debidamente fundamentada.

En relación a que el magistrado instructor omitió especificar la duración de las intervenciones telefónicas, debe señalarse que las mismas fueron ordenadas "...hasta nueva disposición sobre su cese" (fs. 62vta.).

Ahora bien, conforme lo ha resuelto esta Cámara, el Código Procesal Penal de la Nación no establece un término máximo de duración para las intervenciones telefónicas. Por ello, la decisión en cada caso sobre la necesidad de prorrogarlas debe ser prudentemente adoptada según se mantengan, o no, las circunstancias que originariamente determinaron el dictado de la medida. Es decir, si la medida intrusiva fue originariamente adoptada por la posibilidad que de ella se deriven aportes conducentes para la pesquisa, y ello es efectivamente lo que ocurrió al procederse a la escucha, resulta innegable la necesidad de mantener el temperamento adoptado. En el caso, se advierte que las intervenciones ordenadas arrojaron resultados útiles para el avance de la pesquisa, extremo que convalida y legitima -no obstante el tiempo por el que se prolongaron, que en las circunstancias apuntadas no dejó de ser razonable- el criterio del instructor de mantener las intervenciones (C.F.C.P., Sala III, "Díaz, Miguel Ernesto y de Turris, Sebastián Andrés s/recurso de casación", causa n° 5312, reg. n° 411/2005, rta. el 19/5/2004; Sala III, "González Notario, Adolfo y otro s/ recurso de casación", causa n° 1527, reg n° 399/00, rta el 13/7/2000). En esta dirección, cabe razón al señor Fiscal ante esta instancia en cuanto, en su presentación durante el término de oficina, señaló que de las propias escuchas surgió la necesidad de otras

intervenciones de líneas telefónicas y de cuentas de correo electrónico (ver fs. 118, 146/147, 305/309, 313/314vta., 353/354), extremo que no fue controvertido por las defensas.

Por otra parte, la circunstancia de que las escuchas hubiesen sido dispuestas "hasta nuevo aviso" no las convierte en absolutamente indeterminadas en cuanto a su duración, ni la forma en que fueron dispuestas transgrede plazo alguno. En efecto, conforme resulta de las constancias de la causa esos avisos fueron periódicamente concretados por la autoridad policial mediante oficios a los que se agregaba una síntesis del resultado obtenido (ver fs. 79, 82, 115/116, 143, 151, 305/309, 345/350, 355/358vta., 401/403vta., 432/469, 471/778, 1001/1138, 1151/1261, 1315/1372), de modo que el juez estuvo permanentemente informado y en condiciones de evaluar la prórroga o la cesación de la medida. Así, nada indica que mientras duraron las distintas intervenciones telefónicas no se hubiesen mantenido los presupuestos que originariamente las justificaron (C.F.C.P., Sala I, "Taborda Ramírez Oscar y otros s/ recurso de casación", causa n° 2741, reg. n° 3904, rta. el 7/11/2000).

Por otra parte, cabe señalar que los recurrentes no han indicado qué norma prevista bajo sanción de nulidad se habría violado al haberse dispuesto la intervención telefónica "hasta nuevo aviso"; y más aún, tampoco han demostrado qué perjuicio concreto les causó esta resolución (en este sentido, Fallos 295:961, 298:1413, 311:2337, entre otros).

En suma, en el caso, el límite temporal estuvo dado por la nueva disposición que ordenó el cese de la medida (ver fs. 2416/2416vta.). La defensa no ha alegado ni logrado demostrar que las intervenciones telefónicas se hayan prolongado por un plazo irrazonable. Así, no se advierte vulneración de disposición constitucional o legal alguna, ni el perjuicio concreto que la falta de estipulación de una fecha concreta como límite temporal de las intervenciones telefónicas

pudo haber ocasionado al recurrente.

Por ello, siguiendo los lineamiento generales en materia de nulidades que fueron señalados al comienzo de la presente sección de este sufragio, y de conformidad con lo postulado por el señor Fiscal General ante esta instancia, corresponde rechazar el planteo nulificante del recurrente.

c) Planteo de nulidad del secuestro de la computadora en la oficina sita en la calle Roque Sáenz Peña n° 615 y de la prueba de correos electrónicos

La defensa de Alejandro Roberto Fernández postuló la nulidad de las pruebas de correo electrónico obtenidas de la computadora secuestrada en el domicilio sito en la calle Roque Sáenz Peña n° 615.

Sin embargo, se advierte del desarrollo efectuado por la parte, que la cuestión que introduce refiere, en realidad, al valor probatorio de dicho material.

Manifestó que los correos electrónicos son fácilmente manipulables, por lo que cuestiona su fiabilidad, especificando los recaudos que, a su criterio, debieron tomarse a fin de dotar a dichos elementos de mayor poder convictivo.

Así, señaló que *"la forma en la cual el documento digital ha sido obtenido y conservado, y en su caso, las precauciones para garantizar que la copia en papel sea idéntica al original electrónico, son cuestiones que durante el desarrollo del juicio oral propiamente dicho, no han sido corroboradas, lo que resta eficacia probatoria del mismo"* (fs. 44080vta./44.081).

A partir de ello, el impugnante concluyó que lo actuado vulnera el derecho a la intimidad de los titulares y receptores de los mensajes emitidos vía correo electrónico, al pretender ser tomados como una evidencia cargosa en disfavor de su pupilo, derivando de ello la nulidad de la prueba (fs. 44.081).

Sin embargo, la parte no ha logrado demostrar que el

material probatorio haya sido obtenido en forma ilegal, ni que mediante su obtención se hayan vulnerado los derechos constitucionales de su defendido. El recurrente simplemente expresa su opinión sobre la valoración que de esa prueba se debe efectuar y los elementos que -a su entender- no permiten dotarla de verosimilitud. Sin embargo, tales consideraciones - lejos de conducir a la nulidad de los correos electrónicos- corresponde que sean tratadas al momento de valorar la prueba que obra respecto a la imputación que se hizo a su defendido.

Lo aquí señalado ya fue advertido por el *a quo* a la hora de tratar idéntico planteo, sin que la defensa introduzca en esta instancia argumentos novedosos que logren rebatir los fundamentos vertidos por el tribunal de mérito en la sentencia impugnada.

Por ello, y de conformidad con lo postulado por el señor Fiscal General ante esta instancia, la nulidad introducida debe ser rechazada.

d) Planteo de nulidad de la participación de la querrela en el proceso y en el trámite de la suspensión del juicio a prueba

La defensa de José Efraín Freiberg señaló que no existe razón por la cual en un sistema acusatorio se justifique que el Estado deba estar representado doblemente, tanto a través del Ministerio Público Fiscal, como a través de la AFIP en su carácter de parte querellante, considerando que la multiplicidad de acusadores no resulta compatible con la igualdad y el equilibrio de partes.

Agregó que la AFIP-DGI -querellante en autos- es el órgano estatal que registra la información relativa a las conductas tributarias y aduaneras de todos los contribuyentes nacionales y que participó en diligencias investigativas, agregando que la sola presencia del fiscal es suficiente para garantizar la participación y la defensa de los intereses de la sociedad y del Estado, siendo esta postura la que deviene

congruente con lo preceptado en el art. 120 C.N.

Subsidiariamente, la parte impugnó la participación de la querrela en el trámite de la suspensión del juicio a prueba. Alegó que el acusador particular no tiene legitimación para recurrir la concesión de la probation y que, por ende, tampoco para intervenir como parte en dicho trámite.

Ingresando a la cuestión planteada, resulta menester señalar que la potestad de los organismos del estado a fin de constituirse en parte querellante se encuentra expresamente prevista en el art. 4º de la Ley 17.516 (sancionada el 31/10/1967, publicada en el B.O. el 9/11/1967), el cual establece que *"Sin perjuicio de la intervención que en el proceso penal corresponda a los fiscales en ejercicio de la administración pública, el Estado podrá asumir la función de querellante cuando se cometan delitos contra la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden constitucional, la administración pública y el patrimonio o rentas fiscales"*. A su vez, en lo que atañe específicamente a la AFIP/DGI, el art. 23 de la Ley 24.769 (publicada en el B.O. el 15/1/1997) dispone expresamente que *"El organismo recaudador [esto es, la AFIP-DGI] podrá asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular a través de funcionarios designados para que asuman su representación"*.

En este orden de ideas, resulta de aplicación el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Gostanian, Armando" (Fallos: 329:1984), en cuanto se remitió e hizo propios los fundamentos desarrollados por el Procurador General de la Nación en su dictamen, en el cual se propició el rechazo del recurso extraordinario interpuesto contra la decisión del tribunal *quo* de habilitar la intervención de un querellante estatal (en dicho caso, la Oficina Anticorrupción), por entender que -como ocurre en el *sub lite*- el impugnante no había demostrado *"...de qué manera se restringen las garantías y*

derechos que le acuerdan las leyes, o, incluso, de qué modo atenta contra el debido proceso la intervención de un querellante aunque sea una persona del derecho público junto a un fiscal, cuando el procedimiento penal regula esa coexistencia acusadora".

Se dijo también, en el precedente de cita, y frente al interrogante sobre si la diferencia (perjudicial) entre un querellante privado y el Estado cumpliendo ese rol radicaría, en todo caso, en la doble intervención del Estado, que *"...con base en el principio de la separación de los poderes, no hay ningún riesgo de que se confundan el ente ejecutivo y aquel que tiene la titularidad, la potestad exclusiva y aun la facultad dispositiva de la acción penal pública".* Asimismo, que cuando el bien jurídico protegido es la Administración Pública, *"...parece legítimo que el Estado incoe contra el supuesto autor acciones penales y civiles, y por lo tanto lejos de actuar como órgano jurisdiccional se constituya parte del proceso".* Por último, el Procurador General de la Nación explicó que *"[s]eparar en estas causas al ente oficial que actúa como querellante, sería poner en mejor condición al funcionario que, abusando de tal calidad, cometió supuestos delitos contra la Administración Pública, que a los particulares que soportan la intervención conjunta de dos acusadores";* criterio que, como se adelantara, fue receptado por el máximo tribunal de la República en el fallo citado. Por consiguiente, corresponde rechazar el agravio de la defensa en orden a esta cuestión.

Por lo demás, sin perjuicio de los intereses comunes que pueden concurrir en el Ministerio Público Fiscal y la Administración Federal de Ingresos Públicos como oficinas estatales, lo cierto es que sus funciones y objetivos normativamente establecidos difieren entre sí. Mientras el primero tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses

generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República (art. 120 C.N.), el segundo tiene a su cargo la ejecución de la política tributaria y aduanera de la Nación; en particular, la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos (art. 3 del decreto 618/1997).

Por otro lado, se advierte que el planteo de nulidad efectuado en cuanto a que la querella no se encontraba habilitada a fin de intervenir en el trámite de la suspensión del juicio a prueba, resulta contradictorio. El impugnante consignó que "... *la Administración Federal de Ingresos Públicos carece de legitimación para actuar en la audiencia celebrada, aunque puede opinar -sin ser vinculante para la decisión jurisdiccional- sobre el ofrecimiento efectuado por el procesado*" (fs. 43.875) (el resaltado me pertenece).

Asimismo, se advierte que tal planteo resulta una reiteración de idénticas características al efectuado por ante el tribunal oral al momento de realizar el alegato, el cual fue rechazado por el a quo (ver fs. 43.720vta./43.721) sin que el impugnante introduzca argumentos nuevos que logren rebatir las conclusiones a que arribó el tribunal de mérito.

Por lo expuesto, corresponde rechazar los planteos de nulidad del impugnante.

e) Planteo de nulidad del alegato de la querella

La defensa de Efraín José Freiberg introdujo un planteo de nulidad respecto de la acusación de la parte querellante por violación al principio de congruencia y por fundarse en una ley inexistente al momento de los hechos.

Señaló que la querella, a la hora de fundar su acusación en el alegato, solicitó la aplicación de la calificación legal estipulada en el art. 15 inc. "c" de la ley 24.769, mientras que al momento de requerir la elevación a juicio, la misma parte encuadró la acusación en el marco de lo normado en el art. 210 C.P.; ello, sin que la querella requiera

la ampliación de la acusación en los términos del art. 381 C.P.P.N.

Agregó que el tipo penal escogido por el acusador particular al momento de acusar en su alegato (art. 15 inc. "c" de la ley 24.769) no existía al momento del comienzo de ejecución de los hechos investigados.

Añadió, como elemento decisivo, que entre ambas figuras existe una diferencia esencial consistente en que el art. 15 inc. "c" L.P.T. prevé una pena mayor al art. 210 C.P. que no posibilita la imposición de una pena de ejecución condicional y la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

Cabe advertir, que este planteo -tal como fue señalado al tratar otras nulidades en los puntos precedentes- es una reedición de aquél que ya fue resuelto por el tribunal oral en la sentencia recurrida, sin que el impugnante logre rebatir los sólidos fundamentos así expuestos a través de nuevos argumentos.

Corresponde añadir que la defensa no ha siquiera esgrimido una concreta afectación de la correlación entre el requerimiento de elevación a juicio de la querrela y la acusación contenida en su alegato, susceptible de vulnerar el principio de congruencia y -por ende- la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello así, desde que para que dicha afectación tenga lugar, es menester la concurrencia de *"...una situación fáctica que ha sufrido modificaciones de entidad tal durante el debate que su admisión en esas nuevas condiciones en la sentencia vendría a importar mengua al derecho de defensa del perseguido, por ser el hecho por el que se lo habría de juzgar continente, ahora, de ingredientes históricos substanciales no abarcados por la requisitoria o auto de elevación, consecuentemente tampoco por la intimación, y a cuyo respecto, en definitiva, no se respetaron las reglas del debido proceso, por haber sido ajenos*

al mismo el contradictorio y la defensa verificados durante la audiencia" (Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael / DARAY, Robert Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T. II, pág. 401, énfasis eliminado).

Cabe recordar que según explica MAIER, el contenido del principio de congruencia se vincula estrechamente con "[la]reglamentación rigurosa del derecho a ser oído [el que] no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (*ne est iudex ultra petita*)...La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descrito en la acusación...en todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativo, físico y psíquico". (aut. cit., *Derecho Procesal Penal Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 568).

En el caso de autos, tal como lo expuso el señor Fiscal General ante esta instancia, el planteo defensorista se traduce en una mera discrepancia con los argumentos expresados por la parte querellante en su alegato. La cuestión introducida por el recurrente no se endereza a demostrar una variación en la plataforma fáctica a la hora de alegar la querrela, sino un desacuerdo con la calificación legal escogida.

Lo mismo cabe señalar en relación a que la AFIP escogió una calificación legal basada en una norma que no existía al momento del comienzo de ejecución de los hechos. Esta cuestión no atañe al principio de congruencia y debe

tratarse al abordar la cuestión relativa a la calificación legal aplicable al caso.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo postulado por el señor Fiscal General ante esta instancia, corresponde rechazar la referida nulidad de la defensa de Freiberg.

f) Planteo de nulidad de los alegatos de las partes acusadoras en cuanto al pedido de pena respecto de Miguel Ángel Hernández

El doctor Nicolás Ramayón, en su carácter de defensor público oficial de Miguel Ángel Hernández, introdujo como agravio, en su presentación durante el término de oficina (fs. 44.202/44.213), la nulidad de los alegatos de las partes acusadoras respecto del pedido de pena contra Hernández por no encontrarse los mismos suficientemente fundados.

Señaló que la parte querellante, al solicitar el monto punitivo respecto de su asistido, no analizó mínimamente las pautas objetivas y subjetivas del art. 41 C.P.

Con relación al alegato del Ministerio Público Fiscal, la defensa señaló que se omitió por completo ponderar concretamente las pautas subjetivas del art. 41 C.P. en lo que atañe a cada uno de los acusados. Asimismo consideró, con respecto a las pautas objetivas de mensuración de la pena, que la fiscal de juicio ponderó elementos ya alcanzados por los tipos penales en los que subsumió los hechos en contradicción con la prohibición de doble valoración. Así, indicó que el ánimo de lucro y el peligro para la tranquilidad pública se encuentran ínsitos en el delito de asociación ilícita, así como que la circunstancia de contar con la participación de personal del organismo recaudador se encuentra ya valorado en el concurso real entre el art. 210 C.P. y el art. 4 de la Ley Penal Tributaria.

Agregó que la utilización de testaferros "*casi indigentes*" no le agrega mayor peligrosidad al hecho y que la ponderación negativa de lo ocurrido con anterioridad al inicio

de ejecución de los hechos supone una clara afectación a los principios de legalidad y de culpabilidad.

Como cuestión previa, debo aclarar que los agravios introducidos durante el término de oficina (C.P.P.N., arts. 465 cuarto párrafo, y 466) resultan, a mi criterio, formalmente admisibles, en virtud de lo expuesto por nuestra C.S.J.N. en Fallos 328:3399 ("Casal"), "Catrilaf" (causa 2979, XLII, del 26/06/2007) y "Concha" (causa 1240, XLIII, del 20/08/2008), así como consecuencia del derecho de todo imputado a ser asistido en forma eficaz (arts. 18 de la C.N., 8.2 "c", "d" y "e" de la C.A.D.H. y 14, inc. 3, "b" y "d" del .P.I.D.C.y P.); razón por la cual, habrán de recibir tratamiento en esta instancia.

Sentado cuanto precede, cabe advertir que la lectura de las actas de debate de fs. 43.459/43.481 y 43.482/43.505vta., conduce a rechazar los argumentos defensores enderezados a lograr la nulidad de los alegatos de las partes acusadoras.

En este sentido, debe señalarse que la representante del Ministerio Público Fiscal, luego de realizar un pormenorizado análisis de los hechos objeto del proceso y de calificarlos legalmente, abordó la cuestión relativa a las pautas de mensuración de la pena, refiriendo que *"... consideraba -para todos los imputados y en los términos del art. 41 del C.P.-, la naturaleza de los hechos ventilados durante el debate, la peligrosidad al respecto que irrogaba esta organización para las funciones a cargo del organismo recaudador y para la tranquilidad pública, así como, en cada caso, la edad, educación y su carencia de antecedentes. Consideró, en principio, el hecho referido al art. 210 C.P. para la graduación del ilícito, teniendo en cuenta, entonces, el plan cuidadosamente elaborado para explotar los beneficios que podía rendir CALIBAN -con los dos años de 'compás en espera' que este plan insumió desde que se decidió constituir la sociedad hasta que efectivamente comenzó a facturar-, el*

recurso a personal del propio organismo recaudador para facilitar la actividad ilícita, la utilización como testaferros de terceros casi indigentes y el consecuente aprovechamiento de esta situación penosa, y el evidente fin de lucro que animó a los imputados" (fs. 43.504). Respecto de Hernández, la señora fiscal de juicio señaló que "... la misma gravedad del hecho y el fin de lucro tomaba para valorar el caso de Miguel HERNANDEZ, porque su intervención lo ubicaba en los propios comienzos de la actividad delictiva. Que, asimismo, quedó probado que HERNANDEZ manejaba sociedades ficticias desde mucho antes de montar esta asociación. Que esta actividad precedente estaba tan íntimamente ligada con los hechos que le atribuía (al punto tal que la asociación que montó puede entenderse como un reflejo, como un perfeccionamiento de los que venía haciendo) que permitía claramente establecer el grado de autodeterminación que tuvo HERNANDEZ al obrar como lo hizo" (fs. 43.504 vta.).

Por su parte, la parte querellante, en su alegato, también realizó un pormenorizado análisis de la plataforma fáctica sobre la que versó el proceso, así como en relación a la responsabilidad que le cabe a cada imputado y la calificación legal aplicable. Además, tal como consta en el acta de debate de fecha 7 de diciembre de 2012 (fs. 43.459/43.481, específicamente fs. 43.481), "[l]a querrela en cada uno de los pedidos de pena efectuados valoró las circunstancias personales de los imputados las que tuvo en cuenta a fin de merituar el *cuatum* (sic) de la pena solicitada".

A partir de lo reseñado, se advierte que no cabe razón a la defensa en cuanto al planteo nulificante que introduce.

El análisis efectuado por las partes acusadoras a la hora de realizar su acusación, cumple con los requisitos mínimamente exigidos para tornarla válida, no observándose en las acusaciones formuladas afectación a las garantías

constitucionales de Hernández.

De la lectura de las actas de debate citadas -las cuales no han sido material o ideológicamente impugnadas por la defensa-, se aprecia que los acusadores concretaron su alegato acusatorio, efectuando una completa evaluación del material probatorio incorporado al debate, tratando particularmente la situación procesal de cada imputado y señalando los hechos que consideraron probados a resultas del juicio oral. Asimismo, precisaron la imputación que estimaron acertada con respecto a cada uno de los inculpados, postulando -con fundamentos- la calificación legal de los hechos y solicitando pena privativa de la libertad para cada uno de ellos que -tal como obra en las actas de debate- fue debidamente fundada conforme a las pautas mensurativas estipuladas en el art. 41 C.P.

De la detallada síntesis de los alegatos referidos se advierte una adecuada fundamentación, en cumplimiento de las exigencias previstas por los arts. 69 y 393 del C.P.P.N., sin que el planteo defensorista trascienda de una mera discrepancia con el contenido de los alegatos que impugna, debiéndose tratar, en todo caso, los argumentos de las partes al respecto, en oportunidad de analizar el acierto o error de la sentencia impugnada al mensurar la pena de los imputados.

g) Planteo de nulidad de la sentencia por vulneración al principio acusatorio, tribunal imparcial y derecho de defensa

La defensa de Miguel Ángel Hernández, durante el término de oficina, introdujo un nuevo agravio, señalando que *"... como derivación lógica de la falta de fundamentación de la pretensión de pena por parte de los acusadores, se advierte que la determinación de la pena por parte del TOPE n° 2 ha ocasionado otro perjuicio a los justiciables consistente en que el tribunal oral ha evaluado pautas agravantes que no habían sido peticionadas por los órganos acusadores estatales, por lo que, aun cuando no se hubiese sobrepasado el quantum punitivo*

requerido, es evidente que no actuaron con neutralidad sino como otro acusador estatal más...Por consiguiente...existen datos objetivos de que mi defendido no ha sido juzgado por un tribunal imparcial...excediendo claramente la controversia y los fines de la pena, lo que también constituye una vulneración a la garantía de defensa en juicio y debido proceso..." (fs. 44.208vta./44.209) (el subrayado me pertenece).

Este planteo no ha de recibir acogida favorable.

En primer lugar, cabe indicar que el impugnante supeditó la nulidad aquí en tratamiento al éxito del planteo que le fuera rechazado en el punto anterior de este voto. Por ello, el planteo de nulidad no habrá de recibir acogida favorable.

Por lo demás, la defensa se limitó a señalar como pautas mensurativas tomadas en consideración por el *a quo* en exceso de su jurisdicción "*... la falta de dificultad para ganarse correctamente el sustento, la compleja naturaleza de la acción cometida, y la pluralidad de personas intervinientes en los hechos*" (fs. 44.209).

Sin embargo, tales consideraciones se encuentran claramente abarcadas por las pautas mensurativas referidas por la representante del Ministerio Público Fiscal a la hora de alegar -tal cual fueron citadas en el punto anterior de este voto- en cuanto aludió a las circunstancias personales de los imputados y refirió a la naturaleza y circunstancias del hecho objeto de juzgamiento, cuestiones que la defensa tuvo posibilidad de rebatir en su alegato.

Además, las pautas mensurativas mencionadas por el impugnante son características objetivas del hecho como pautas aumentativas de reproche. Dichos extremos fueron discutidos durante el debate, de manera que el recurrente tuvo la posibilidad de defenderse. Por ende, no se conculcó el derecho de defensa del imputado, como alega el casacionista en el recurso de casación en estudio.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el planteo de nulidad introducido por la defensa de Miguel Ángel Hernández respecto a la sentencia recurrida.

h) Planteo de nulidad de la sentencia por inconsistencia formal

La defensa particular de Félix Adrián López alegó que la sentencia resulta contradictoria y arbitraria ya que "*... en los fundamentos del auto se le imputa ser organizador y jefe, en tanto que en la parte dispositiva se le imputa ser solo jefe*" (fs. 44.104).

En cuanto al punto, cabe señalar que si bien al momento de analizar la vinculación de López con los hechos imputados el tribunal indicó que "*[d]urante el debate también se hubo demostrado que la conducta desarrollada por el nombrado dentro de la misma fue la de organizador y jefe de la mencionada asociación ilícita*", tanto al momento de determinar el encuadre legal de su conducta (fs. 43.757vta) como en la parte dispositiva de la sentencia (fs. 43.762), el tribunal de mérito despejó toda duda en cuanto a la calificación normativa asignada a los hechos, estableciendo que la conducta del imputado se subsume en el art. 210 último párrafo del Código Penal en calidad de jefe.

He de señalar que la inconsistencia formal que alega el recurrente no conduce a la nulidad de la resolución recurrida pues como se recordara al inicio de este acápite, para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente deviene indispensable que se haya constatado la existencia de un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho del imputado -circunstancia que no se presenta en el caso-, ya que lo contrario importaría afectar el principio de trascendencia e implicaría, consecuentemente, el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal (Fallos: 320:1611).

Así, el recurrente no ha fundado el perjuicio que le irroga la alegada -pero no probada- inconsistencia formal.

En virtud de ello, corresponde rechazar la nulidad introducida por la defensa.

II. Planteo sobre la vulneración de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable

La defensa oficial de Miguel Ángel Hernández, en su presentación durante el término de oficina, introdujo como nuevo agravio que se encuentra vulnerado el derecho de su defendido a ser juzgado en un plazo razonable.

Al respecto, se advierte que, en cuanto al punto en tratamiento, la impugnación deducida adolece de adecuada fundamentación.

En ese sentido, cabe señalar que la garantía de ser juzgado en un plazo razonable no puede ser analizada de modo aislado sino que ha de ser valorada teniendo en consideración el objeto procesal de la investigación, la complejidad de la causa como así también la actitud estatal y de las partes frente a la investigación, cuestiones que han de ser relacionadas con el tiempo de tramitación que lleva la investigación.

Al respecto cabe traer a colación cuanto fuera sostenido por el Máximo Tribunal en cuanto a la invocación del plazo razonable al fallar en el caso "Salgado, Héctor y otros s/defraudación a la Administración Pública -causa N° 15174-34341-" Causa S.C. S 167 XLIII (rta. el 23/06/09, Fallos: 332:1512), oportunidad en la que sostuvo que "... el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, reconocido a partir de los precedentes "Mattei" (Fallos: 272:188) y "Mozzatti" (Fallos: 300:1102) "se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (Fallos: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, 'la referencia a las

particularidades del caso aparece como ineludible'” (con cita de la causa P. 1991, L. XL, 'Paillot, Luis María y otros s/contrabando', rta. el 01/04/09, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni)”, circunstancias éstas que el recurrente no ha logrado demostrar.

En el caso, la defensa realizó una alusión genérica de la garantía, sin llevar a cabo un análisis particularizado relativo a las constancias de la causa, su complejidad, el tiempo insumido y la actividad llevada a cabo por los distintos actores que participan del proceso.

Así las cosas, corresponde rechazar el agravio introducido por la defensa en relación a la vulneración, en el caso, de la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas.

III. De la suspensión del juicio a prueba

a) De las suspensiones del juicio a prueba concedidas

1. El tribunal oral, mediante la sentencia aquí en estudio, resolvió suspender el juicio a prueba respecto de Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg por el término de dos años y seis meses.

La parte querellante AFIP-DGI, en su recurso de casación, impugnó la concesión del instituto a los nombrados.

Por su parte la defensa de oficial de Freiberg cuestionó la legitimidad procesal de aquella parte para recurrir la suspensión del juicio a prueba.

2. Por una cuestión de orden lógico, cabe referirse, en primer término, al agravio planteado por la defensa de Freiberg. A su respecto he de señalar que éste no puede prosperar, en base a los argumentos esgrimidos en oportunidad de pronunciarme en los precedentes de esta sala “VALENZUELA, Ángel Alberto s/ recurso de casación” (causa n° 14.267, reg. n° 297/12, rta. el 15/3/2012) y “BERTATO, Carlos Alberto s/ recurso de casación” (causa n° 14.203, reg. n° 298/12, rta. el 15/3/2012), a los cuales me remito en lo pertinente y aplicable por razones de brevedad.

3. En cuanto al agravio traído por la parte querellante -improcedencia de la concesión de la probation-, resulta pertinente efectuar una breve reseña de la tramitación que mereció la suspensión del juicio a prueba.

Conforme surge de la resolución recurrida, los imputados Cardillo, Furchini y Freiberg dedujeron la solicitud de suspensión del juicio a prueba con anterioridad al comienzo del debate (fs. 43.722).

De acuerdo a esa misma resolución, la representante del Ministerio Público Fiscal, al expedirse en las respectivas audiencias previstas en el art. 293 C.P. "... estimó que si bien la provisoria calificación legal permitía la posibilidad de una condena en suspenso, **no eran posibles tales concesiones** pues, en caso de hacer lugar a las mismas, la circunstancia de no poder escuchar a la totalidad de los imputados durante el debate, teniendo en cuenta el encuadre legal por el cual venían requeridos a juicio (asociación ilícita) debilitaría su posición acusadora. En base a tal argumento, consideró que, una vez escuchados todos los imputados durante el debate, estaría en condiciones de expedirse sobre su procedencia, solicitando consecuentemente el diferimiento de tales cuestiones con invocación incluso de una efectiva tutela de los derechos de los imputados", a lo que el tribunal oral hizo lugar (fs. 43.722 y vta.) (el resaltado corresponde a la presente).

Al momento de los alegatos, durante la etapa de debate, tanto la parte querellante como el Ministerio Público Fiscal formularon acusación respecto de Cardillo, Furchini y Freiberg, solicitando sus condenas en orden al delito de asociación ilícita (cfr. actas de debate de fs. 43.459/43.481 y 43.482/43.505vta.).

Por su parte, en la misma oportunidad procesal, con posterioridad a los alegatos de las partes acusadoras, las defensas de Furchini, Freiberg y Cardillo solicitaron, nuevamente, la concesión del instituto de la suspensión del

juicio a prueba (cfr. actas de debate de fs. 43.511/vta. y 43.515/vta.).

Respecto de dicho pedido, corrida vista a los acusadores, la querrela se opuso a la concesión de la probation con fundamento en que la calificación legal del hecho propugnada por la AFIP-DGI -art. 15 inc. "c" de la ley 24.769- no habilitaba la procedencia de la suspensión del juicio a prueba solicitada (cfr. actas de debate de fs. 43.511/43.515vta.).

A su turno, la fiscal de juicio prestó su consentimiento para la concesión del beneficio visto que -a su criterio- se encontraban cumplidas las exigencias legales a tal fin, respecto de los tres imputados (fs. 43.511vta./43.515vta.).

Una vez efectuados los alegatos de todas las partes, al momento de la sentencia, el TOPE n° 2 resolvió suspender el juicio a prueba por el término de dos años y seis meses respecto de Furchini, Freiberg y Cardillo.

Reseñado cuanto antecede, cabe señalar que el tiempo procesal oportuno para presentar una solicitud de suspensión del juicio a prueba precluye con el inicio de la audiencia de debate (cfr. voto del suscripto en los siguientes precedentes, **Sala IV:** causa n°15.496, "ARAYA, César Edgardo s/ recurso de casación", reg. n° 2412/13, rta. el 10/12/2013; causa n° 440/2013, "BUSTOS, Marcelo Alejandro s/ recurso de casación", reg. 2100/13, rta. el 28/10/2013; causa n° 14.758 "TRULLI, Marcelo José s/recurso de casación", Reg. n° 197/12, rta. el 02/03/12; **Sala III:** causa n° 16.363, "RODRIGUEZ, Rubén A. s/ recurso de casación", reg. 597/13, rta. el 29/4/2013; causa n° 14.090, "PEREZ, Mario Alfredo s/ recurso de casación", reg. 1189/12, rta. el 29/8/2012; causa n° 372/13, "SANCHEZ COSTA, Daniel Andrés s/ recurso de casación", reg. 2290/13, rta. el 22/11/2013; causa n° 215/13, "PASTRANA, Pablo Cirilo s/ recurso de casación", reg. 2107/2013, rta. el 7/11/2013; **Sala I:** causa

nº 16.250, "GONZALEZ, Gerardo s/ recurso de casación", reg. 19.921, rta. el 23/8/2012).

Consecuentemente, toda vez que las solicitudes de suspensión del juicio a prueba, consentidas por el Ministerio Público Fiscal, con respecto a Furchini, Freiberg y Cardillo fueron presentadas con posterioridad a que tuviese inicio la audiencia de debate -al momento de los alegatos-, corresponde anular la decisión del *a quo* en cuanto resolvió suspender el juicio a prueba respecto de los nombrados. Lo aquí propuesto torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios introducidos por la parte querellante en su recurso de casación sobre este punto.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante y, en consecuencia, anular los puntos dispositivos "5", "6" y "7" de la resolución recurrida en cuanto se resolvió conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba en favor de Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg, y en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho.

b) De la suspensión del juicio a prueba rechazada

1. La defensa pública oficial de Alejandro Roberto Fernández se agravió del rechazo de la suspensión del juicio a prueba resuelta por el *a quo* respecto de su asistido.

Ello, por entender que el carácter vinculante del dictamen fiscal vulnera las facultades del ministerio público y como consecuencia de ello, el sistema acusatorio y el principio de imparcialidad.

Estimó que si bien es cierto que el fiscal es quien ejerce la acción, se incurre en un severo error al entender como requisito ineludible para la concesión de aquel beneficio su conformidad, cuando el imputado cumple con todos los requisitos legalmente exigidos.

Puso de resalto que en modo alguno los jueces pueden adoptar la posición escogida por los representantes de la vindicta pública sin su previo escrutinio, sino que siempre conservan la facultad de controlar la legalidad y razonabilidad de los dictámenes fiscales; sin que ello importe desconocer los alcances del sistema acusatorio que rige como principio constitucional en la estructura del ordenamiento jurídico.

Agregó que el *a quo* no tuvo en cuenta la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en el caso "Acosta".

2. Advierto que el recurso de casación de la defensa, en lo que respecta a esta cuestión, adolece de defectos de fundamentación que impiden que su pretensión sea acogida favorablemente.

En primer lugar, corresponde recordar que según se desprende de la redacción del art. 76 bis del C.P. y del art. 5 del C.P.P.N., el dictamen del agente fiscal resulta, en principio, vinculante, sujeto al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación (art. 69 del C.P.P.N.), en base a las facultades que posee el mismo en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal pública.

Sin embargo, el recurrente no ha logrado demostrar el error del dictamen fiscal ni de la resolución del *a quo* en cuanto se rechazó la concesión de la suspensión del juicio a prueba. El impugnante no se refirió a los requisitos exigidos por la ley para la procedencia del instituto y a su satisfacción por parte de su defendido, tornando su planteo en afirmaciones dogmáticas que no encuentran sustento en el derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

La defensa se limitó a alegar que la resolución recurrida omitió considerar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Acosta", sin especificar las razones por las que el mismo resulta aplicable en el caso en concreto.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe señalar que al momento de su alegato, la fiscalía solicitó la imposición de una pena de 3 años y 6 meses de prisión para Alejandro Roberto Fernández en orden al delito previsto por el art. 210 1º parte del Código Penal, pretensión que fue acogida favorablemente por el *a quo* en su sentencia (sanción cuya irrazonabilidad no ha sido demostrada por el recurrente). A partir de ello, cabe advertir que las circunstancias del caso no permiten suspender el juicio a prueba respecto de Fernández en virtud de no encontrarse cumplidas las exigencias del art. 76 bis (párrafos 1º y 4º) del Código Penal.

A ello, cabe adunar que la solicitud de probation del imputado no fue introducida en forma oportuna, por análogos argumentos a los desarrollados en el punto anterior respecto de las probations concedidas a Furchini, Freiberg y Cardillo.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación de la defensa pública oficial de Alejandro Roberto Fernández en lo que refiere al rechazo de la suspensión del juicio a prueba a su respecto, sin costas.

IV. De los hechos que el tribunal oral tuvo por acreditados

A fin de dar tratamiento a los restantes agravios de las partes y para lograr una mayor claridad expositiva, corresponde efectuar una breve reseña de los extremos fácticos que el *a quo* tuvo por acreditados luego de la realización del juicio oral y público.

El TOPE n° 2, en la sentencia recurrida, tuvo por corroborado que los imputados Adolfo Bautista BELLONI, Alejandro BRUNO, Armando SBROLLINI, Miguel Ángel HERNANDEZ, Adrián Félix LÓPEZ, Alejandro Roberto FERNÁNDEZ, Julián Martín CARDILLO, Alberto Eugenio FURCHINI y a Efraín José FREIBERG, "... formaron parte de una asociación de personas quienes actuaron en forma permanente, ordenada y mancomunada, bajo la apariencia de una persona de existencia ideal denominada en un primer

momento CALIBAN S.A. y luego INFINITI GROUP S.A. Todo ello con el fin de realizar indeterminados delitos, los cuales en su mayoría eran de índole tributaria (sic). El citado grupo en forma organizada actuó bajo el nombre de una persona de existencia ideal, la cual le servía de pantalla al mismo, y así emitía facturas apócrifas a nombre de ésta las cuales eran utilizadas por gran cantidad de contribuyentes con la finalidad, entre otras, de defraudar al fisco. De esta manera se hubo afectado la Hacienda Pública principalmente, sin perjuicio de otros bienes jurídicos. Estas facturas apócrifas eran vendidas a cambio de dinero a los contribuyentes quienes las utilizaban a fin de acreditar gastos inexistentes ocultando las reales ganancias obtenidas en cada período fiscal o bien para ocultar el verdadero importador de las mercaderías o al verdadero comprador en las molienda, con fin de abonar menores costos. Para concretar estos objetivos se tramitaron espúreamente certificados de exclusión de retenciones y percepciones y de Validación de datos ante los organismos de la Administración Pública" (fs. 43.745vta./43.746).

En esta dirección, el tribunal de mérito tuvo por acreditado diversos elementos incriminantes, enumerándose a continuación aquellos que resultan relevantes a fin de dar respuesta a los agravios de los recurrentes:

1) Caliban S.A. -posteriormente denominada Infiniti Group S.A.- poseía socios aparentes, cuyas condiciones personales, junto a las características de la constitución de la persona jurídica, evidenciaba que eran meros testaferros que aceptaron figurar como socios y efectuar trámites vinculados al ente ideal a cambio de una retribución económica nítida: tal es el caso de Luis Antonio Di Biase -absuelto en el juicio sin que tal resolución haya sido recurrida- y Adolfo Belloni -cuya conducta no fue juzgada en el juicio oral y público que culminó en el dictado de la sentencia aquí en estudio-.

2) Inexistencia de domicilio fiscal como asiento de

la empresa: Caliban/Infiniti Group S.A. nunca funcionó en los diversos domicilios consignados en la documentación de la empresa y que constaban en diversas reparticiones públicas como asiento de la misma. Dichos domicilios eran utilizados al mero efecto de facilitar las maniobras delictivas imputadas.

3) Caliban/Infiniti Group S.A. carecía de empleados bajo relación de dependencia.

4) Los registros contables de Caliban/Infiniti Group S.A. no se encontraban llevados en legal forma. En ese sentido, tuvo por cierto el tribunal de mérito que la empresa no poseía balances registrados ante la IGJ.

5) Caliban/Infiniti Group S.A. simulaba operaciones comerciales para cuya concreción carecía de la estructura necesaria. Así, de las consultas periódicas al SICORE (sistema informático que plasma cada 15 días las retenciones efectuadas al IVA) se detectó que la empresa registraba operaciones de magnitud en diversos campos comerciales (por ejemplo en actividades de cereales, comercio exterior, prestación de servicios, etc.) que resultaban incongruentes -por su variedad y montos involucrados- con la realidad que se constató con respecto a la persona jurídica (fs. 43.731vta.). Ello se documentó a través de un importante volumen de facturas por parte de Caliban/Infiniti Group S.A. en actividades como importación de mercaderías, prestación de servicios, venta de cereales, ya sea por sí o como intermediaria de terceros. Lo señalado condujo al a quo a concluir que se detectó, por parte de Caliban/Infiniti Group S.A., un manejo de dinero por sumas de importantes valores, una abultada operatoria comercial sin declarar en libros contables, y sin respaldo en los hechos que justificaran la realización de esas operaciones comerciales detalladas en las facturas emitidas por la empresa ya sea por la escasa infraestructura montada, por la falta de empleados, por la falta de medios para la realización de lo pactado, y por lo declarado ante la AFIP-DGI.

6) Caliban/Infiniti Group S.A. obtuvo beneficios fiscales en forma fraudulenta, pues no cumplía con los requisitos necesarios para su obtención. Dichos beneficios consistieron en un certificado de exclusión de retenciones y percepciones de IVA normado por la Resolución General 17/97 de la AFIP-DGI (B.O. 12/9/1997) -que reglamenta un régimen de exclusión total o parcial de la retención, percepción y/o pagos a cuenta del Impuesto al Valor Agregado-. Asimismo, la empresa obtuvo un CVDI (Certificado de Validación de Datos de Importadores), por lo cual se le otorgó la exclusión del régimen de percepciones establecido en la Resolución General AFIP n° 591/99 con relación a operaciones de importación.

7) Caliban/Infiniti Group S.A. utilizó los beneficios fiscales referidos a fin de llevar a cabo operaciones de molienda, importaciones y servicios, tornando a las mismas más rentables y atractivas para quienes contrataban con la empresa.

8) La organización descrita estuvo conformada por Adolfo Bautista Belloni, Alejandro Bruno, Armando Sbröllini, Miguel Ángel Hernández, Adrián Félix López, Alejandro Roberto Fernández, Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg, cada uno de los cuales asumió, dentro de la asociación, un rol determinado.

9) Miguel Ángel Hernández lideró la organización, fue el artífice de su creación y funcionamiento; la manejó, junto a López, sin aparecer como autoridad o socio, utilizando prestanombres, domicilios falsos y facturas apócrifas. Asimismo, fue por su iniciativa que se obtuvo el beneficio fiscal previsto en la Resolución General de la AFIP-DGI 17/97 en forma fraudulenta. Todo ello, con el fin de obtener ganancias de origen ilícito.

10) Adrián Félix López compartió con Hernández el la manejo del grupo y dirigió junto a él la persona jurídica Caliban/Infiniti Group S.A., utilizando prestanombres, domicilios falsos y facturas apócrifas. Asimismo, administraba

la cuenta corriente de la sociedad y efectuaba gestiones y negocios en favor de la misma; todo ello a sabiendas y con el fin de obtener ganancias de origen ilícito.

11) Alejandro Roberto Fernández, como integrante de la organización, participaba de las operaciones de la misma, aportaba clientes con quienes se comercializaban las facturas apócrifas emitidas por Caliban/Infiniti Group S.A., presentaba las declaraciones juradas de las sociedades ficticias ante la AFIP, facilitaba a tal fin sus conocimientos en materia tributaria a partir de su profesión de contador público y de su condición de funcionario de la AFIP-DGI; todo ello con el fin de obtener ganancias de origen ilícito.

12) Hernando Fandiño, en su calidad de funcionario de la Agencia n° 9 de la AFIP-DGI, intervino en la concesión del beneficio fiscal previsto en la RG 17/97 que obtuvo la sociedad Caliban/Infiniti Group S.A. de manera irregular. En tal sentido, Fandiño fue quien estuvo a cargo del trámite del legajo relativo a la solicitud del beneficio por parte de la empresa, contribuyendo a que el mismo sea concedido a pesar de conocer las irregularidades que obstaban a ello.

13) El TOPE n° 2 tuvo por acreditado que Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero, en su calidad de Jefe de Agencia y Jefe de la Sección Trámites de la Agencia n° 9 de la AFIP-DGI, respectivamente, intervinieron en el trámite que culminó con la obtención del beneficio fiscal mencionado anteriormente a favor de Caliban/Infiniti Group S.A.; ello, sin perjuicio de la valoración que el *a quo* efectuó sobre aquella intervención y que será tratada en el apartado pertinente.

V. De la calificación legal

a) La asociación ilícita

1. El tribunal oral condenó a Miguel Ángel Hernández, Adrián Félix López y a Alejandro Roberto Fernández en orden al delito de asociación ilícita previsto en el art. 210 del Código Penal. Hernández y López fueron condenados en calidad de Jefes

de la asociación ilícita (2º párrafo del art. 210 C.P.), mientras que Fernández lo fue en calidad de miembro (primer párrafo del art. 210 C.P.).

Las defensas de Hernández, López y Fernández, en sus respectivos recursos de casación impugnaron la calificación legal asignada por el *a quo*.

En primer lugar, alegaron la inconstitucionalidad del tipo penal de asociación ilícita (art. 210 C.P.) por considerar que el mismo vulnera los principios de legalidad, reserva, razonabilidad, proporcionalidad y acto.

Por su lado, la defensa de Freiberg -respecto de quien el juzgador concedió la suspensión del juicio a prueba- también introdujo la inconstitucionalidad del art. 210 C.P. en base a argumentos sustancialmente análogos a los esgrimidos por las defensas de Hernández, López y Fernández.

En esta línea argumental, las defensas de Hernández, López, Fernández y Freiberg sostuvieron que el tipo penal reprocha actos preparatorios que no exteriorizan conducta lesiva concreta (principio de reserva), no describiendo asimismo el verbo típico (principio de legalidad y máxima taxatividad), resultando así un tipo penal indeterminado.

Reseñado cuanto antecede, corresponde señalar que esta Sala IV ya ha rechazado un planteo similar al aquí examinado en el precedente "Reinhold, Oscar Lorenzo y otros s/ recurso de casación", causa nº 10.609, reg. nº 137/12, rta. el 13/2/2012.

Resulta menester recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN- ha advertido, en forma reiterada, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta e incompatiblemente inconciliable, sin que exista otro modo de salvaguardar algún derecho o

garantía amparado por la Constitución, sino a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos 311:394; 312:122, 435, 1437, 1681, 2315; 314:407; 315:923; 316:779, 2624; 319:3148; 321:441; 322:842; entre muchos otros). Dichos prepuestos, no se registran en el *sub examine*.

Cabe apuntar que el planteo introducido resulta una mera reiteración del ya efectuado al momento de los alegatos ante el *a quo*, el cual fue rechazado, no advirtiéndose que los impugnantes introduzcan argumentos novedosos que permitan adoptar un temperamento diverso al del tribunal de la instancia anterior. El impugnante no se ha hecho cargo de refutar los argumentos brindados por el TOPE n° 2 al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 210 C.P., ni se advierte que el tipo penal previsto en el art. 210 C.P. afecte garantía ni principio constitucional alguno consagrado en nuestra Carta Magna.

En relación a la violación de los principios de lesividad, reserva y acto que alegan las defensas por estimar que el tipo penal en tratamiento pune meros actos preparatorios, no se advierte el vicio que las defensas le achacan.

El bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita es la "tranquilidad pública", entendida como una situación de sosiego, de tranquilidad general, de paz social (BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Manual de Derecho Penal. Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 593). En esta dirección, los delitos contra el orden público -tal es el caso de la asociación ilícita- quiebran esa tranquilidad, produciendo una alarma colectiva al enfrentar a los integrantes de la sociedad en que se producen, con la posibilidad de tener que sufrir hechos marginados de la regular convivencia, que los pueden atacar indiscriminadamente (CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Derecho Penal. Parte especial", T. II., Astrea,

Buenos Aires, 2007, p. 115).

Asimismo, cabe recordar que contrariamente a lo alegado por los recurrentes, la CSJN ha tenido oportunidad de examinar el tipo penal de asociación ilícita, de cuyo resultado no se sigue ningún desmerecimiento constitucional (Fallos: 324:3952). Por el contrario, puede concluirse que la criminalidad de este delito no reside en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que aquél tiene en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder (D'ALESSIO, Andrés José, Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, 2º edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1031).

Lo que tipifica la figura de asociación ilícita es el actuar en el marco de una organización criminal, aumentando así la impunidad y facilitando la consumación de otros delitos (C.F.C.P., Sala I, "PALACIOS, Alberto M., s/ recurso de casación, causa n° 7876, reg. n° 10.077, rta. el 19/2/2007).

En esta línea de pensamiento, la Sala III de esta Cámara destacó que *"la mera existencia de la empresa criminal pone en crisis las expectativas sociales sobre el acatamiento del derecho, y se constituye en un factor determinante para que la tranquilidad pública se vea afectada. Por ello, la comprobada existencia de una organización que reúna los requisitos del art. 210 C.P. es suficiente para generar la conmoción que a través de esa precisa norma se busca evitar, afectando la sensación de sosiego de las personas que integran el cuerpo social, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social"* (C.F.C.P., Sala III, "Real de Azúa, Enrique Carlos s/ recurso de casación", causa n° 5023, reg. n° 1558/06, rta. el 21/12/2006).

Conforme lo expuesto, el art. 210 C.P. pune conductas que ocasionan considerable daño social y que, por tanto, distan mucho de aquéllas que encuentran amparo en el art. 19 C.N. En

este sentido, los impugnantes no han demostrado que el legislador haya efectuado un ejercicio irrazonable de las potestades que la Constitución Nacional le acuerda en punto a sancionar leyes penales (arts. 75 inc. 12 y cctes. de la C.N.), no advirtiéndose vulneración constitucional alguna en este sentido.

En cuanto al bien jurídico protegido, la Sala I de esta Cámara afirmó que la naturaleza económica de los delitos perpetrados por la organización, en nada empece a que se afecte el orden público protegido por el art. 210 C.P. *"Ni la figura penal en cuestión establece distinción alguna sobre el particular -lo que torna de aplicación el adagio 'ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus'-, ni tampoco de una objetiva y racional interpretación de los alcances del tipo penal en cuestión podría extraerse esa conclusión [que los delitos económicos quedan excluidos de la figura penal referida]. Así, no parece razonable sostener que la sociedad no habrá de conmoverse, afectándose la tranquilidad pública, en casos análogos a los que se investigan en la presente causa, en los que se evidencie una empresa criminal cuyo objetivo último es lograr la comisión de múltiples e indeterminados delitos tributarios. Muy por el contrario, la existencia de una asociación de las características de la que se investiga en estas actuaciones [se trataba de una organización que vendía facturas apócrifas], por el peligro que implica para la preservación del orden social legalmente establecido, posee virtualidad suficiente para afectar el orden público y la paz social. Una interpretación contraria a la que proponemos no sólo desvirtuaría el expreso texto legal, sino que asimismo comportaría una grosera e indisimulable desatención de las exigencias sociales, que sin lugar a dudas ubican a los delitos de naturaleza tributaria dentro de aquellos que podrían ser calificados como de singular gravedad"* (C.F.C.P., Sala I,

"PALACIOS, Alberto M., s/ recurso de casación, causa n° 7876, reg. n° 10.077, rta. el 19/2/2007)

Tampoco se advierte la violación al principio de legalidad por indeterminación del tipo que los impugnantes alegan. Las defensas aducen que, en el tipo penal del art. 210 C.P., no se encuentra descripta en forma precisa y concreta la conducta punible, no describiéndose un verbo típico.

Los recurrentes se han limitado a afirmar dogmáticamente dicha falencia sin profundizar en las deficiencias del tipo penal alegadas y, por ende, no han logrado demostrar que la descripción del tipo penal del art. 210 C.P. resulte insuficiente para alcanzar los estándares del art. 18 C.N.

La doctrina coincide en señalar que el art. 210 C.P. exige la presencia de tres elementos principales: a) la acción de formar parte o conformar una asociación criminal, b) un número mínimo de autores, y c) un fin delictivo. La acción típica consiste, claramente, en tomar parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos indeterminados (D'ALESSIO, Andrés José, Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. T. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1033).

En la misma dirección, cabe rechazar el agravio de la defensa oficial de Freiberg, en cuanto adujo que se encontraba vulnerado, en el *sub examine*, el principio de *ne bis in ídem*. En este sentido, el impugnante se limitó a señalar que "*...debido a las actividades por las que han sido condenados otros imputados en este proceso, diversas personas físicas o jurídicas han sido sometidas a proceso por delitos de evasión, con distintas suertes en cada caso. Si los miembros de esta asociación ilícita se agruparon para participar en las evasiones de esas personas, entonces los delitos supuestamente ya cometidos impiden un reproche a los miembros del grupo: ya se está juzgando su participación*" (fs. 43.878).

Sin embargo, el recurso, en este punto, padece de un defecto de fundamentación, pues resulta una mera afirmación dogmática que no contiene el necesario análisis, ni de la garantía que considera vulnerada, ni de las constancias de la causa que sustentarían su postura. En este sentido, la parte no ha siquiera alegado que se cumplan las tres identidades que la doctrina y jurisprudencia exigen a la hora de analizar la vulneración de la garantía de doble juzgamiento: identidad en la persona (*eadem persona*), identidad en el objeto (*eadem res*) e identidad en la causa (*eadem causa*). Todo ello, máxime cuando la doctrina mayoritaria sostiene que el delito de asociación ilícita es autónomo e independiente de los hechos por ella producidos (D'ALESSIO, op. cit., p. 1043; ZIFFER, Patricia, "Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita", La Ley, cita online: AR/DOC/9061/2001; BUOMPADRE, op. cit., p. 597; BORINSKY, Mariano Hernán y otros autores, "Régimen Penal Tributario y Previsional...", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 86).

Por último, tampoco ha de recibir acogida favorable la impugnación de las defensas en relación a que el art. 210 C.P. vulnera el principio de proporcionalidad por resultar excesiva la escala punitiva que prevé.

La cuestión ya fue resuelta por el *a quo* sin que los recurrentes introduzcan argumentos que permitan una reconsideración de la cuestión, la que fue apropiadamente abordada por el sentenciante.

Así, el tribunal oral señaló que "... el legislador es soberano en la elección de las penas por las que se reprimen los delitos, a condición, claro está, de que éstas no fueran desproporcionadas. En el caso, las escalas de cinco (5) a diez (10) años de prisión para el jefe u organizador y tres (3) a diez (10) años de prisión para los miembros no se muestran en sí mismas irrazonables por desproporcionadas en relación a las respectivas conductas (...). La circunstancia de que una pena de

prisión de más de tres (3) años no permita gozar de una suspensión del cumplimiento (art. 26 del C.P.) es un argumento inoponible a la razonabilidad de la escala penal por encima de tales mínimos en cualquier delito que los supere (cgr. Arts. 865, 866 2º párrafo y 867 del CA ó 2 de la ley 24.769 ó 1 de la ley 14.034)" (fs. 43.727 y vta.).

Las defensas alegan que el máximo de pena previsto para la asociación ilícita (10 años) supera aquél estipulado para el homicidio culposo (5 años), siendo que en este último caso se afecta el bien jurídico "vida". Agregaron que la escala penal prevista en el art. 210 C.P. resulta asimismo, en muchos casos, superior a aquélla prevista para los delitos consumados por la organización, afectando todo ello la razonabilidad y la proporcionalidad requerida en las penas estipuladas por la ley.

Como lo ha establecido el Máximo Tribunal "... el juicio sobre la razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener, como resultado de la comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema irresoluble de saber si una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto ... la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándolas con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del

poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresiones a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional..." (Fallos 314:424).

En el caso, sobre la base de aquel criterio de interpretación, no se advierte que la escala penal prevista en el art. 210 C.P. carezca de razonabilidad. La magnitud con que el legislador ha decidido proteger el bien jurídico protegido por la norma no resulta arbitraria, sino el fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio este tribunal carece de control. La escala penal en tratamiento no es cruel ni impone una mortificación mayor que la que la privación de la libertad de por sí porta ni su intensidad es repugnante a la dignidad humana, pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista.

En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar la inconstitucionalidad del art. 210 C.P. introducido por las defensas de Hernández, Fernández y López.

2. La defensa de Freiberg planteó, asimismo, la inconstitucionalidad del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 (asociación ilícita fiscal).

El planteo de inconstitucionalidad efectuado por la

parte resulta una reiteración de aquél esgrimido en la instancia anterior, oportunidad en el que el *a quo* declaró abstracta la cuestión visto que la norma en tratamiento no resultó de aplicación al caso por parte del tribunal de la anterior instancia.

Se advierte que tal situación -ausencia de aplicación al caso en concreto de lo normado en el art. 15 inc. "c" de la ley 24.769- no se modifica en esta instancia -conforme lo propuesto en el presente voto-.

Al respecto, cabe recordar que para que proceda la declaración de inconstitucionalidad de una norma, se exige al interesado que demuestre claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional y el gravamen que aquélla le causa. A tales fines, es menester que precise y acredite fehacientemente el perjuicio que le origina su aplicación, sin que resulte suficiente para dicho cometido la invocación de agravios meramente conjeturales (ver Fallos: 307:1656 y 316:687, entre muchos otros).

Por lo expuesto, corresponde declarar inoficioso el análisis del planteo de inconstitucionalidad del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 introducido por la defensa de Freiberg.

3. Por otra parte, las defensas de Hernández, López y Fernández, afirmaron que no tienen lugar en el caso, los elementos típicos requeridos por el art. 210 C.P. respecto de la conducta de sus asistidos.

Señalaron que la figura requiere la participación de una cantidad mínima de personas, estabilidad temporal y un acuerdo, no siendo suficiente la cooperación instantánea.

Agregaron que la participación supone querer "formar parte" y que el dolo se configura con la voluntad de saberse perteneciente al grupo y ser aceptado en tal carácter por todos los restantes, requisitos que no tendrían lugar en el caso.

En esta dirección, pusieron de relieve que no tiene lugar el requisito de tomar parte de una asociación para

cometer delitos, pues la venta de facturas apócrifas no es en sí misma una conducta típica, siendo que si se considera que los imputados facilitaban la evasión de terceras personas, entonces corresponde imputar la cooperación en esos hechos. A partir de ello, señalaron que la aplicación del art. 210 C.P. vulnera el principio de legalidad y constituye una analogía *in malam partem*.

Indicaron que tampoco se encuentra acreditada la indeterminación de los planes delictivos, tratándose de un único plan consistente en lucrar con la venta de facturas apócrifas a terceros y que se desarrolló en un mismo contexto y con idéntica finalidad.

Manifestaron que no se acreditó coincidencia intencional entre los miembros de la organización en relación a los fines y actividades de una asociación superadora de sus meras participaciones, resaltando que no se comprobó el dolo que requiere la figura sino, una concurrencia de personas.

Agregaron que el fallo excedió por irrazonable el alcance de la figura de asociación ilícita y que la figura penal del art. 210 C.P. vulnera los principios de legalidad y lesividad, pues el tipo penal pune actos preparatorios.

Con alusión al fallo de la CSJN "Stancanelli", manifestaron que la venta de facturas apócrifas con el fin de facilitar la evasión tributaria de terceras personas no pudo causar alarma colectiva o sentimiento de intranquilidad o desasosiego en la sociedad, no encontrándose así afectado el bien jurídico tutelado por la norma (el orden público).

Pusieron de resalto que la pena estipulada para el delito en cuestión resulta desproporcionadamente elevada.

Por su parte, en el término de oficina, la defensa de Hernández señaló que no corresponde aplicar el art. 55 a la relación concursal entre el delito de asociación ilícita y el de obtención fraudulenta de beneficios fiscales.

Sentado cuanto precede, corresponde analizar si, en el *sub examine*, y respecto de Hernández, López y Fernández, tienen lugar los requisitos típicos del art. 210 C.P. respecto de sus conductas.

La figura básica contenida en el artículo 210 del Código Penal exige la presencia de tres elementos principales: a) la acción de formar parte o conformar una asociación criminal, b) un número mínimo de autores -tres o más personas-, y c) un fin delictivo; constituyéndose así un delito doloso, abarcando el dolo el conocimiento del número que compone la asociación y la finalidad delictiva de la misma. El conocimiento del propósito de delinquir es estrictamente individual, propio de cada uno de los miembros de la organización y, por lo tanto, la demostración de este elemento subjetivo es esencial en el caso judicial para probar la existencia del delito.

De la reseña de las conductas de cada uno de los imputados y de las características de la organización por ellos compuesta (ver acápite "III" del presente voto -"De los hechos que el tribunal oral tuvo por acreditado"- y, así también, las precisiones efectuadas en el acápite V "De la intervención de los imputados en los hechos"), se advierte que tienen lugar en el caso los requisitos exigidos por el art. 210 C.P. respecto de Hernández, López y Fernández.

El tomar parte en una asociación o banda se refiere a participar, ser miembro de la asociación, pertenecer a ella. La doctrina es conteste en considerar que se trata de un delito autónomo, formal y de peligro abstracto, que constituye una infracción de mera actividad, no exigiéndose para su configuración actividad material ni que los miembros se conozcan entre sí. La acción típica se configura por el solo hecho de formar parte de la asociación, sin que sea necesario que ésta ejecute los delitos que formaban parte del acuerdo criminoso (D'ALESSIO, Andrés, op. cit., p. 1033). La existencia

de la asociación debe formarse mediante acuerdo o pacto de voluntades comunes, en relación con una organización cuya actividad principal sea la de perpetrar hechos ilícitos en forma indeterminada (BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Manual de Derecho Penal. Parte especial", op. cit., p. 596).

Asimismo, para que se configure el delito tipificado en el artículo 210 C.P., la asociación debe contar con una estructura objetiva, la cual debe tener carácter estable - permanente- y ser duradera en el tiempo (DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-C, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 300).

La permanencia distingue a la asociación ilícita de la convergencia transitoria típica de la participación, en la que se requiere un mero acuerdo criminal. Lo que el art. 210 C.P. exige es una relativa estabilidad que revele la existencia de un contexto delictivo plural dedicado a un fin criminoso. Por lo demás, la organización requiere cohesión del grupo en orden a la consecución de los fines delictivos comunes, elemento que cabe considerar manifestado a través de la distribución y rotación de roles entre los integrantes de la organización (D'ALESSIO, op. cit. P. 1038).

Por su parte, en relación al elemento subjetivo del tipo, se trata de un delito doloso. El autor debe conocer que participa en una asociación de las características antes indicadas y debe tener voluntad de pertenecer a ella, con todas las reglas y normas que la asociación o banda tiene como estructura interna (DONNA, op. cit., p. 311).

Tal como se reseña en los acápites III y V de este voto, quedó debidamente probado que Hernández, López y Fernández tomaron parte de un grupo organizado, estable y duradero en el tiempo, cuya finalidad principal consistía en cometer delitos -principalmente de índole tributario-.

Asimismo, quedó acreditado que cada uno de los miembros cumplía roles diversos, dividiendo tareas entre ellos,

siempre con el fin de llevar adelante la empresa criminosa que constituía el objeto de la asociación ilícita.

La organización operó bajo el cobijo de una sociedad pantalla denominada Caliban S.A. que posteriormente cambió su nombre a Infiniti Group S.A., llevando a cabo maniobras de comercialización de facturas apócrifas, ocultando los verdaderos contribuyentes que realizaban hechos impositivos tras el velo de la firma ficticia, defraudando así al Fisco.

Se acreditó que las facturas apócrifas eran vendidas por la organización a cambio de dinero a una gran cantidad de contribuyentes que las utilizaban a fin de acreditar gastos inexistentes ocultando las reales ganancias obtenidas en cada período fiscal y para registrar crédito fiscal inexistente, o bien para ocultar el verdadero importador de mercaderías ingresadas al país o al verdadero comprador de las moliendas, con el fin de abonar menores costos en el circuito comercial del producto de molienda. A fin de tornar el negocio más rentable, tanto para la organización, como para los contribuyentes adquierentes de las facturas apócrifas comercializadas por Caliban/Infiniti Group S.A., la organización obtuvo fraudulentamente certificados de exclusión de retenciones y percepciones -RG 17/97- y de Validación de Datos -CVDI- ante la Administración Federal de Ingresos Públicos. Dicha actividad se prolongó, al menos, desde el año 2003 hasta el 2005.

Las maniobras efectuadas por la organización registran tal asiduidad que el juzgado a cargo de la instrucción formó legajos por separado de cada uno de los contribuyentes que registraban en sus contabilidades facturas emitidas por Caliban/Infiniti Group S.A. (ver listado de legajos a fs. 43.731vta./43.733vta.), llegando a tramitarse casi dos centenares de legajos que implicaron una defraudación varias veces millonaria (cfr. requerimiento de elevación a juicio fiscal a fs. 28.598 y vta.).

Sentado cuanto precede, los argumentos de los recurrentes carecen de virtualidad para rebatir que las conductas de Hernández, López y Fernández queden alcanzadas por el tipo penal de asociación ilícita.

En este sentido, no cabe razón a los impugnantes en cuanto indican que la tipificación de la conducta como asociación ilícita se fundamenta meramente sobre la base de maniobras delictivas llevadas a cabo por distintos actores, alegando que el mero hecho de que varias personas se conozcan y confluyan eventualmente en diferentes momentos temporales no prueba la existencia de la asociación ilícita ni es relevante demostrar que todos los imputados condenados en orden al delito de asociación ilícita hayan intervenido en cada una de las maniobras delictivas. Tampoco ha de prosperar el argumento de que no se acreditó coincidencia intencional entre los miembros sobre los fines y actividades de una asociación superadora de sus meras participaciones.

Conforme fuera expuesto, es justamente la estabilidad, permanencia y estructura organizada lo que caracterizó el actuar de los imputados. No se trató de una mera confluencia transitoria de actores que se propusieron la comisión de ciertos delitos, sino de la participación de diversas personas en una estructura organizacional que se mantuvo en el tiempo -por al menos dos años-, actuando a través de una sociedad pantalla, y mediante interpósitas personas -Di Biase y Bruno- a fin de llevar a cabo indeterminados planes delictivos.

El hecho de que cada uno de los imputados no haya intervenido en la singularidad de cada maniobra, lejos de probar -como lo alegan las defensas- que no existía una asociación ilícita, da cuenta de la estructura, con división de roles y tareas, con que contaba la asociación.

Así, tal como se reseña por los acápites III y V de este voto, Miguel Ángel Hernández daba directivas para el

funcionamiento cotidiano de Caliban, pagaba a Di Biase a fin de que el mismo aparente ser presidente de Caliban S.A., participó en la obtención de los beneficios fiscales que la organización utilizó para tornar más rentable su operatoria, entre otras actividades desarrolladas a los fines de llevar a cabo los planes delictuosos imputados.

Por su parte, Félix Adrián López, a favor de quien se confirió un poder general de administración y disposición de Infiniti Group S.A. -a partir del 31 de marzo de 2005 cuando Caliban S.A. cambió su nombre a Infiniti Group S.A.-, también tomaba decisiones y daba directivas a partir de su participación en la organización, manejaba la cuenta corriente de la empresa, ofrecía y vendía facturas de Caliban/Infiniti Group S.A., entre otras actividades.

En cuanto a Alejandro Roberto Fernández, se comprobó que el mismo conocía las maniobras de la organización, presentaba las declaraciones juradas de las sociedades ficticias ante la AFIP, comercializaba las facturas apócrifas, aportando clientes a tal fin y facilitando su conocimiento en materia tributaria en su calidad de contador público y funcionario de la AFIP.

Lo reseñado demuestra a las claras la existencia de una estructura organizada cuyos miembros dividían sus roles y tareas, conllevando ello que, justamente, no todos ejecuten los mismos actos, sino que, cada uno contribuya al éxito de los fines de la organización efectuando su aporte individual. Esta estructura, se mantuvo en el tiempo en forma estable, organizada y permanente, con el único fin de cometer delitos, durante un período extendido de tiempo, no resultando atinado lo señalado por los impugnantes en cuanto a lo transitorio y eventual de la confluencia de conductas llevadas a cabo por los imputados.

Las características de la organización, así como las conductas llevadas a cabo por cada uno de los imputados, en

base a una división de roles que propugnó a la consecución de los fines de la asociación, acredita plenamente el elemento subjetivo del tipo, el cual consiste -como ya fue señalado- en el conocimiento de estar integrando un grupo formado por al menos tres personas, así como el objetivo delictivo de la asociación, y la voluntad de contribuir a su accionar (ZIFFER, op. cit.). Ello desecha la tesis defensiva sobre la inexistencia de una coincidencia intencional entre los miembros de la organización.

Tampoco ha de prosperar el argumento de que la condena por asociación ilícita vulnera el principio de legalidad por no tener lugar en el caso el requisito de tomar parte de una asociación para "cometer delitos", visto que la venta de facturas apócrifas no es en sí misma una conducta típica.

En relación a esta cuestión, cabe señalar que la utilización de facturas apócrifas, contrariamente a lo alegado por los impugnantes, resulta una conducta delictual. En ese sentido, se debe tener presente que la factura o documento equivalente, en su doble carácter de documento comercial y de comprobante fiscal, ha sido legislado y reglamentado de forma tal que por sus características intrínsecas y extrínsecas pueda testimoniar la veracidad de la operación que por ellos se documenta. Así, la confección y comercialización de facturas apócrifas afecta el bien jurídico "fe pública", encontrándose dicha conducta abarcada por los arts. 292 y 296 del Código Penal (BORINSKY, Mariano Hernán, y otros autores, op. cit., p. 82/83).

Asimismo, cabe señalar que la organización efectivamente tenía por fin cometer delitos. Los miembros de la asociación, en aquellos hechos en los que efectivamente tuvieron intervención, resultan partícipes de aquellas evasiones impositivas llevadas a cabo por los contribuyentes que adquirieron las facturas apócrifas de Caliban/Infiniti

Group S.A. a fin de defraudar al fisco, maniobras que, tal como ya fue indicado, tramitan por legajos separados.

De hecho, partiendo de la circunstancia que la asociación ilícita fiscal introducida por el legislador en el art. 15 "c" de la ley 24.769 es un supuesto particular de aquélla regulada por el art. 210 C.P., conteniendo ambas figuras equivalentes estructuras típicas, cabe señalar que el fundamento de la introducción de la asociación ilícita fiscal en el art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 fue que "... la experiencia en la investigación de delitos de evasión complejos permitió la detección de organizaciones criminales, altamente especializadas, cuyo accionar se dirigía a vender en forma indiscriminada el know-how para evadir impuestos en gran escala. Incorporan muchas veces a su "servicio" los soportes técnicos y materiales para perpetrar las maquinaciones (empresas fantasmas, giros ficticios desde instituciones bancarias en paraísos fiscales, usinas de facturas apócrifas, etc.). La finalidad de estas organizaciones no era perpetrar una determinada evasión fiscal o previsional, sino brindar sustento a cualquier contribuyente que precise tal mecanismo y logística para evadir, de allí su peligrosidad" (BORINSKY, Mariano Hernán, y otros autores, op. cit., p. 82/83).

Lo señalado sustenta los fundamentos normativos respecto de que la figura de la asociación ilícita abarca maniobras como la investigada en autos.

Tampoco ha de recibir acogida favorable lo esgrimido en cuanto a que si lo que se imputa es la facilitación de los hechos de evasión de terceros, entonces lo que se debe imputar es, en todo caso, la cooperación en esos hechos.

Así, debe ser señalado que la imputación por la participación en la asociación ilícita y aquélla por la comisión de los delitos que configuran su objeto no resultan excluyentes, pues entre ambas imputaciones media una relación de concurso real (ver en tal sentido los precedentes de esta

Sala IV "AQUINO, Ricardo Miguel y otros s/recurso de casación", Reg. 8738.4, rta. el 30/5/07; causa nro. 15.332, "SUAREZ ANZORENA, Martín s/recurso de casación", reg. 2628, rta. el 28/12/2012; causa nro. 15314, "MIGNO PIPAON, Dardo y otros s/recurso de casación", reg. 2042/12, rta. el 31/10/2012; causa nro. 15.390, "AVOGADRO, Marcelo Carlos s/recurso de casación", reg. 2639, rta. el 28/12/2012; causa nro. 15409, "SELIGMANN, Miguel s/ rec. de casación", reg. 2636/12, rta. el 28/12/12).

Vale recordar lo explicado por Patricia ZIFFER en punto a que "[l]a doctrina tradicional argentina sentó, en su momento, la idea -que hasta hoy se mantiene inalterada- de que la asociación ilícita es un delito permanente, que se consuma con el mero acuerdo entre sus miembros, sin que dicha consumación dependa de que se llegue a la efectiva comisión de los delitos que constituyen el objeto de la asociación; tales delitos, en caso de que lleguen a concretarse, son considerados hechos independientes, y por lo tanto concurren materialmente con el art. 210, CP" (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita", op. cit.).

De conformidad con esta postura (mayoritaria en la doctrina), lo que integra el tipo penal es **la finalidad de cometer delitos indeterminados**, siendo que los concretos delitos cometidos por la asociación ilícita no pertenecen al tipo, sino que concurren en forma real con aquél (Ver, al respecto: NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal Argentino*, Córdoba, 1971, T. VI, pág. 189; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978, T. IV, pág. 608; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1994, T. VI, pág. 470; y CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1983, T. II, pág. 189).

En igual sentido, D'ALESSIO apunta que "[s]e sostiene la existencia de un **concurso real** entre el delito de asociación ilícita y los que se cometen en cumplimiento de aquella, ya que la asociación es autónoma e independiente del o los delitos que

a través de ella se cometan" (Cfr. aut. cit., *Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 686 -énfasis añadido). El referido autor afirma también que "[l]a jurisprudencia es unánime en el sentido de considerar que el delito de asociación ilícita se comete con independencia de la comisión de uno o más hechos punibles" (op. cit., pág. 686, nota N° 132; en el mismo sentido ver CATANIA, Alejandro, *Régimen Penal Tributario. Estudios sobre la ley 24.769*, 2° ed. act., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 238; ZIFFER, op. cit.; BORINSKY, Mariano Hernán y otros autores, op. cit., p. 86).

Lo antedicho descarta la arbitrariedad alegada por la defensa de Hernández, durante el término de oficina, en relación a que no corresponde aplicar el art. 55 C.P. (concurso real) a la relación concursal entre el delito de asociación ilícita (art. 210 C.P.) y el de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769).

Por último, no ha de prosperar el agravio de la defensa oficial de Hernández, también introducido durante el término de oficina, en cuanto a que no se encuentra acreditado el requisito de indeterminación de los planes delictivos, pues la maniobra consistió, según la defensa, en un solo plan delictivo que se desarrolló en un mismo contexto y con idéntica finalidad.

Dicho agravio no ha de recibir acogida favorable.

El hecho de que la asociación tenga por objeto una cierta clase de delitos (contra la hacienda pública en este caso), no obsta a la tipicidad de la conducta (ZIFFER, Patricia, op. cit.).

Se advierte que el impugnante confunde la circunstancia de que la organización haya tenido por fin principal la comisión de cierto tipo de delitos (aquellos de naturaleza tributaria), con la ausencia en el caso del requisito de la indeterminación de planes delictivos.

Así, conforme lo desarrollado hasta aquí, no puede concluirse que la organización haya tenido por fin la comisión de un delito o de hechos delictivos determinados. Por el contrario, tal como lo tuvo por acreditado el *a quo*, la organización operaba buscando, a lo largo de su existencia, compradores para las facturas apócrifas emitidas en nombre de la sociedad ficticia Caliban/Infiniti Group S.A., así como también buscaba diversificar sus actividades delictivas en el área de las importaciones, servicios y molienda.

Los hechos delictivos que constituyen el objeto de la asociación ilícita se iban determinando y ejecutando en la medida de las posibilidades de la organización y siempre que la misma pudiera "vender" sus facturas a los diversos contribuyentes y obtener clientes para sus operaciones de molienda, importación y servicios.

Así, la organización tuvo por fin la comisión de un determinado tipo de delitos -aquellos de naturaleza tributaria- pero no de determinados hechos delictivos.

En oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 468 C.P.P.N., el doctor Stefanolo, asistiendo técnicamente a los imputados Fernández y Cardillo, hizo referencia al precedente de este tribunal en el caso "PALOMBO, Rodolfo Oscar y otros s/ rec. de casación" (causa n° 15.148, reg. n° 191/14, rta. el 26/2/2014), en sustento de su postura en cuanto a que no tienen lugar en el caso, respecto de sus asistidos, los requisitos exigidos por el tipo penal de asociación ilícita (art. 210 C.P.).

Sin embargo, la defensa no ha aludido -y aún menos demostrado- que las características del caso al que hizo referencia resulten análogos al presente, y por lo tanto, aplicable el *sub lite*.

En efecto, los hechos objeto del pronunciamiento en el caso "Palombo" antes citado, resultan sustancialmente distintos al presente, pues de su lectura, se advierte que, en

esa causa, el acuerdo de voluntades entre los imputados se había limitado a la perpetración de un solo hecho -el cobro de dos cheques falsos-, sin que se hubiera comprobado la finalidad de cometer delitos indeterminados y la "permanencia" del acuerdo de voluntades.

Por el contrario, en el *sub examine*, tal como fue extensamente desarrollado en el presente voto, la permanencia de la organización, así como la finalidad de cometer delitos indeterminados, fueron debidamente comprobados.

En virtud de ello, los agravios de las defensas aquí tratados han de ser rechazados.

b) La obtención fraudulenta de beneficios fiscales

El imputado Hermando Fandiño fue condenado por el *in quo* en orden al delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales tipificado en el art. 4 de la ley 24.769, con el agravante de haber sido cometido por un empleado o funcionario público en ejercicio u ocasión de sus funciones (art. 13 de la misma ley).

Miguel Ángel Hernández también fue condenado por el delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769), el que concursa materialmente con el de asociación ilícita en calidad de jefe.

Sus defensas, se agraviaron -la defensa de Fandiño en oportunidad de la interposición del recurso de casación y la de Hernández durante el término de oficina-, en el caso, del tipo penal de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769), por considerar que se encuentra vulnerado el principio de legalidad.

Consideraron que la conducta de los imputados no encuentra subsunción legal en el art. 4 de la ley 24.769, en el entendimiento que la Resolución General AFIP 17/97 (B.O. 12/9/1997) -que reglamenta un régimen de exclusión total o parcial de la retención, percepción y/o pagos a cuenta del Impuesto al Valor Agregado- no constituye un beneficio fiscal

en los términos de aquel tipo penal.

Señalaron que se incluyen en el tipo penal en estudio las exenciones, desgravaciones, liberaciones y reducciones, de las que surge la supresión o merma del monto tributario debido, mientras que la RG 17/97 sólo otorga la posibilidad de que los agentes de retención que contraten o comercien con el beneficiario del certificado obtenido, no efectúen dicha retención y que entreguen total o parcialmente el monto del impuesto que tendrían que retener.

Así, consideraron que la utilización de la RG 17/97 no otorga beneficio fiscal alguno que determine un peligro concreto de merma a las arcas del Fisco en caso de ser utilizada, visto que el Impuesto al Valor Agregado debe ser integrado en su totalidad en el período fiscal en que se devenga la obligación tributaria.

Indicaron que los beneficios fiscales a que refiere el art. 4 de la Ley Penal Tributaria son aquellos taxativamente previstos en la norma, siendo que las posibilidades que otorga la RG 17/97 no se encuentran abarcadas por ninguno de ellos.

Señalaron que los testimonios recibidos durante el trámite de la causa confirman esta postura, habiéndose apartado de los mismos el *a quo* sin fundamento.

Agregaron que tampoco es un diferimiento de los previstos por el artículo 4 de la ley 24.769, en la consideración que la RG 17/97 no encuentra su génesis en una ley del Congreso de la Nación y, por lo tanto, no puede ser considerado un beneficio fiscal en virtud de lo normado en el art. 75 inc. 18 de la Carta Magna.

Pusieron de manifiesto que el TOPE n°2 no encuadró el supuesto de autos entre uno de los beneficios estipulados taxativamente en el art. 4 de la ley 24.769.

La defensa de Hernández, durante el término de oficina, agregó que no se encuentra probado que haya existido ardid o engaño para conseguir la certificación de la RG 17/97,

así como que el certificado no se obtuvo "para gozar" de un beneficio ya que quienes resultaban beneficiarios eran las empresas que se relacionaban comercialmente con Caliban/Infiniti Group S.A., pero no esta última.

Reseñado cuanto antecede, como primer señalamiento, cabe poner de resalto que los planteos realizados por las defensas resultan una reiteración de aquéllos introducidos en la instancia anterior y que fueron fundadamente rechazados por el *a quo*, sin que las partes presenten argumentos novedosos que conduzcan a modificar el temperamento adoptado.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que la certificación obtenida por Caliban/Infiniti Group S.A. en virtud de lo normado en la Resolución General n° 17/97 de la AFIP generaba que los agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado que "operaban" con la persona jurídica, obteniendo las facturas emitidas por la sociedad, no se vieran compelidos a cumplir con la obligación de retener e ingresar a la hacienda pública las sumas de dinero correspondientes en función del monto facturado en los comprobantes apócrifos. Ello, con una reducción de la tasa de retención que en algunos casos llegó al 100%. A su vez, ante la inexistencia de la retención tampoco se encontraban obligados a declarar ante el sistema informático de la AFIP la operación, manteniéndola oculta del fisco.

En este sentido, el certificado permitió tornar más rentable para ambas partes -Caliban/Infiniti Group S.A. y el adquirente de sus facturas- las operaciones.

Los agentes de retención -sujetos responsables por deuda ajena- al retener el Impuesto al Valor Agregado, adelantan fondos a las arcas fiscales. Así, el certificado de exclusión previsto en la Resolución General 17/97 de la AFIP, evita tal adelantamiento del ingreso del tributo al Fisco, aumentando la rentabilidad del agente de retención, quien no sufre el efecto económico del tributo.

La RG 17/97 le permitió a Caliban/Infiniti Group S.A. liberarse del pago del IVA en la fuente, **difiriéndolo** al final de cada período fiscal mensual en el que se liquida el Impuesto al Valor Agregado.

Cabe recordar que, el bien jurídico protegido por la ley penal tributaria es la hacienda pública en sentido dinámico, la actividad financiera del Estado. El interés patrimonial de la Hacienda se concreta a través de la efectiva, completa, exacta y **puntual** recaudación de los tributos (cf. BORINSKY, Mariano Hernán y otros autores, op. cit., p. 27 -el resaltado corresponde a la presente-).

A partir de lo expuesto, las defensas no han logrado rebatir la conclusión del *a quo* de que el régimen de excepción previsto en la RG 17/97 represente un beneficio fiscal - particularmente un diferimiento- en los términos del art. 4 de la ley 24.769.

Por su parte, no resulta atinada la crítica a la sentencia recurrida en cuanto a que omitió encuadrar el certificado previsto en la RG 17/97 en uno de los supuestos expresamente previstos en el art. 4 de la Ley Penal Tributaria. De una llana lectura del decisorio, se advierte que en su considerando n° 266, el TOPE n° 2 caracterizó el beneficio como un diferimiento.

Tampoco ha de recibir acogida favorable lo argüido por la defensa de Hernández en su presentación durante el término de oficina en cuanto a que no se configura en el caso el delito previsto en el art. 4 de la LPT, pues quienes obtuvieron el certificado no son quienes se beneficiaban del mismo. En tal sentido, la defensa confunde el "beneficio fiscal" como concepto normativo que emana del art. 4 de la ley 24.769 con el aprovechamiento económico de quienes utilizan las facturas emitidas por quien obtuvo el "beneficio fiscal".

Por lo demás, la doctrina mayoritaria considera que el legislador no estableció que el sujeto activo de este delito

deba poseer la calidad de obligado, sino que utilizó la expresión genérica "el que...". De esta manera, queda en evidencia que no se exigen calidades especiales relacionadas con la autoría y, en consecuencia, cualquier persona podría cometer este delito en carácter de autor (CATANIA, op. cit., p. 145; en el mismo sentido ver TORASSA, Marcos, "Beneficios fiscales. Ley Penal Tributaria", en autores varios, Dir. Urresti, Esteban J. y Comes, Fabiana L. "El delito fiscal", Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 499). Así, no resulta exigencia del tipo penal que quien obtiene el beneficio sea el sujeto pasivo de la obligación tributaria, tal como lo sostiene el recurrente.

Tampoco resulta atinada la crítica a la aplicación del tipo penal en estudio en cuanto a que no existió en el caso ardid o engaño alguno visto que los funcionarios de AFIP intervinientes estaban al tanto de la maniobra.

Cabe señalar al respecto que no resulta dirimente que haya un funcionario que, en concreto, hubiera sido engañado, puesto que lo que se tuerce es la voluntad política de la autoridad que instituye el beneficio fiscal y no la del ocasional agente que la acuerda en virtud de aquella voluntad. El destinatario del engaño es el sistema como tal, en el que inclusive podría no intervenir un ser humano (cuando, por ejemplo, se cargan datos por vía informática y se obtiene en línea un certificado para gozar de una exención). Es más, si en el trámite tiene que intervenir un funcionario éste puede resultar engañado o no. Si no lo fue y acuerda el beneficio fiscal a quien no le correspondía, será una hipótesis de participación (BORINSKY, Mariano Hernán y otros autores, op. cit., p. 91/92).

Por último, el agravio defensorista referido a que el *a quo* no ha fundado adecuadamente que el certificado expedido encuentre su génesis en lo previsto en el art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional, ha de ser descartado. Así, el impugnante

no ha siquiera brindado las razones por las que se deba considerar que todo beneficio fiscal deba encontrar su fuente en la "Cláusula del Progreso" de la Carta Magna (art. 75 inc. 18 CN), advirtiéndose así un grave defecto de fundamentación en el recurso en estudio que impide su acogida favorable en este punto.

Por lo expuesto, debe rechazarse los recursos de casación de las defensas de los imputados Hernández y Fandiño, en cuanto a la cuestión aquí examinada, debiendo confirmarse la calificación legal establecida por el *a quo*.

VI. Intervención de los imputados en los hechos

a) La intervención de Miguel Ángel Hernández

1. El TOPE n° 2 condenó a Miguel Ángel Hernández como jefe del delito de asociación ilícita (art. 210 último párrafo C.P.) en concurso real (art. 55 C.P.) con el delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769).

La defensa del imputado, en su recurso de casación, señaló que la condena de su defendido resulta arbitraria por incurrir en una valoración parcializada y fragmentada de la prueba.

En este sentido, adujo que los dichos del testigo Carlos Bo durante el debate fueron cercenados en su parte esencial por el TOPE n° 2, sin que se haya tenido en cuenta sus declaraciones en el "Diario Perfil" en cuanto a que la AFIP está para atrapar "perejiles" y que no hay vocación de "ir contra los grandes evasores".

Asimismo, indicó, en cuanto a la emisión de facturas apócrifas, que en el debate, los imprenteros no pudieron hacer referencia alguna en cuanto a la identificación de Miguel Hernández como vinculado a esa actividad.

Aludió también a que no obra en la causa prueba de cargo en relación a Hernández respecto a la actividad ficticia de Caliban/Infiniti Group S.A. en actividades de molienda,

importaciones y servicios, no habiéndose dilucidado quién fue la persona que adquirió a nombre de Caliban las cartas de porte a través de las que se materializaron las operaciones en cuestión.

Puso de relieve que, respecto de Hernández, se parcializó la prueba de cargo y se le otorgó carácter incriminante a elementos que no poseen contenido ilícito alguno, tal como la suscripción del contrato de locación del inmueble sito en la calle Roque Sáenz Peña 615, la nota dirigida a la administración de la oficina n° 320 y directivas de libramiento de cheques y cobros respecto a cuentas bancarias.

Se refirió a la falta de empleados de Caliban, señaló que el testigo José Luis González testificó que tuvo una relación laboral con la empresa, aunque efímera, no apreciándose asimismo los testimonios de quienes tienen conocimiento personal de Hernández (testigos Lobato y Cancioni).

Aseveró que no es posible concluir, a partir de las escuchas telefónicas realizadas en la causa, que Hernández es quien impartía directivas en el funcionamiento cotidiano de Caliban, así como que existía relación de subordinación entre los integrantes de la organización y Hernández, siendo este último un mero empleado administrativo.

En relación a la obtención del beneficio fiscal de la RG 17/97, adujo que no surge del expediente administrativo que Hernández haya estado de alguna forma involucrado en el mismo.

Reseñado cuanto precede, el planteo de arbitrariedad del decisorio impugnado formulado por la recurrente no ha de recibir acogida favorable, pues del análisis de la sentencia traída a revisión, se advierte que constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional (art. 398 del C.P.P.N.),

descartándose que la sentencia recurrida haya arribado a una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como lo afirmó el impugnante.

A fin de vincular a Miguel Ángel Hernández con los hechos objeto de la presente causa, el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 llevó a cabo una evaluación conjunta, conglobada e integral de los elementos probatorios relevantes producidos e incorporados al debate.

Así, el *a quo* valoró los resultados de las intervenciones telefónicas realizadas en el marco de las presentes actuaciones. De las escuchas al abonado telefónico de la empresa Nextel número 15-5429-5715 utilizado por Miguel Ángel Hernández, surgió que era éste quien daba directivas a Belloni, a Di Biase y a Bruno respecto al funcionamiento cotidiano de Caliban S.A., destacándose las directivas de Hernández a Belloni (ejemplo de ello: llamadas del 4 y 10 de enero de 2006; llamada 12 del cassette n° 3, lado "A"; cassette n° 7, llamada n° 18, lado "A") (ver resumen de transcripción en la resolución recurrida a fs. 43.747 y vta.).

Asimismo, cabe tener en cuenta la documentación y el material informático secuestrado en ocasión del allanamiento practicado en el domicilio sito en la calle Diagonal Norte 615. Del cuadernillo titulado "totales generales saldo deudor a favor de A y J de \$4.193", surgen las comisiones cruzadas por la utilización de facturas apócrifas entre Miguel Hernández, Alejandro Fernández y Julián Cardillo.

El tribunal de mérito también tomó en consideración la declaración indagatoria prestada durante la instrucción - e incorporada por lectura al debate- de Luis Antonio Di Biase - quien fuera absuelto en el juicio oral- en cuanto a que era Hernández quien le pagaba, a través de Belloni, por aparentar ser el presidente de Caliban S.A.; manifestando que Belloni fue el director suplente de Caliban, siendo en verdad que trabajaba

para Miguel Hernández (fs. 43.748). Cabe resaltar, que aquellas manifestaciones no son simples dichos de un consorte de causa, pues fueron corroboradas por el testimonio de los inspectores de la AFIP-DGI Bo, Santos y Lara, vertidos durante el debate, en cuanto manifestaron que investigaron al presidente histórico de Caliban -Luis Di Biase- y resultó ser de condiciones muy humildes. Di Biase manifestó que un conocido suyo -Adolfo Belloni- le propuso presidir Caliban a cambio de unos cincuenta o sesenta pesos que recibía mensualmente en la estación Ciudadela "*sin tener la más remota idea de qué se trataba el asunto*" (fs. 43.748).

Asimismo, Di Biase reconoció haber ido a la AFIP con Miguel Ángel Hernández, notando un trato preferencial por parte de quien los atendía, a fin de realizar más rápidamente los trámites. También mencionó haber concurrido a una escribanía con Hernández (fs. 49.478).

En esta dirección, Freiberg, al prestar declaración indagatoria en la etapa instructoria -incorporada por lectura al debate- se refirió a Hernández como quien manejaba Caliban aun cuando no ocupaba ningún cargo (fs. 43.748vta.).

Se aduna a ello que, tal como pudo ser detectado a través de la identificación del número de DNI, Miguel Hernández era quien cobraba los cheques presentados en las cuentas corrientes bancarias que Caliban tenía abiertas a su nombre, especialmente la del Banco de la Provincia de Córdoba. En relación al manejo de esa cuenta bancaria, Hernández fue quien dio las directivas a Di Biase para librar más de doscientos cincuenta cheques, como él mismo lo admitió al formular su descargo (fs. 43.748vta.).

Asimismo, el a quo valoró que el único empleado que trabajó para Caliban por el término de un mes y medio fue González y según las averiguaciones obtenidas en el sumario administrativo, fue Hernández quien lo contrató (fs. 43.748vta./43.749).

Cabe agregar a lo ya señalado que, tal como lo puso de resalto el tribunal de mérito, el contrato de locación de la oficina n° 320 ubicada en Av. Roque Sáenz Peña 615 3° piso de esta Ciudad -sede de Caliban- fue suscripto entre Massimiliano Bencich S.A. como locador y Miguel Hernández como locatario. Tal extremo fue corroborado por los dichos de la testigo Paz Bencich -representante de la firma locadora- y los recibos de pago de fecha 1/3/2006 extendidos por la firma a favor de Hernández, los cuales fueron secuestrados durante el allanamiento de la oficina en cuestión. Además, la relación entre Hernández y el inmueble sede de Caliban se encuentra corroborada por el hecho de que fue éste quien solicitó autorización para que pudieran ingresar al edificio ciertas personas en horario nocturno y fines de semana (fs. 43.749).

En definitiva, el *a quo* verificó a través de la valoración de los elementos reseñados que Hernández determinó la supuesta sede de la empresa que se utilizó como fachada en la emisión de facturación apócrifa, disponía sobre las cuentas bancarias de la empresa y era reconocido por propios y extraños como quien manejaba la empresa. Así, concluyó que el nombrado era quien disponía sobre la agrupación ilícita como su jefe.

Con respecto a su participación en la obtención del beneficio fiscal previsto en la RG 17/97 de AFIP, se debe indicar que a la jefatura de la organización que asumió Hernández -lo que lo ubica en un rol protagónico respecto a las directivas, organización e iniciativa en las maniobras de Caliban/Infiniti Group S.A.- se debe adunar que en el mes de marzo de 2004, el nombrado participó del trámite del certificado de exclusión de retenciones del IVA ante la Agencia 9 de AFIP. Así, Hernández concurrió con Belloni a la dependencia del organismo recaudador cuando este último ya figuraba como presidente de la persona jurídica a fin de impulsar los trámites, tal como surge de los dichos vertidos por el propio Belloni formulados durante su declaración

indagatoria ante la instrucción e incorporada al debate por lectura (fs. 43.747vta.).

Los elementos mencionados, condujeron al a quo a concluir en forma fundada que *"Miguel Ángel Hernández fue el artífice de la creación y funcionamiento de Caliban/Infiniti Group S.A., que la manejó junto a López, sin aparecer como autoridad ni como socio, utilizando prestanombres, domicilios falsos, y facturas apócrifas. Fue por su iniciativa que se obtuvo el beneficio fiscal previsto en la RG 17, en forma fraudulenta. Todo ello, con el fin de obtener ganancias de origen ilícito, por lo que se concluye que en todo momento tuvo el dominio de los hechos que se le atribuyeran durante el debate, sin que concurrieran causales de justificación o exculpación en el caso (...)* En el caso, la actividad desarrollada por Hernández, según se ha acreditado, ha sido omnipresente en cada uno de los distintos pasos de los respectivos planes delictivos" (fs. 43.749vta.).

La defensa, a través de su recurso, no ha logrado rebatir los contundentes elementos que permitieron al a quo concluir conforme lo indicado. Así, los elementos de prueba reseñados no dejan lugar a dudas en cuanto a la participación de Hernández en la sociedad Caliban/Infinity Group S.A. y el rol protagónico que asumió en las operaciones y maniobras llevadas a cabo en nombre de aquélla.

De lo reseñado, se advierte que no cabe razón a la defensa en cuanto a que el a quo se limitó a realizar una valoración fragmentada de los elementos incorporados al caso que lo condujo a otorgar carácter de prueba de cargo a elementos sin contenido ilícito en su esencia. Por el contrario, el análisis conglobado e integral de la prueba fue justamente lo que permitió al tribunal oral tener por corroborada la estrecha relación existente entre Hernández, Caliban/Infiniti Group S.A., las maniobras realizadas en nombre de la sociedad y el protagonismo del nombrado en las mismas.

Tampoco han de recibir acogida favorable los agravios de la defensa relativos a que la participación de Hernández en hechos concretos de molienda o importación no fue corroborada. Los partícipes de la organización y de las maniobras fueron numerosos, intentándose utilizar testaferros o personas interpuestas a fin de documentar las diversas operaciones, tal como fue el caso de Di Biase. Por ello, en vista del *modus operandi* de la organización, carece de sentido exigir que Hernández haya suscripto personalmente la documentación necesaria para llevar a cabo las operaciones de la asociación; ello justamente desvirtuaría el uso de testaferros por parte de Caliban/Infiniti Group S.A. Aun así, tal como surge de los párrafos precedentes, existen sobrados elementos de prueba que dan cuenta del estrecho vínculo entre Hernández y Caliban/Infiniti Group S.A., así como que el mismo fue uno de los ideólogos y ejecutores de las maniobras juzgadas.

2. Por otro lado, la defensa de Hernández se agravio, asimismo, de que se haya calificado la conducta de su asistido en el último párrafo del art. 210 C.P., ello es, en calidad de jefe.

Al respecto, cabe señalar que el fundamento de la agravante establecida por el legislador para el caso de los jefes y organizadores de la asociación ilícita es que la conducta de quien manda u organiza una sociedad criminal es considerada como significativamente más grave que la de quienes se limitan a integrarla subordinándose a sus designios (ZIFFER, Patricia, op. cit.).

Por jefes debe entenderse aquéllos que mandan, los que tiene autoridad sobre otros miembros de la asociación, sea la totalidad de ellos o una parte. Es jefe quien comanda o dirige una asociación, cualquiera sea el grado de participación en el ejercicio del mando, sin la obligación de rendir cuentas o requerir autorización y pueden ser jefes una o más personas.

En el caso, el *a quo* tuvo por acreditado, a partir

del plexo probatorio obrante en la causa, que Hernández fue el artífice de la creación y funcionamiento de Caliban/Infiniti Group S.A., poseyendo dentro de la organización un peso propio diferente al resto de sus miembros.

Asimismo, se corroboró, a partir de los elementos de prueba incorporados y producidos en el debate, que Hernández daba directivas para el funcionamiento cotidiano de Caliban, pagaba a Di Biase a fin de aparentar ser presidente de Caliban S.A., participó en la obtención de los beneficios fiscales que la organización utilizó para tornar más rentable su operatoria, tenía el manejo de la cuenta corriente del Banco de Córdoba que hacía al manejo financiero de la sociedad ficticia, entre otras actividades desarrolladas a los fines de llevar a cabo los planes delictuosos que aquí se imputan.

Por su parte, la defensa se ha limitado a señalar al respecto que *"Por último, y visto las exigencias del tipo penal, no solo entiendo no se ha podido acreditar con el alcance que la figura impone la real existencia de una asociación ilícita, sino que tampoco se ha podido justiciar el reproche que en términos de jefe u organizador se le endilga a mi asistido Miguel Ángel Hernández. Si la jefatura supone el cumplimiento de "funciones superiores" y "capitales" dentro del organigrama de la estructura asociativa, baste efectuar un somero análisis a los legajos de escuchas telefónicas practicadas, como a los anexos II y IV, elaborados por la División Jurídico Contable de la Policía Federal para advertir que el rol asignado por los miembros del Exmo. Tribunal a mi ahijado procesal, no condice ni con los caracteres típicos que fija la norma regulatoria, ni con la probanza colectada en autos"* (sic) (fs. 43.967).

En el caso, el recurrente no logra demostrar la arbitrariedad que alega, siendo que sus manifestaciones sólo dan cuenta de una mera discrepancia en la evaluación de los elementos probatorios acuñados al juicio. El planteo se erige

como una mera afirmación dogmática carente de argumentación, no encontrando fundamento en el derecho vigente ni en las constancias de la causa.

Así, más allá de realizar una referencia genérica a los anexos II y IV de los legajos de escuchas telefónicas, el recurrente no ha señalado, en concreto, las probanzas que sustentan su postura y que permitan demostrar el yerro del tribunal a quo.

Por el contrario, los elementos tenidos en cuenta por el tribunal, verifican en el caso de Hernández la asunción de un rol distintivo respecto de los demás imputados, comandando y dirigiendo la organización.

Por lo expuesto, el presente agravio de la defensa no habrá de prosperar.

b) La intervención de Adrián Félix López

1. El TOPE n° 2 condenó a Adrián Félix López como jefe del delito de asociación ilícita (art. 210 último párrafo C.P.).

La defensa, en su recurso de casación de fs. 44.093/44.105, alegó que la valoración de la prueba efectuada por el a quo respecto del hecho endilgado a su defendido resultó arbitraria, aduciendo que no existen elementos de prueba que vinculen a López con los hechos juzgados y que la condena se basa en meras conjeturas.

Refirió que la sentencia impugnada se basa, esencialmente, en escuchas telefónicas que sólo dan cuenta de que López llevaba a cabo negocios propios utilizando una sociedad comercial que ya se encontraba constituida, agregando que su defendido simplemente aprovechaba la estructura comercial que brindaba Hernández, sin que ello configure delito alguno.

Agregó que el objetivo de López era tener una sociedad comercial que poseyera el beneficio de la RG 17/97 y que como no logró que le vendan Caliban, optó por aprovechar la

estructura societaria de esa empresa para realizar sus propios negocios sin intervenir en los de Hernández.

Indicó que no se encuentra probado el dolo por parte de López y que el mismo no tenía *affectio societatis*, añadiendo que Caliban fue creada y organizada por Hernández, por lo que su defendido no pudo haber organizado algo que ya existía.

Sin embargo, el *a quo*, tuvo por corroborado que a partir del cambio de denominación de la firma de Caliban S.A. a Infiniti Group S.A. en el mes de marzo de 2005, la jefatura que hasta ese momento detentaba sólo Hernández, pasó a ser compartida por Adrián Félix López.

Para así concluir, el TOPE n° 2 valoró diversos elementos de prueba que dan cuenta de ello.

En este sentido, debe atenderse -tal como lo resaltó el *a quo*- que conforme el acta de asamblea extraordinaria del día 31 de marzo de 2005, Caliban S.A. modificó la composición de su Directorio, asumiendo Alejandro Bruno la presidencia en reemplazo de Di Biase y Belloni. Asimismo, se modificó la razón social de la persona jurídica a Infiniti Group S.A., confiriéndose poder general de administración y disposición a favor de Adrián Félix López según surge de las constancias agregadas a fs. 172/180. A partir de ello, el TOPE n° 2 constató que, tal como Hernández utilizó a Di Biase y a Belloni como prestanombres, López procedió de igual forma respecto a Bruno (fs. 43.749vta.).

El sentenciante también tomó en consideración que de los dichos vertidos por la testigo Norma Rigotti durante el debate y de las constancias de fs. 256/257 y 260 del Cuerpo Principal III y fs. 629/631 del Cuerpo Principal IV, surgió, respecto al domicilio de la calle San Martín 881 2° piso, oficina "D" de esta Ciudad (el cual figuraba en facturas y remitos impresos por la testigo a nombre de Infiniti Group S.A.), que fue López quien se presentó ante la administración del edificio -entre mayo y julio de 2005- manifestando su

interés de alquilar el inmueble. Dicho alquiler no se concretó, sin perjuicio de lo cual se utilizó ese domicilio para la confección de facturas, evitando que la sociedad sea detectada en aquel domicilio ante cualquier eventualidad (fs. 43.750).

El tribunal de juicio corroboró también que entre López y Hernández existía una relación fluida. Así, de las constancias obrantes a fs. 1222/1261 surgen las llamadas de radio cursadas desde y hacia los abonados 1152264134, 1154295715 y 1152480444 de la empresa Nextel, registrándose en el período comprendido entre el 15/12/2005 y 14/02/2006 ochenta y cuatro (84) llamadas de López a Hernández y noventa y tres (93) llamadas efectuadas por Hernández a López (fs. 43.750).

Asimismo, resulta de interés los resultados arrojados por las intervenciones telefónicas ordenadas en el marco de la presente causa. De las escuchas efectuadas al abonado telefónico utilizado por López (52264134), se advierte -tal como lo indicó el a quo- que el mismo asumió la posición de jefe, tomando decisiones y dando directivas. López mantenía conversaciones con personal del Banco Supervielle respecto de cheques a negociar, en referencia a la cuenta corriente abierta a nombre de Bruno. Dichas conversaciones versaban sobre las condiciones para transmitir un cheque no a la orden, el monto que se depositó por los cheques de la empresa Skanska, comunicando su número de CBU, solicitando el saldo de la cuenta y advirtiéndole sobre el retiro de fondos (cassette 6, lado A, llamada 15; cassette 19, lado B; cassette 31, lado A, llamadas 10 y 11). A ello, cabe adunar que al momento de allanarse el domicilio de López, se encontró una chequera del Banco Supervielle con 34 cheques de pago diferido firmados en blanco por el presidente de Infiniti Group S.A., y los extractos de esa cuenta corriente. A partir de ello, el a quo tuvo por cierto -fundadamente- que López tenía el manejo de la cuenta corriente de la empresa (fs. 43.750vta.).

Además, las intervenciones telefónicas también

permitieron corroborar que López ofrecía y vendía las facturas de Infiniti Group S.A. por servicios que, en realidad, no eran prestados. Al respecto, resulta ilustrativa la conversación registrada del abonado de López -52264134- (cassette 37, lado B, llamada 3) en la que se escucha el siguiente diálogo: "PIPI dice: qué me puedes facturar, a lo que López contesta: Lo que quieras ... consultaría o algo después vemos, consultaría por el proyecto de Caleta que lo hemos presentado al banco, está bien, estudio de mercado y qué sé yo..." (fs. 43.750vta.).

A aquel cuadro probatorio se agrega que en el domicilio particular de López sito en Marinas Golf Torre 3, "*... se secuestraron libros sociales de Caliban/Infiniti Group S.A., talonarios de recibos y remitos sin utilizar, facturas, documentación vinculadas a las operaciones de importación tramitadas a nombre de la firma Infiniti Group S.A., folleto de Caliban S.A. como empresa de servicios con un alto grado de especialización, documentación relacionada con la empresa Skanska que comprendía órdenes de compra, facturas, recibos y una hoja manuscrita donde se detallaba la factura de Infiniti n° 1861 y el cheque de \$74.625, descontándose de dicha suma*" ciertos conceptos (fs. 43.750vta.).

Así, el tribunal de mérito, basándose en los vastos elementos de prueba indicados, consideró acreditado que López manejó junto a Hernández la persona jurídica creada por este último a partir del cambio de denominación -de Caliban S.A. a Infiniti Group S.A.-, utilizando prestanombres, domicilios falsos y facturas apócrifas, todo ello a sabiendas y con el fin de obtener ganancias de origen ilícito; y, por ende, concluyó en la participación de López en la organización, en carácter de jefe.

De cuanto antecede, se concluye que el recurrente no ha logrado rebatir el análisis efectuado por el *a quo*, el que resulta una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias comprobadas de la causa.

Los elementos reseñados no permiten adoptar la tesis sugerida por el impugnante en cuanto a que López actuó sin dolo, aprovechando la estructura empresarial para llevar a cabo sus propios negocios.

Por el contrario, se advierte más allá de cualquier duda razonable, que López actuó en todo momento con conocimiento y voluntad respecto de las operaciones llevadas a cabo por Caliban/Infiniti Group S.A. El estrecho vínculo con Hernández, su manejo de la cuenta corriente de la sociedad, sus gestiones en nombre de la empresa, la documentación relativa al funcionamiento empresarial y los negocios efectuados en nombre de la sociedad -tal cual surge de las escuchas efectuadas-, dan cuenta del protagonismo que López asumió en la organización.

Tampoco puede tener acogida favorable el argumento defensivo relativo a que la conclusión del *a quo* encuentra sustento únicamente en intervenciones telefónicas, pues como quedó claramente establecido en la reseña efectuada, los elementos de prueba aportados al proceso y valorados por el tribunal oral fueron variados y múltiples.

Por lo expuesto, los agravios del recurrente han de ser rechazados en lo que al punto aquí tratado respecta.

2. La defensa de López se agravió, asimismo, de que se haya calificado la conducta de su asistido en el último párrafo del art. 210 C.P., ello es, en calidad de jefe.

El tribunal tuvo por acreditado a partir del plexo probatorio analizado en el punto anterior que López asumió una posición de mando en las distintas actividades de la asociación que le otorga una categoría distinta al resto de sus miembros.

La defensa atacó los fundamentos del tribunal oral alegando que el plexo probatorio de autos sólo da cuenta de que su defendido utilizó la estructura montada por Hernández para su propio provecho con independencia de los negocios de este último.

De cuanto antecede, se advierte que los argumentos de

la defensa son análogos a aquéllos que introdujo respecto a la ausencia de vinculación entre el imputado y los hechos endilgados, los cuales ya fueron tratados y rechazados en el presente voto.

No logrando rebatir los fundados argumentos utilizados por el TOPE n° 2, el recurso de la defensa debe ser rechazado en lo relativo a la cuestión aquí examinada.

c) La intervención de Alejandro Roberto Fernández

El tribunal juzgador condenó a Alejandro Roberto Fernández como miembro del delito de asociación ilícita (art. 210 primer párrafo C.P.).

La defensa, en su recurso de casación de fs. 43.974/44.092vta. alegó que, a fin de condenar a su asistido, el a quo valoró arbitrariamente la prueba, incurriendo en una valoración fragmentada de la misma, agregando que no hay elementos que acrediten un aporte cierto de Fernández en los hechos.

Cuestionó el valor probatorio de los correos electrónicos, considerando que los mismos son documentos privados y, por lo tanto, para tener valor, deben ser reconocidos o que su autenticidad se acredite por otros medios.

A partir de ello, el recurrente alegó que esos elementos no pueden pasar de ser indicios, agregando que lo actuado vulneró el derecho a la intimidad de los titulares y receptores de los mensajes emitidos vía correo electrónico, y que no existe certificación que avale el contenido extraído de la computadora secuestrada, que el imputado no pudo controlar la prueba y que no se certificó ni autenticó el contenido de los correos electrónicos.

Asimismo, señaló que el hecho de haber sido autorizado a ingresar a una oficina (Diagonal Norte 615, piso 3°, of. 320) no implica *per se* ninguna maniobra típica, dado que se advierte como una medida de seguridad impuesta por la propia administración del edificio en cuestión.

Agregó que la única conducta llevada a cabo por su defendido fue la de intentar un crecimiento profesional brindando asesoramiento impositivo, lo cual no configura ningún ilícito y que Fernández sólo intentó reducir gastos compartiendo la oficina con otros profesionales, corroborándose ello con el hecho de que su defendido fue desconocido por los consortes de causa Bruno, Belloni, López y Doldán.

Negó la pertenencia de Fernández a Caliban/Infiniti Group S.A., señalando que no obran en el expediente elementos que indiquen lo contrario.

Descartó como concluyente el hecho de que su asistido se haya desempeñado laboralmente en la Agencia n° 9 de la AFIP entre los años 1991 y 1999.

Afirmó que no puede afirmarse que Fernández haya actuado con dolo puesto que no hay elementos que indiquen que el mismo tenía conocimiento, de cualquier tipo, de que integraba una asociación, junto con otras personas, cuyo objetivo común a todos sus miembros fuera el de facilitar la evasión tributaria de distintos contribuyentes.

Reseñado cuanto antecede, se advierte que la crítica de la defensa al fallo impugnado parte de un análisis parcializado y fragmentado de la prueba, pues escinde ciertos elementos aportados a la causa y corroborados por el sentenciante para señalar que, individualmente, cada uno de ellos no constituye una conducta ilícita. Ese es el caso de ofrecer servicios de asesoría impositiva, ser autorizado a concurrir a un inmueble en el que operaba Caliban/Infiniti Group S.A. y compartir una oficina para reducir gastos.

Sin embargo, en la tarea de valorar el plexo probatorio conforme las reglas de la sana crítica, el juzgador debe realizar una valoración integral y conglobada de los elementos arrojados al proceso.

En el caso, el cúmulo de elementos arrojados a la causa, valoradas en aquella forma, permite tener por acreditada

la participación de Fernández como miembro de la organización liderada por Hernández y López, quedando corroborado que, tal como lo estableció el *a quo*, Fernández tuvo el total y absoluto conocimiento de que con su conducta contribuía a los fines de la organización, aportando clientes con quienes se comercializaban las facturas apócrifas emitidas por Caliban/Infiniti Group S.A., facilitando su conocimiento en materia tributaria a partir de su profesión de contador público y su condición de funcionario de la AFIP-DGI, con el fin de obtener ganancias de origen ilícito (fs. 43.752vta.).

En efecto, Fernández utilizaba la oficina sita en la calle Roque Sáenz Peña 615, oficina n° 320 de esta Ciudad, donde funcionaba Caliban/Infiniti Group S.A. Ello fue corroborado por el correo electrónico enviado el 12/8/2005 desde la casilla perteneciente a Julián Cardillo (pymesxxi@hotmail.com), en el cual éste le informó a un tercero que había alquilado junto a Fernández y Carelli una oficina en dicho inmueble. También de los modelos de tarjetas comerciales secuestradas en el marco de la causa surge aquella oficina como sede de "Proyectos Pymes XXI estudio contable - impositivo - consultores". Además, por medio del correo electrónico enviado desde la dirección "casillapymesxxi@hotmail.com", Julián Cardillo informó que junto con Alejandro Fernández operan en esa oficina (fs. 78 y 5173 de los legajos de impresión de archivos informáticos citados en fs. 43.751 de la resolución bajo examen).

En la valoración de aquellos elementos, aparece como dato relevante, y así lo valoró el sentenciante, que Fernández trabajó en la sección trámites de la Agencia n° 9 de la AFIP-DGI desde el año 1991 hasta 1999 -a partir de ese año se desempeñó en otra agencia-, donde en 1995 conoció a Fandiño. Esa Agencia es precisamente aquélla en la cual Caliban/Infiniti Group S.A. tramitó la obtención del certificado de exclusión de los regímenes de retención del IVA previsto en la RG 17/97,

habiendo modificado, a tal fin, su domicilio al radio de aquella dependencia.

En esta dirección, cabe poner de resalto que al mismo tiempo en que Fernández intervenía en el funcionamiento de Caliban/Infiniti Group S.A., también se desempeñaba como funcionario de la AFIP-DGI. Tal extremo se encuentra acreditado por el informe obrante a fs. 30.938/30.941 aportado por el organismo recaudador, en el que se consigna la actividad y función que cumplía Alejandro Roberto Fernández, el horario en que se desempeñaba y la ausencia de registros relacionados a salidas fuera del horario de trabajo.

A ello cabe adunar que conforme surge de los datos de las planillas de fs. 2807 y 10205/10231, y del informe de Telefónica de fs. 10556/10558, desde el domicilio de Avda. Roque Sáenz Peña 615, 3° piso, of. 320 se presentaron via internet, a través de la casilla de correo electrónico "pymes21@speedy.com" (dirección de correo electrónico perteneciente a "PymesXXI") numerosas declaraciones juradas - las cuales se encuentran detalladas a fs. 43.751vta/43.752 de la resolución recurrida- ante la AFIP pertenecientes a Caliban/Infiniti Group S.A., bajo la clave del contribuyente 20127020184 correspondiente a Di Biase. A partir de ello, el *quo* concluyó fundadamente que Fernández conocía en forma acabada la actividad desarrollada por la persona jurídica, siendo que no sólo compartían la misma oficina, sino que además presentaba, junto a Cardillo, las declaraciones juradas de Caliban ante el organismo recaudador.

Cabe aclarar que "Pymes XXI" resultó ser un emprendimiento en el cual Fernández participó. El tribunal corroboró que en los modelos de tarjeta comercial que obran a fs. 5173 de los legajos de impresión de archivos informáticos, se consignaba "Proyectos Pymes XXI estudio contable - impositivo-consultores", la dirección de la oficina de Roque Sáenz Peña 615, 3° piso oficina 320 y el nombre "Alejandro

Fernández" a cargo de la División Impuestos (fs. 43.751vta.). En efecto, la participación de Fernández en "Proyecto XXI" es reconocida por la defensa, que en su recurso de casación señaló que *"... fue el propio Hernández, quien en el marco de compartir las instalaciones de dicha oficina autorizó a mi pupilo, entre otros, al ingreso a la misma, toda vez que era él quien figuraba como locatario de aquella, por lo que conforme las medidas de seguridad internas del edificio, resultaba un requisito indispensable para que Fernández pudiera hacer uso de las instalaciones conforme el acuerdo arribado entre los integrantes de la consultora PROYECTO XXI (Cardillo-Fernández) y el Sr. Hernández" (el resaltado me pertenece) (fs. 44.076 y vta.).*

De las intervenciones telefónicas realizadas, el tribunal de la anterior instancia corroboró también que Fernández se dedicaba a obtener certificados ante AFIP-DGI -tal como el certificado regulado por la RG 17/97- como así también a dar domicilios ficticios a distintas empresas justamente para permanecer en el radio de la Agencia n° 9 del organismo recaudador (intervención de la línea 4328-8526, registrada como llamada 11 del cassette 3 lado "A" del 24/2/2006, citada por el a quo a fs. 43.752).

Asimismo, de la grabación mencionada, se constató que Fernández conocía y utilizaba en su provecho la operatoria relativa a la venta de facturas apócrifas, cobrando 200 pesos por mes para darle domicilio a una empresa, 800 pesos para certificar el formulario n° 460 y el domicilio para los respectivos trámites ante la AFIP, mencionando asimismo el nombrado que la operatoria de venta de facturas se realizaba por un 5% del precio consignado en el documento comercial. Tal extremo se vio confirmado también a partir de los correos electrónicos obtenidos de la computadora secuestrada en el allanamiento de la sede de Caliban/Infiniti Group S.A. sito en Roque Sáenz Peña 615, oficina 320. En varios de los correos,

Julián Cardillo reporta las operaciones efectuadas con los clientes, surgiendo la oferta de facturas a una persona de nombre Marcelo al 7,5%, obteniendo así un beneficio que se divide "para ellos" (fs. 68/69 del cuerpo 1, caja 1 "Impresiones correspondientes al CD" citado por el a quo a fs. 43.752).

En relación a las críticas que la defensa efectúa a los correos electrónicos como elementos probatorios, las mismas carecen de virtualidad.

Al respecto, el agravio defensorista relativo a que la obtención de los correos electrónicos y su inclusión en la causa como elementos probatorios viola el derecho a la privacidad, resulta infundado.

El art. 18 de la Carta Magna establece que "*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*" (el resaltado me pertenece). Así, la privacidad no se erige como un derecho absoluto, sino que la ley debe especificar en qué casos, el Estado puede realizar injerencias en el ámbito de privacidad de las personas".

"*Tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma...*" (C.S.J.N.,

"Quaranta, José Carlos s/ inf. Ley 23.737 -cayusa n° 763-", Q.124.XLI, rta. el 31/8/2010).

En esa inteligencia, por otra parte, el art. 236 del Código Procesal Penal Nacional, viene a regular las condiciones bajo las cuales el Estado se encuentra habilitado a efectuar injerencias en la privacidad de las personas, requiriendo una resolución judicial fundada.

Tal resolución judicial fundada exigida por la ley se encuentra constituida, en el *sub examine*, por el auto de fs. 1379/1390vta., mediante el cual se resolvió disponer el allanamiento -entre otras fincas- del inmueble sito en Roque Sáenz Peña 615, piso 3°, oficina n° 320 de esta ciudad, así como el secuestro de todo elemento y documentación relacionados con Caliban S.A./Infiniti Group S.A., incluyéndose ordenadores personales y soportes informáticos, en cuyo caso se dispuso que se proceda al copiado de la información a través del personal técnico necesario.

En el caso, la defensa se limitó a afirmar dogmáticamente que la obtención de los correos electrónicos y su utilización como medio probatorio afecta el derecho a la privacidad, sin siquiera alegar defectos en la resolución que ordenó la medida. Tampoco impugnó en forma alguna el acta de allanamiento y secuestro de fs. 1786/1802, en la que consta la ejecución de la medida dictada por el juez instructor.

Así, el planteo de la defensa relativo a la vulneración del derecho a la privacidad no ha de recibir acogida favorable.

El mismo temperamento he de adoptar respecto a las demás críticas que la parte efectúa respecto de la prueba de correos electrónicos.

Se advierte que la impugnante no ha alegado la vulneración de ningún precepto legal o constitucional relativo a la forma en que se obtuvieron los correos electrónicos, sino que se limitó a expresar su opinión personal en relación a la

forma en que estima que dichos elementos debieran ser obtenidos, almacenados y manipulados -por ejemplo, la confección de un acta notarial que certifica el contenido de los mismos-.

Ahora bien, más allá de la postura personal del recurrente, la crítica no se dirige a demostrar defecto legal alguno en el procedimiento de obtención y resguardo de la prueba. Por lo demás, cabe señalar que en el auto por medio del cual el juez de la instrucción ordenó el allanamiento y secuestro referido (fs. 1379/1390vta.), se especificó que "*[l]os elementos que resulten objeto de secuestro deberán ser inventariados, resguardados debidamente y remitidos en depósito a la Administración Federal de Ingresos Públicos, en el lugar concreto que la Dra. Fabiana Luján COMES -o la persona autorizada por ella- designe para tales fines. Previo al franjado de las cajas deberá informarse al tribunal verbalmente respecto de lo secuestrado, oportunidad en la que se indicará si algún elemento debe ser remitido directamente a esta sede*" (fs. 1385).

No se advierte -ni el impugnante alega- incumplimiento alguno de tales directivas, así como tampoco especifica el recurrente razón alguna por la que las instrucciones emitidas por el magistrado actuante resulten inadecuadas o violatorias de norma legal o constitucional alguna. En esta dirección, la defensa no ha impugnado ni señalado defectos en el acta de desintervención del material secuestrado en el domicilio en cuestión, obrante a fs. 4610/4619.

Cabe descartar, también, el argumento del recurrente en cuanto a que los correos electrónicos son documentos privados que requieren de reconocimiento o acreditación de autenticidad para que tengan valor probatorio.

En primer lugar, como fue indicado precedentemente, los elementos probatorios referidos fueron obtenidos conforme

lo especifica la ley.

En segundo lugar, el impugnante confunde el valor probatorio del documento privado en el derecho civil, con aquél que posee en el proceso penal. El Código Civil de la Nación, en sus artículos 1012 a 1036 prevé los requisitos que los documentos privados deben cumplir a fin de ser efectivos para probar relaciones jurídicas entre personas en el ámbito del derecho privado. Sin embargo, dichas reglas no devienen de aplicación en el proceso penal, en el cual, a los efectos probatorios rige el principio del art. 206 C.P.P.N. en cuanto a que *"No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas"*, debiendo ponderarse el plexo probatorio conforme a las reglas de la sana crítica (art. 398 del código de rito).

Por último, en relación a la imposibilidad por parte de la defensa de controlar la prueba constituida por los correos electrónicos, se advierte que este planteo es una reedición del ya efectuado ante el *a quo*, sin que la parte introduzca agravios novedosos que permitan adoptar un temperamento distinto. En ese sentido, tal como lo indicó el tribunal de mérito, a partir de la revelación de los respectivos correos electrónicos, el imputado tuvo suficiente oportunidad de control sobre la prueba, tanto durante la instrucción, como durante la etapa de debate oral y público. Por lo demás, el impugnante no ha especificado, concretamente, las razones por las que pudiera haberse visto privado de la posibilidad de controlar la prueba -siendo que la misma se encuentra agregada al expediente- ni señaló las defensas que podría haber opuesto en caso de proceder a su efectivo control.

Por todo lo expuesto, los agravios del recurrente, en cuanto a los puntos aquí tratados, han de ser rechazados, resultando el decisorio impugnado suficientemente fundado en cuanto condenó a Alejandro Roberto Fernández como miembro del

delito de asociación ilícita (art. 210 primer párrafo C.P.).

d) La intervención de Hermando Fandiño

El tribunal oral condenó a Hermando Fandiño por encontrarlo penalmente responsable del delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769) agravado por su condición de funcionario público (art. 13 de la ley 24.769), en calidad de partícipe necesario.

Para así resolver, el *a quo* tuvo por comprobado que Fandiño, en su calidad de funcionario de la Agencia n° 9 de la AFIP-DGI, tuvo una vital participación en la concesión del beneficio fiscal previsto en la RG 17/97 que obtuvo fraudulentamente la sociedad Caliban/Infiniti Group S.A.

La defensa se limitó a afirmar dogmáticamente que la sentencia recurrida realizó un examen arbitrario de la prueba muñida en autos en lo que respecta a la responsabilidad de Fandiño en los hechos imputados, sin señalar mínimamente aquellos elementos de prueba que consideró erróneamente valorados u omitidos.

Así, la defensa no enderezó su recurso de casación de fs. 43.782/43.795 a demostrar arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* sino que se limitó a alegarla, lo cual se traduce en un defecto de fundamentación que impide el favorable acogimiento del recurso en lo que respecta a la cuestión aquí examinada.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, a fin de tener por corroborada la participación de Fandiño en los hechos juzgados, el sentenciante tomó en consideración sus dichos en ocasión de prestar declaración indagatoria durante la instrucción -incorporada por lectura al debate- en cuanto a que reconoció su intervención en el legajo de solicitud del certificado contemplado en la RG 17/97, así como en el trámite de la CVDI -Certificado de Validación de Datos de Importadores establecido en la Res. Gral. AFIP 591/99- por parte del contribuyente Caliban S.A.

En esos trámites se detectaron notorias irregularidades respecto de las cuales Fandiño estaba al tanto.

Así, el tribunal tomó en consideración el vínculo existente entre Fandiño, Caliban/Infiniti Group S.A. y los miembros de la organización, a partir de las escuchas telefónicas del abonado 5226-4134 (llamada 8, Cassette 9, lado "A"), de los elementos secuestrados en la oficina sita en la calle Roque Sáenz Peña 615, of. 320 y de los elementos secuestrados del maletín de Fandiño.

De la lectura de la sentencia, se advierte que el análisis de la prueba efectuada por el *a quo* a fin de vincular a Fandiño con la obtención fraudulenta del certificado regulado por la RG 17/97 por parte de la organización, constituye una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 297:100), habiendo efectuado el tribunal oral una valoración integral y conglobada del plexo probatorio, sin que el recurrente haya logrado rebatirlo.

e) La intervención de Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero

El tribunal oral resolvió absolver de culpa y cargo a Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero en orden a los hechos por los cuales mediara requerimiento de elevación a juicio a su respecto (puntos dispositivos 9 y 10 de la resolución aquí en estudio).

Si bien el Ministerio Público Fiscal, al momento del alegato, solicitó la absolución de ambos imputados, la parte querellante propugnó su condena a la pena de seis años de prisión por considerarlos partícipes necesarios del delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 ley 24.769) con las agravantes previstas en los arts. 13 y 15 inc. "b" de la misma ley.

La parte querellante les imputó a Doldán y Agüero haber participado -junto a Fandiño-, en la tramitación

fraudulenta de los beneficios fiscales que obtuvo Caliban/Infiniti Group S.A. en la Agencia n° 9 de la AFIP.

En relación a Doldán, cabe indicar que el mismo se desempeñaba al momento de los hechos como Jefe de la Agencia n° 9 de la AFIP, habiendo firmado el expediente de Caliban S.A. en relación a la concesión del beneficio de la RG 17/97 y del CVDI. En efecto, del legajo del trámite del certificado previsto en la RG 17/97 se advierte las firmas de Fandiño y de Doldán en el informe dirigido "A JEFATURA", que refiere a los requisitos satisfechos por la empresa, a las verificaciones efectuadas por el organismo recaudador y que concluye que corresponde el otorgamiento del beneficio solicitado con un porcentaje de exclusión de retención por el 100% (cfr. fs. 53/55 del legajo del trámite del certificado previsto en la RG 17/97).

Doldán sostuvo en su descargo que debido a la dinámica y modalidad de trabajo de la Agencia, la relación con sus empleados se basaba en la confianza ya que había delegación del trabajo por resultar dificultoso el control del mismo (fs. 43.754vta.).

El tribunal corroboró que Doldán participó en el expediente relativo a la expedición del certificado previsto en la RG 17/97 en la última instancia del trámite ordinario. También verificó que la persona que realizó y llevó adelante el expediente de Caliban era Fandiño, quien también se desempeñaba en la Agencia n° 9.

Señaló asimismo que, conforme lo declarado durante el debate por los testigos Susana Otero y Miguel Hitce, Doldán recibió el expediente ya tramitado y fue la última autoridad que diera el visto bueno al mismo; ello teniendo en cuenta que provenía con los controles correspondientes a una estructura de trabajo en la cual la delegación era el principio rector de la Agencia (fs. 43.754vta.).

A partir de ello, el sentenciante consideró que no

obran en la causa elementos que corroboren que Doldán conocía que el otorgamiento de la RG 17/97 a Caliban había sido obtenido en forma fraudulenta, efectuando una consideración de igual naturaleza respecto a la tramitación de la CVDI, en cuyo trámite Doldán sólo intervino en el informe final no siendo factible responsabilizarlo de la debida constatación de domicilio que fue realizada en forma personal por un empleado de la Agencia.

El tribunal juzgador agregó que sin perjuicio del posible reproche por irregularidades administrativas, no existe prueba concluyente y certera que determine que Doldán tenía conocimiento de que se estaba otorgando un certificado fraudulento.

Así, el tribunal oral consideró que resulta de aplicación al caso el "principio de confianza", el cual delimita el deber de cuidado del agente ante la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás integrantes del circuito burocrático. Añadió que la división vertical de la Agencia, si bien imponía al imputado Doldán deberes de dirección y supervisión, sobre la conducta de sus subordinados, autoriza en el caso a estimar verosímil sus dichos en orden a la corrección del procedimiento llevado a cabo en la tramitación de los certificados mencionados (fs. 43.755).

En lo atinente a Agüero, se corroboró que éste se desempeñaba al momento de los hechos como Jefe de la Sección Trámites de la Agencia nº 9 de la AFIP, y que dentro de sus tareas se encontraba la de asignar un nuevo trámite ingresado por el contribuyente a empleados que estaban a su cargo.

El *a quo* sostuvo que los empleados de la sección, luego de examinar la documentación correspondiente a los requisitos de la RG 17/97 -tal como también ocurría con el trámite de la CVDI- confeccionaban un informe que era elevado a Agüero, quien lo recibía, lo leía y luego lo cargaba en el sistema para posteriormente archivarlo (fs. 43.755vta.).

Agüero manifestó que al momento de otorgarse el beneficio se encontraba de licencia -según constancia de fs. 43.113/43.114- y que había brindado su clave personal a fin de no entorpecer el funcionamiento de la Agencia.

Asimismo, el tribunal oral valoró que Agüero participó en el desarrollo del expediente de la empresa Caliban/Infiniti Group S.A. y que en su declaración indagatoria sostuvo que existían errores cometidos en el trámite del expediente y que, por tanto, no firmó el informe final (fs. 43.755vta.).

Además, el a quo señaló que se desprende de los testimonios de Diego Ruiz y Patricia Cebrián -empleados de la AFIP- que era una conducta habitual dejar la clave a otro de los empleados a fin de poder continuar el trabajo (fs. 43.755vta.).

A partir de ello, el sentenciante concluyó que no se produjo prueba certera que corrobore que Agüero conocía el ardid en la extensión del certificado.

Por ello, en base al principio del beneficio de la duda (art. 3 C.P.P.N.), el juzgador sostuvo que no existe certeza respecto a que Agüero hubiera participado de modo alguno en el hecho por el cual fuera requerido a juicio.

Por su parte, la querrela, en su recurso de casación de fs. 43.801/43.828vta., se agravió de que la sentencia resulta arbitraria en este punto y que la responsabilidad de Doldán y Agüero en la comisión del delito juzgado surge en forma inequívoca.

La querrela puso de resalto que se tuvo por acreditado que Doldán intervino en la tramitación de los certificados de mención y que en su calidad de Jefe de la Agencia n° 9 de la AFIP no podía desconocer la reglamentación que regulaba el otorgamiento del certificado previsto por la RG 17/97 y, por ende, las irregularidades que rodeaban su otorgamiento.

Agregó que las irregularidades del trámite fueron numerosas y ostensibles, como ser la aceptación del trámite a pesar de su extemporaneidad y que las verificaciones de domicilio habían arrojado resultado negativo por inexistencia del domicilio declarado por la firma.

Asimismo, recordó que el plazo de presentación de la solicitud por parte de Caliban, revestía meridianamente importancia, pues el mismo resultaba determinante para fijar la base sobre la cual se tomaban las proyecciones y para resolver si la empresa podía pedir el certificado por esa vía.

El recurrente aseveró que el TOPE n° 2 omitió valorar las escuchas telefónicas, en cuanto a que los miembros de la organización entendían que no surgirían inconvenientes en la Agencia n° 9 a fin de obtener los certificados, indicando que dicho elemento fue tomado en consideración a la hora de analizar la situación de Fandiño, pero no la de Doldán y Agüero.

Manifestó que el *a quo* no tuvo en cuenta el testimonio de la contadora Méndez, quien se desempeñó como Directora Regional del organismo recaudador, afirmando al momento de prestar testimonio que por las características de la Agencia n° 9 y por la complejidad de los contribuyentes que tenía en su radio, se elegían Jefes de Agencia con características excepcionales, agregando que el resto de los testigos aseveró que Doldán era aplicado al trabajo, dinámico y que tenía los conocimientos necesarios para el puesto que desempeñaba. Por ello, el impugnante entendió que Doldán no podía desconocer los pormenores de la maniobra.

Agregó que no resulta de aplicación al caso el principio de confianza, visto que el mismo se asocia, por lo general, a delitos culposos y no dolosos, perteneciendo el caso de autos a la última categoría. Al respecto, añadió que en el caso de marras, en el que había una división vertical de tareas, existía un especial deber de cuidado sobre la conducta

de terceros.

La querrela, en relación a la intervención de Agüero, indicó que el hecho de que el imputado se encontrara en uso de licencia al momento de expedirse el certificado no excluye su participación en los hechos ya que el nombrado actuó en el trámite del expediente con anterioridad al dictado del acto administrativo que otorgó el beneficio, siendo él, de hecho, quien asignó el caso y supervisó a Fandiño.

Añadió a ello que la validación informática del trámite fue realizada utilizando la clave personal del propio imputado, siendo que nada obstaba para que el trámite sea cargado con la clave del jefe de agencia o del agente que operaba como reemplazo de la sección. Ello -a criterio del recurrente- demuestra el conocimiento que tenían los partícipes respecto a la maniobra fraudulenta.

El impugnante aseveró también que el *a quo* omitió valorar el reparto funcional de tareas que se realizaba habitualmente en la Agencia n° 9, cuyas instancias de control y supervisión necesariamente estaban al tanto de todo lo que ocurría, pues esa era la razón de ser del cargo que detentaban.

También puso de resalto que no existía en la referida Agencia un cúmulo de tareas que impidiera efectuar un correcto control sobre el expediente.

Por su parte, la defensa oficial de Agüero, durante el término de oficina, expresó que el recurso de la querrela resulta inadmisibles visto que el derecho al recurso pertenece al imputado y debido a que no introduce cuestión federal alguna.

Reseñado cuanto antecede, en primer término, cabe expresar que no ha de prosperar el cuestionamiento genérico de la defensa de Agüero en cuanto a la legitimación de las partes querellantes para recurrir. En este sentido, el recurso de la parte querellante fue interpuesto de conformidad con lo preceptuado en los arts. 458 y 460 del código de rito, cuya

validez la defensa no cuestionó.

Por otro lado, en relación a la cuestión de fondo, el decisorio del tribunal *a quo* se funda en una valoración parcializada de la evidencia obrante en las actuaciones, que redunde en que contenga una motivación sólo aparente, y equivale, a su vez, a una ausencia de motivación, tornando ineludible su descalificación como acto jurisdiccional (arts. 123 y 404 inc. 2º C.P.P.N.), lo cual redunde en la arbitrariedad del fallo recurrido.

Así, al momento de analizar la responsabilidad de Doldán y Agüero en la tramitación fraudulenta del legajo mediante el cual Caliban/Infiniti Group S.A. obtuvo un certificado que le acordó beneficios fiscales, el tribunal de mérito omitió efectuar un pormenorizado examen de las irregularidades que presentó el trámite, así como si resulta verosímil que tales defectos pudiesen ser ignorados por los imputados.

En esta dirección, corresponde poner de manifiesto que la tramitación del certificado de exclusión de los regímenes de retención del Impuesto al Valor Agregado contemplada por la Resolución General nº 17/97 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, presenta numerosas y sustantivas irregularidades.

En el caso de Caliban S.A., el trámite encuadraba en lo que la Resolución General 17/97 de la Administración Federal de Ingresos Públicos -que regulaba el trámite para la obtención de un certificado de exclusión de retenciones y percepciones de IVA- denominaba "casos especiales" y que dentro de esa categoría, calificaba como un supuesto de "inicio de actividades" (Capítulo "D", arts. 6 y 7 de la RG 17/97, y legajo de tramitación correspondiente).

De la compulsas del legajo se advierte que la solicitud del certificado fue efectuada manualmente, excluyéndose la vía informática. De esta forma, se descartan

los análisis automáticos, exigiéndose la evaluación por parte del personal de la Administración Federal de Ingresos Públicos -en este caso el personal de la Agencia nº 9-, de acuerdo a las previsiones de la RG 17/97 y los instructivos generales dictados por la AFIP a tal fin. Ello conlleva, en el caso, a un análisis más estricto de las exigencias requeridas normativamente para la extensión del certificado solicitado por parte de la AFIP.

Por otro lado, el art. 6 de la RG 17/97 establece que *"los sujetos que cumplan con las condiciones dispuestas en el artículo 2 podrán -con carácter de excepción-, solicitar la exclusión mediante la presentación del formulario de declaración jurada F. 845, hasta el último día hábil administrativo del mes de vencimiento para la presentación de la declaración jurada del Impuesto al Valor Agregado..."* (el resaltado me pertenece).

La última declaración jurada de IVA obrante en el legajo es la correspondiente al período fiscal enero 2004 y su vencimiento para la presentación operó el 19 de febrero de 2004 (cfr. fs. 2807 del expediente principal).

Conforme lo expuesto, el plazo para realizar la presentación para requerir el certificado previsto en la RG 17/97 era el último día hábil del mes de febrero de 2004. Sin embargo, el formulario F.845 mediante el cual se realizaba la solicitud del certificado de exclusión de retenciones y percepciones de IVA fue ingresado, en forma extemporánea, el primer día del mes de marzo de 2004 (cfr. fs. 1 del legajo de tramitación del certificado regulado por la RG 17/97).

La cuestión relativa a la fecha de presentación del formulario F.845 posee, a los efectos de la obtención del certificado, meridianamente importancia. En este sentido, se advierte que el Anexo de la RG 17/97, dispone que el solicitante debe informar, entre otros extremos: (a) proyecciones del monto de las operaciones gravadas, no gravadas

y exentas; (b) proyecciones del monto del débito fiscal y del crédito fiscal del IVA; (c) proyecciones del IVA que resulte de relacionar cada uno de los créditos y débitos fiscales informados en el punto anterior y (d) proyecciones del monto de las retenciones y/o percepciones a sufrir que está obligado a presentar el contribuyente; y todas esas proyecciones deben corresponder a los doce períodos fiscales del IVA inmediatos posteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

De esta manera, la fecha de presentación de la solicitud determina el rango de tiempo en relación a las proyecciones a presentar y, por ende, no era un tema menor que pudo pasarle desapercibido a los funcionarios actuantes.

En el caso, la presentación realizada el 1º de marzo de 2004 -tal como fue el caso de Caliban/Infiniti Group S.A.- generaba la exigencia de presentar las proyecciones enumeradas anteriormente desde abril de 2004 hasta marzo de 2005. Sin embargo, en el legajo obran proyecciones que abarcan desde enero de 2004 hasta diciembre del mismo año en el caso de, por un lado la proyección de compras y ventas y, por el otro, la proyección de retenciones y/o percepciones a sufrir, y desde febrero de 2004 a enero de 2005 en el caso de la proyección de débitos y créditos fiscales. De esta forma, el rango temporal sobre el que el contribuyente basó las proyecciones a los efectos de obtener el certificado regulado por la RG 17/97, no coincide con lo exigido por ésta, lo que constituye otra irregularidad en el trámite.

Asimismo, a fs. 4 del legajo de tramitación del certificado previsto en la RG 17/97, obra la multinota cuya presentación es determinada por el art. 6, segundo párrafo de la citada resolución, la cual se exige que esté suscripta por el titular, presidente u otra persona debidamente autorizada (tercer párrafo del mentado artículo). Sin embargo, se advierte que aquella nota no contiene firma alguna, representando ello otro grave vicio formal de la presentación.

A mayor abundamiento, merece ser destacado que a fs. 36 del legajo de tramitación -el cual fue incorporado al debate (ver punto "B. Elementos de convicción incorporados al debate" a fs. 43.646vta./43.647 de la sentencia recurrida)- surge que la contribuyente Caliban S.A. no tenía dada el alta como empleador. Ello resulta inconciliable con lo vertido en las declaraciones juradas del IVA si se tiene por verdadero que Caliban S.A. había efectuado ventas por un período de cinco meses, máxime tratándose en el caso de una sociedad anónima que supuestamente prestaba servicios (entre otras actividades).

En esta línea, cabe poner de resalto que el art. 2 inc. "a" de la RG 17/97 exige que el saldo a favor, de libre disponibilidad, que se requiere para obtener el certificado, surja de la declaración jurada del Impuesto al Valor Agregado del período fiscal inmediato anterior a la fecha de solicitud, que en este caso fue febrero de 2004. Sin embargo, se advierte que la declaración jurada del IVA correspondiente al período fiscal febrero de 2004 ni siquiera obra aportada al expediente de tramitación del certificado, representando ello otra irregularidad en el trámite.

A lo expuesto debe aunarse que el informe final del organismo recaudador respecto a la solicitud del certificado no indica la fecha desde la cual comienza a regir la exclusión o reducción del régimen de retención del IVA, ni su plazo de vigencia. Tampoco se encuentra agregada la impresión de pantalla del comprobante de alta de la exclusión. Cabe advertir que el mismo imputado Fandiño, en su declaración indagatoria prestada durante la instrucción -e incorporada por lectura al debate, ver fs. 43.692- señaló que debía haberse consignado los datos de vigencia del certificado (fs. 3785).

Asimismo, cabe señalar que tanto Doldán como Agüero también intervinieron -al igual que Fandiño- en el trámite del CVDI -Certificado de Validación de Datos de Importadores- a favor de Caliban (de hecho Fandiño y Agüero figuran firmando el

informe que recomienda otorgar el beneficio, Cf. Fs. 57/58 del legajo de tramitación respectivo), cuya tramitación también presentó importantes irregularidades. Así, para obtener dicho certificado, Caliban S.A. consignó en su declaración de bienes la propiedad de un automotor que resultó pertenecer a María Inés Bustos, persona ajena a la empresa. A ello, se suma el hecho de que obra en el legajo de tramitación un acta de constatación del domicilio de Pasteur 366/368, 1º piso, oficina 9, que resultó ser inexistente (ver fs. 43.744).

En segundo término, y sobre la base de lo que se viene relatando, deviene relevante señalar que la actividad de los funcionarios del organismo recaudador a los efectos de realizar el examen de los requisitos para extender el certificado solicitado no resultaba meramente discrecional, sino que se encontraba reglada, en forma detallada, tanto por la RG 17/97 como por el instructivo general 657/03.

En su declaración indagatoria durante el debate, Doldán reconoció la existencia de irregularidades, tal como haber sido presentada la solicitud fuera de término y no estar foliado el legajo (fs. 43.690). Asimismo, señaló que *"...el trámite lo delegaba a un empleado y el término por el cual se concedía resultaba del propio sistema. Que se controlaba la fecha de vigencia y el plazo por el que se otorgaba"* (fs. 43.690vta.). Sin embargo, tal como fue señalado con anterioridad, el plazo por el cual el certificado fue expedido no se hizo constar en el trámite.

Conforme surge del legajo de tramitación del certificado de la RG 17/97, Doldán, en su calidad de Jefe de Agencia y Agüero, en carácter de Jefe de la Sección Trámites, intervinieron en el mismo. Ello fue reconocido por ambos imputados, al prestar declaración indagatoria durante el debate, identificando en el expediente de Caliban S.A. las firmas que les pertenecen (fs. 43.690vta. y 43.691).

Así, de cuanto antecede se advierte que las

irregularidades y vicios que padece el trámite referido son múltiples, palmarias y ostensibles, circunstancia que no fue ponderada debidamente por el *a quo*.

La extemporaneidad de la presentación del formulario F.845 a fin de requerir el certificado de exclusión regulado por la RG 17/97, la falta de adecuación de las proyecciones exigidas por el Anexo de la resolución mencionada a lo exigido por esa norma, la ausencia de firma en la multinota requerida por el art. 6, segundo párrafo de la RG 17/97, el hecho de que el saldo a favor de libre disponibilidad no surgía de la declaración jurada del IVA del período fiscal inmediato al de la fecha de presentación de la solicitud del certificado de exclusión -tal como lo requiere el art. 2 inc. "a" de la RG 17/97, así como la omisión de consignarse en el informe final del legajo correspondiente al trámite del certificado la fecha de vigencia del mismo, resultan irregularidades que no resulta verosímil que hayan resultado inadvertidas por Doldán y Agüero. Como Jefe de Agencia y Jefe de la Sección Trámites, respectivamente, y habiendo ambos participado en la tramitación del legajo de mención, no resulta razonable concluir -tal como lo hizo el juzgador- que Doldán y Agüero desconocían las ostensibles deficiencias del trámite que fueron previamente mencionadas.

En relación a la política de delegación que regía en la Agencia, la cual fue valorada por el tribunal oral a fin de desvincular a los imputados, cabe advertir que la misma no excluye el deber de control jerárquico que les corresponde a los funcionarios del organismo recaudador. Si bien el trámite del certificado se delegó en Fandiño, su tarea era posteriormente controlada por Agüero y Doldán -cfr. declaración indagatoria de Fandiño durante la instrucción (fs. 3786vta.) incorporada por lectura al debate-.

Así, el sentenciante tampoco tuvo en cuenta los dichos de Agüero al prestar declaración indagatoria en el marco

del debate en cuanto a que "... Fandiño era empleado a su cargo [a cargo de Agüero]. Que Fandiño realizaba la mayoría de los trámites correspondientes a las RG 17 ya que tenía más experiencia en ello. El dicente sostuvo que una vez realizado el expediente de la RG 17 ahí lo recibía de parte de sus empleados y leía el informe respectivo, lo firmaba, y se lo llevaba al Jefe de la Agencia. Que luego si estaba todo bien el empleado lo cargaba al sistema con la clave del dicente". También reconoció como propia la firma inserta a fs. 34/35 del legajo del trámite de Caliban S.A., así como la circunstancia de que el formulario de fs. 4 que le fue exhibido en la audiencia no poseía firma pero debía estar firmado (fs. 43.691 y vta.).

Por su parte, se advierte que los casos especiales de inicio de actividades eran sumamente escasos. En este sentido, Fandiño refirió que las solicitudes del certificado de exclusión regulado por la RG 17/97 que encuadraban como casos especiales de inicio de actividades eran dos o tres por mes (declaración indagatoria de Fandiño de fs. 3783). Ello desvirtúa el argumento de que el caudal de trabajo no permitía un correcto control.

Por lo demás, asiste razón a la querrela, en cuanto a que el TOPE n° 2 omitió valorar el resultado de las escuchas telefónicas que efectivamente merituó al momento de condenar al imputado Fandiño.

En esta dirección, cabe resaltar lo que surge de la intervención al abonado 5226-4134, llamada 8, cassette 9, en la que se advierte que Adrián López le informa a otra persona que "por la nueve [refiriéndose a la Agencia n° 9 de la AFIP], no hay problema... lo que pasa es que el tipo que tengo yo está de vacaciones" (fs. 43.753vta.).

Si bien dicha conversación en la que se hace referencia a un empleado de vacaciones coincide con la licencia de que gozó Fandiño, la afirmación efectuada trasluce la

seguridad de que las solicitudes efectuadas ante la Agencia n° 9 no encontrarían obstáculo alguno, situación que inexorablemente requiere la intervención voluntaria de quienes ejercieron el rol de contralor -en el caso, Doldán y Agüero-.

Por lo demás, no luce acertada la aplicación del "principio de confianza" por parte del tribunal de la instancia anterior, en ocasión de examinar la situación procesal de Doldán.

Con relación a ello, entiendo que la responsabilidad que le cabe a Mariano Luis Doldán no puede desvirtuarse con sustento en la operatividad de tal principio, toda vez que la posición ocupada por el nombrado dentro del organismo recaudador, redundaba en un alcance limitado de aquél.

Así, en casos como el que nos ocupa, en el que una de las obligaciones primordiales que pesaba sobre Doldán era, como funcionario de alta jerarquía del organismo recaudador -Jefe de la Agencia n° 9 de la AFIP-, la de controlar la labor de sus dependientes, no rige el "principio de confianza".

En los casos específicos de división de funciones, es importante distinguir entre principios que regulan la imputación penal en una organización de tipo vertical y aquéllos que rigen la organización horizontal. Ello así, por cuanto en estos casos es necesario identificar las obligaciones jurídicas que regulan la coordinación de actividades entre sujetos con responsabilidad similar y aquellos casos donde se produce una verdadera delegación de funciones y que en realidad patentizan un grado relativo de subordinación. El principio de confianza prevalece en un modo de distribución de tareas coordinado -horizontal- con marcadas características de especialidad, mientras que la delegación supone en general aspectos de dependencia o subordinación, emergentes del distinto nivel en que se sitúan delegante y delegado respecto de la toma de decisiones (YACOBUCCI, Guillermo Jorge, "Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal al interno de la

empresa", en Pensamiento Penal y Criminológico - Revista de Derecho Penal Integrado, Córdoba, Mediterránea, 2003, vol. 7, págs. 225/226 -énfasis eliminado-).

"[E]l principio de confianza debe retroceder cuando los intervinientes (...) poseen especiales deberes de vigilancia (...) u otras misiones de control. A quién alcanzan estos deberes especiales derogatorios del principio de confianza y hasta dónde llegan los mismos se debe examinar con mayor precisión aún para las concretas formas de división de trabajo; la directriz debe ser que incluso al más competente de los que colaboran sólo se le pueden imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo" (ROXIN, Claus, "Derecho Penal, parte general, fundamentos de la estructura de la teoría del delito", Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 1006).

En esa dirección, se expresa que *"la confianza permitida decae, además, cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros (...)* En tales supuestos, se garantiza de modo plural que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas" (conf. JAKOBS, Günter, "Derecho Penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 255).

Por lo demás, aun cuando se pretendiera que el suceso traído a estudio reflejara una distribución de tareas en el plano horizontal, lo cierto es que aquel principio también decae, ante supuestos como el del caso, en el cual las evidentes irregularidades -ya enunciadas- supone errores manifiestos de otro (conf. ROXIN, Claus, Ob. Cit., pág. 1006).

Así, la duda afirmada por el *a quo* sobre la responsabilidad de los imputados Doldán y Agüero no encuentra fundamento en la valoración conglobada de la totalidad de los elementos probatorios obrantes en autos. El tribunal de la instancia anterior efectuó una valoración parcializada de la

prueba y, sobre esa base, aplicó erróneamente el principio del *in dubio pro reo*. Conforme lo aquí expuesto, una valoración integral del plexo probatorio no permite adoptar un temperamento absolutorio basado en el beneficio de la duda -tal como lo hizo el juzgador-.

En las circunstancias apuntadas, cobra aplicación en el caso la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual *"es arbitraria la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, pero que no los integra y armoniza debidamente en su conjunto, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios"*. De modo tal que *"corresponde dejar sin efecto la sentencia, si la absolución por duda del acusado se asienta en una valoración irrazonable de la prueba de cargo, irrazonabilidad que se evidencia en la falta de consideración lisa y llana de la abundante prueba indicada en la sentencia de primera instancia o en la valoración fragmentaria y aislada de las circunstancias indiciarias ahí enumeradas"* (cfr. Fallos: 311:949 y 314:83, respectivamente).

A partir de las consideraciones aquí vertidas, corresponde hacer lugar al recurso de casación de la parte querellante AFIP-DGI, anular los puntos dispositivos 9 y 10 de la sentencia impugnada en cuanto dispusieron la absolución de Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero en orden a los hechos por los que fueron acusados por la parte querellante, y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho.

VII. De las penas impuestas

I. Las defensas oficiales de Miguel Ángel Hernández y Alejandro Roberto Fernández se agraviaron de las penas

impuestas a sus asistidos.

a) La defensa pública oficial de Hernández alegó, en lo sustancial, que la sentencia recurrida carece de motivación en relación a la fundamentación del monto punitivo impuesto respecto de su defendido, tornándola arbitraria.

Agregó que el *a quo* no realizó un análisis de acuerdo a lo previsto en los arts. 40 y 41 C.P., alegando que corresponde en el caso imponer el mínimo de la escala penal prevista en la especie, no existiendo fin social en que Hernández ingrese en el sistema carcelario.

Indicó que no se tuvo en cuenta que permaneció dos años con prisión preventiva, así como tampoco se valoró los testimonios de Lobato y Conconi durante el debate en relación a la situación socio-económica de su defendido.

Agregó que no corresponde valorar la compleja naturaleza de la acción cometida y la pluralidad de personas intervinientes en los hechos ya que ello ya se encuentra contenido en el tipo penal de asociación ilícita por el que Hernández fue condenado, incurriéndose así en una doble valoración.

Puso de resalto, durante el término de oficina, que los atenuantes considerados por el *a quo* no se reflejaron adecuadamente en el monto de la pena.

También postuló la inconstitucionalidad del art. 12 C.P. por afectar el principio de no trascendencia de la pena (art. 5 inc. 3 CADH), pues consideró que la norma mencionada implica un trato degradante, cruel e inhumano para el imputado.

Al respecto, agregó que el art. 12 C.P. implica la incapacidad civil del imputado, la cual resulta ajena a los fines resocializadores de la pena, y se ve agravada por privaciones de derechos que no encuentran correspondencia con el contenido del injusto, con la culpabilidad del autor, ni con su reforma y readaptación.

b) La defensa de Alejandro Roberto Fernández alegó,

en lo medular, que la pena impuesta a su defendido resulta excesiva y arbitraria.

Consideró que el sentenciante tomó en consideración como agravantes cualidades que no conforman un criterio racional en materia de mensuración punitiva.

Señaló que existe un trato desigual de imputados visto que Cardillo tiene la misma edad, profesión y falta de antecedentes, habiendo el *a quo* concedido la suspensión del juicio a prueba en beneficio de este último, agregando que el hecho de ser contador de profesión y haberse desempeñado laboralmente en la AFIP no debe sopesar como un disvalor de su conducta.

Puso de resalto que se daban en el caso las condiciones para que la pena impuesta sea de ejecución condicional.

Manifestó, al igual que la defensa de Hernández, que la cantidad de personas intervinientes en los hechos no debe ser merituada al efecto de mensurar la pena, pues dichos elementos ya se encuentra contenido en el tipo penal de asociación ilícita, acarreando ello una doble valoración.

II. En relación a las impugnaciones introducidas por las defensas respecto de la mensuración de la pena efectuada por el tribunal de mérito respecto de Miguel Ángel Hernández y Alejandro Roberto Fernández, cabe recordar que las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. no se pueden definir dogmáticamente de modo de llegar a un criterio totalmente objetivo y casi mecánico, sino que tal ponderación debe ser realizada en base a variables que no pueden ser matemáticamente tabuladas, toda vez que *"...nos hallamos ante un derecho penal de acto, que incluye un juicio de reprobación jurídica, sin contar con que el fondo de la tarea judicial, al menos en su modelo ideal, impone al juez el difícilísimo esfuerzo humano, que en modo alguno puede ser suplido por una cuantificación determinada"* (Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R., "Tratado de Derecho

penal", T. V, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 271).

En tal contexto, advierto que en la sentencia criticada se valoraron adecuadamente las circunstancias atenuantes y agravantes tenidas en cuenta para fijar la sanción, en los términos de los arts. 40 y 41 del CP. Ello, ya que el *a quo* identificó, *"...cuáles son los criterios decisivos para agravar o atenuar las penas según el grupo de delitos de que se trate y su forma concreta de comisión"* (Cfr. ZIFFER, Patricia S. "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1º reimpresión, 2º edición inalterada, 2005, p. 131).

Miguel Ángel Hernández fue condenado por el *a quo* a la pena de seis años de prisión como jefe del delito de asociación ilícita (art. 210, último párrafo C.P., en concurso real (art. 55 C.P.) con el delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4 de la ley 24.769).

Conforme lo señalado, a fin de graduar la sanción del nombrado, el *a quo* evaluó que *"[d]entro de las circunstancias atenuantes se debe destacar su situación familiar (cónyuge y dos -2- hijos), la falta de antecedentes específicos, el tiempo de detención en prisión preventiva que sufriera (dos años), el lapso de duración del proceso y la normal impresión personal recibida en ocasión de conocerle durante el debate. Entre las circunstancias agravantes, se destacan la falta de dificultad para ganarse correctamente el sustento, la compleja naturaleza de la acción cometida, y la pluralidad de personas intervinientes en los hechos"* (fs. 43.757vta.).

A partir de ello, el tribunal oral le impuso a Miguel Ángel Hernández la pena de seis (6) años de prisión, fundadamente sobre la base del derecho aplicable y las circunstancias comprobadas de la causa.

Alejandro Roberto Fernández fue condenado a la pena de tres años y seis meses de prisión como miembro del delito de asociación ilícita (art. 210, primera parte C.P.)

Al analizar los parámetros de los arts. 40 y 41 del C.P., con el objetivo de individualizar la sanción del nombrado, el a quo valoró que "[d]entro de las circunstancias atenuantes se debe destacar su situación familiar (soltero), la falta de antecedentes específicos, el tiempo de detención que sufriera en prisión preventiva (un año y veintiocho días), el lapso de duración del proceso y la favorable impresión personal recibida en ocasión de conocerle durante el debate. Entre las circunstancias agravantes, se destacan la falta de dificultad para ganarse correctamente el sustento, sus estudios universitarios -Contador Público Nacional- la pluralidad de personas intervinientes y el cargo calificado que ostentaba en la AFIP" (fs. 43.758vta.).

En cuanto a las circunstancias cuya valoración criticaron los recurrentes -pluralidad de personas intervinientes en los hechos y compleja naturaleza de las acciones realizadas-, vale destacar que resulta claro que el elemento decisivo del razonamiento desarrollado por el tribunal a quo es el modo en que -en el caso concreto- dichas circunstancias incidieron generando un aumento de la peligrosidad de la asociación ilícita juzgada en autos.

No cabe razón a los impugnantes en cuanto a que al tomar en cuenta tales extremos el juzgador incurrió en una doble valoración. Así, "...ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad. Para esto es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado..." (Cfr. ZIFFER, Patricia S., "Lineamientos...", p. 107).

Por consiguiente, nada obsta a que se valore como agravante de la conducta desplegada por los imputados la gran cantidad de personas que intervinieron en el hecho, así como la particular complejidad de las acciones delictivas desplegadas. Dicho accionar va más allá de los requisitos mínimos exigidos para que se configure el delito de asociación ilícita -el cual

requiere al menos tres personas que compongan la asociación o banda y no exige complejidad en su accionar- para lograr el fin de la organización. Ello, máxime si se tiene en cuenta que las particulares circunstancias del caso (una importante organización, integrada por más de tres personas y cuyo objeto fue la comisión de innumerables delitos cuya investigación requirió el despliegue de vastos recursos estatales debido a su complejidad) determinaron una mayor vulneración al bien jurídico protegido: el orden público (ver, en similar sentido, *mutatis mutandi*, el voto del suscripto en precedentes de esta Sala en los casos "MARTÍNEZ, Cristian Abel s/ recurso de casación", causa n° 12.568, reg. n° 1173/12, rta. el 11/7/2012; "TAVERAS CALDERÓN, Gabriel y otro s/ recurso de casación", causa n° 14.311, reg. n° 2228/12, rta. el 19/11/2012, "BUERY, Jorge Martín y otros s/ recurso de casación", causa n° 15.058, reg. n° 280/13, rta. el 15/3/2013, entre otros).

En este sentido, por "*... regla general, el delito cometido por varios intervinientes revelará un ilícito más grave, en tanto representa un aumento del poder ofensivo...*" (confr. ZIFFER, Patricia S., "Lineamientos...", p. 132).

Asimismo, no cabe razón a la defensa de Hernández en cuanto a que el *a quo* no valoró que su defendido permaneció detenido en prisión preventiva, pues de la simple lectura del fallo recurrido -cuyos extractos relevantes a los fines de la mensuración de la pena fueron citados precedentemente- se advierte que tal circunstancia fue debidamente tomada en consideración.

En cuanto a los testimonios de Lobato y Conconi que el recurrente alega haber sido omitidos por el sentenciante, aquél no especifica ni logra demostrar de qué forma dichos testimonios influyen en la tarea de mensuración punitiva.

Tampoco ha de recibir acogida favorable el argumento de la defensa pública oficial de Fernández relativo a que el *a quo* otorgó un trato desigual a los imputados. El recurrente se

limitó a señalar que la edad, profesión y falta de antecedentes de Cardillo -a quien se le concedió la suspensión del juicio a prueba- es igual a la de Fernández -condenado a la pena de prisión-. Sin embargo, el impugnante se limita a mencionar ciertas circunstancias personales que considera coincidentes entre Cardillo y Fernández, soslayándose la naturaleza de la participación de cada uno en los hechos por los que fueron juzgados, cuestión que fue descripta en detalle por el *a quo* a lo largo de su sentencia y que indudablemente repercute en la mensuración de la pena. Así, la defensa no logra demostrar el vicio que alega.

Por lo expuesto, el tribunal oral le impuso a Alejandro Roberto Fernández la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, fundadamente sobre la base del derecho aplicable y las circunstancias comprobadas de la causa.

En relación a la inconstitucionalidad del art. 12 C.P. postulada por la defensa pública oficial de Hernández, no se aprecia al respecto, ni logró demostrar en esta instancia, que las consecuencias accesorias previstas en la norma referida -derivada de la condena de su defendido por un término superior a los tres (3) años de prisión- le acarree un perjuicio concreto que afecte garantías constitucionales, a los efectos de demostrar el interés actual que sustenta su agravio; extremo que sella negativamente la suerte del planteo (cfr., en lo pertinente y aplicable, voto del suscripto en la causas "Frecini, Jaquelina Vanesa s/ recurso de casación", causa N° 15.530 reg. 1652/13, rta. del 12/09/2013 y "Sarmiento, Alexis Gabriel y otros s/ recurso de casación", Causa N° 14.534, reg. 2055/13, rta. del 22/10/13, ambas de esta Sala IV de la C.F.C.P.).

En consecuencia, corresponde rechazar la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. planteada por la defensa.

VIII. En virtud de todo lo expuesto, propongo al

acuerdo:

I. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.782/43.795 por los doctores Gustavo Adolfo Posleman y Horacio Raúl Semin asistiendo técnicamente a Hermando Fandiño y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Hermando Fandiño dictada por el tribunal a *quo*; sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.)

II. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.854/43.880 por el doctor Emiliano Espejo asistiendo técnicamente a Efraín José Freiberg y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de recurso; sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.)

III. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.885/43.973 por la doctora Patricia M. Garnero asistiendo técnicamente a Miguel Ángel Hernández y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Miguel Ángel Hernández dictada por el tribunal a *quo*, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

IV. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.974/44.092vta. por la doctora María Laura Alfano asistiendo técnicamente a Alejandro Roberto Fernández, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Alejandro Roberto Fernández dictada por el tribunal a *quo*, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

V. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 44.093/44.105 por el doctor Luis Antonio Sasso asistiendo técnicamente a Adrián Félix López, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Adrián Félix López dictada por el tribunal a *quo*, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

VI. **RECHAZAR** los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la doctora María Laura Alfano asistiendo técnicamente a Alejandro Roberto Fernández -obrante a fs. 43.974/44.092vta.-, por el doctor Emiliano Espejo asistiendo

técnicamente a Efraín José Freiberg -obrante a fs. 43.854/43.880- y por la doctora Patricia M. Garnero asistiendo técnicamente a Miguel Ángel Hernández -obrante a fs. 43.885/43.973-, **DECLARAR** la constitucionalidad del art. 210 C.P., y **CONFIRMAR** la resolución recurrida, sin costas (arts. 475, 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

VII. **DECLARAR INOFICIOSO** el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 introducido por la defensa de Efraín José Freiberg en su recurso de inconstitucionalidad de fs. 43.854/43.880, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* C.P.P.N.).

VIII. **RECHAZAR** la adhesión efectuada a fs. 44.147/44.148 por el doctor Albino José Stefanolo asistiendo técnicamente a Julián Martín Cardillo, a los recursos de las defensas de sus consortes de causa y, consecuentemente, **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de la adhesión efectuada (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

IX. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 43.801/43.828vta. por el doctor Fernando Leone en representación de la parte querellante AFIP-DGI y, en consecuencia; **1) ANULAR** los puntos dispositivos 5, 6 y 7 de la resolución recurrida en cuanto se resolvió conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba en favor de Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg, y consecuentemente, **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho (art. 471 C.P.P.N.); **2) ANULAR** los puntos dispositivos 9 y 10 de la sentencia impugnada en cuanto dispusieron la absolución de Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero, respectivamente, en orden a los hechos por los que fueron acusados por la parte querellante, y, en consecuencia, **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a

derecho; sin costas (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

X. **TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada por las partes.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

a) Con carácter previo a expedirme sobre los múltiples asuntos de fondo sometidos a consideración del Tribunal, naturalmente corresponde que exteriorice las razones que me llevan a concluir que las presentaciones recursivas impetradas son formalmente admisibles.

Al respecto, por la trascendencia del agravio, he de centrar mi atención en el recurso de casación incoado por la parte querellante -A.F.I.P.-D.G.I.-, toda vez que las representantes del Ministerio Público de la Defensa, doctoras Laura B. POLLASTRI y María Florencia LAGO, a cargo de las asistencias técnicas de los acusados Roberto Adrián AGÜERO y Efraín José FREIBERG, objetan la procedencia de dicho escrito bajo el argumento de que el derecho de impugnación subjetivo pertenece exclusivamente al acusado.

Desde mi perspectiva, la unilateralidad del recurso propugnado por las señoras defensoras además de apartarse de la letra del art. 8º, apartado 1, de la C.A.DD.HH., tuerce el objetivo perseguido por el Preámbulo del mencionado instrumento internacional y el Prefacio de la Constitución Nacional, a saber: el logro de la justicia social, la realización ideal del ser humano, la consecución de la unión nacional, el afianzamiento de la justicia y la consolidación de la paz interior [...]", en cuanto mirada superadora de lo individual y dirigida a la realización de la masa social como un conjunto indisoluble, recto propósito que se truncaría de colegirse que el derecho al recurso corresponde únicamente en la persona del imputado.

Si a lo expresado se le adiciona que, todas las vías recursivas impetradas:

1º) dieron acabado cumplimiento al requisito de

fundamentación autónoma exigido por el art. 463 del C.P.P.N., toda vez que cada una de esas presentaciones observan la exigencia de la norma de cita en orden a dar cuenta de las disposiciones que se consideran violadas o erróneamente aplicadas y a exponer la aplicación que se pretende con argumentos jurídicos razonados y serios;

2º) han sido interpuestas dentro del plazo estipulado y por quiénes se hallan legitimados para hacerlo (arts. 459, 460 y 463, ídem);

3º) se dirigen contra uno de los pronunciamientos expresamente enumerados por el art. 457 del digesto adjetivo; y,

4º) los planteos en ellas materializados encuadran en los incisos 1º y 2º del art. 456 del mismo ordenamiento legal; por lo que debe convenirse que todos los recursos examinados superan el juicio de admisibilidad.

b) Sorteado el ápice formal supuestamente frustrario de la habilitación de esta instancia superior, he de ingresar a responder las críticas ensayadas por las Defensas, la Fiscalía y la parte querellante. En ese orden de ideas, y con el fin último de evitar innecesarias reiteraciones, puntualizo que solamente trataré aquellos agravios que, por su trascendencia, merecen algún tipo de aporte del suscripto o, aquéllos otros, respecto de cuales no obstante coincidir con solución dada por el juez que abrió el acuerdo, disiento con éste en orden al argumento en que lo sustenta.

En línea con ello, y siguiendo el derrotero iniciado por el magistrado que lleva la voz cantante, doctor Mariano Hernán Borinsky, refiero que comparto su conclusión circunscripta a que los actos procesales cuya nulidad persiguen los letrados defensores de los justiciables Efraín José FREIBERG, Alejandro Roberto FERNÁNDEZ, Adrián Félix LÓPEZ y Miguel Ángel HERNÁNDEZ, no contienen vicios que justifiquen la sanción nulificante propugnada. Al respecto, hago míos -en lo

sustancial- los motivos precisados por el mencionado juez para afirmar que:

1º) la denuncia de la Administración Federal de Ingresos Públicos que puso en marcha la maquinaria judicial, de adverso a lo afirmado por los abogados de los nombrados FREIBERG y LÓPEZ, no contamina la raíz del proceso, por haberse visto vulnerada la garantía de raigambre constitucional que protege al individuo de ser compelido a declarar contra sí mismo (Considerando "I.a");

2º) el auto de fs. 60/63, que ordena la intervención de sendas líneas telefónicas, en oposición a lo manifestado por el asistente técnico del acusado Efraín José FREIBERG, cuenta con fundamentación bastante. Asimismo, que aquel auto no se torna nulo por no fijar fecha cierta de expiración de la mencionada medida -las interceptaciones de líneas telefónicas se dispusieron "[...] hasta nueva disposición sobre su cese" (confr. fs. 62 vta.)-, puesto que de ello no puede válidamente extraerse que la prolongación de la diligencia que restringe el derecho a la privacidad de las comunicaciones, hubiese sido dispuesta absolutamente *sine die*. De la misma manera, que no se advierte que la duración de las aludidas interceptaciones que el auto en cuestión ordenó, se hubiese prolongado más allá de lo estrictamente razonable (Considerando "I.b");

3º) el secuestro de la computadora en la oficina sita en la calle Roque Sáenz Peña Nro. 615 de la C.A.B.A. y de la prueba de correos electrónicos valorada por el órgano sentenciante a los efectos de acreditar la responsabilidad de los justiciables, concretado en el marco de la medida intrusiva dispuesta en relación a la morada aludida, a contramano de lo aseverado por el defensor del encartado Alejandro Roberto FERNÁNDEZ, no acarrea la vulneración del derecho a la intimidad constitucionalmente protegido por el arts. 18 y 19 de la Carta Fundamental (Considerando "I.c");

4º) la habilitación de la A.F.I.P. para ejercer el

rol de querellante en este proceso, en contrario a lo referido el señor defensor del justiciable Efraín José FREIBERG, no quebranta los principios constitucionales que gobiernan el procedimiento penal en un Estado Democrático y Social de Derecho. Asimismo, que el planteo del aludido defensor que cuestiona la intervención de la querrela en el trámite de la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba, debe ser rechazado por resultar manifiestamente contradictorio (Considerando "I.d");

5º) el alegato de la querrela, contrariamente a lo argüido por el abogado de confianza del mencionado FREIBERG, no transgrede el principio de correlación o congruencia, en la medida en que la plataforma fáctica sobre la que versó la acusación en el estadio procesal previsto por el art. 393 del C.P.P.N., no difiere de aquella otra en que la querrela fundó la elevación de la causa a la etapa del plenario (vid. fs. 25.206/25.116 vta. y 43.459/43.481 -Considerando "I.e"-);

6º) los alegatos de las partes acusadoras, en lo que hace a la solicitud de pena en orden a Miguel Ángel HERNÁNDEZ, inversamente a lo asegurado por su defensor, cuentan con los fundamentos mínimos exigidos por el ordenamiento instrumental, circunstancia que los aleja definitivamente de ser descalificados como actos jurisdiccionales válidos (ver fs. 43.481 y 43.504/43.504 vta.) -Considerando "I.f"-;

7º) el fallo recurrido, no vulnera los principios acusatorio y de imparcialidad del juzgador ni la garantía de defensa en juicio como lo afirmó el asistente técnico del aludido HERNÁNDEZ. Ello así, ya sea porque las circunstancias agravantes de la pena valoradas por el tribunal de juicio para individualizar el castigo que debería purgar dicho acusado, han sido oportunamente ponderadas por la Fiscalía (vid. nuevamente 43.504/43.504 vta.), ya sea porque el inculpado contó con la ocasión procesal -durante el desarrollo del debate (confr. fs.43.506 vta./43.509 vta.)- para rebatirlas (Considerando

"I.g"); y,

8º) la sentencia de condena, en contraposición a lo asegurado por el defensor particular del enjuiciado Adrián Félix LÓPEZ, no peca de inconsistencia formal. Ello así, no bien se repare en que el doble rol atribuido a LÓPEZ al momento de vincularlo con los episodios pesquisados -se le atribuyó ser organizador y jefe de una asociación ilícita (confr. 43.749 vta./43.751)-, fue salvado en el capítulo reservado a la tipicidad de la conducta (ver fs. 43.757 vta.), cuanto en la parte dispositiva (vid. fs. 43.762 vta.), oportunidades en que el imputado fue reputado jefe de la organización (art. 210, último párrafo, del Código Penal -Considerando "I.h"-).

De tal suerte, a las reflexiones que ha hecho el mencionado colega, sólo he de hacer unas breves consideraciones acerca del planteo de los mencionados asistentes técnicos de FREIBERG y de LÓPEZ en cuanto cuestionan la intervención de la querrela en el trámite de la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba; y sobre la crítica del primero de los profesionales nombrados, dirigida a objetar la legitimación de la Administración Federal Ingresos Públicos, para ejercer el rol de querellante en las presentes actuaciones, materias puntillosamente abordadas en el Considerando "I.d" del sufragio anterior.

Así, en lo atinente al planteamiento mencionado en primer término, a los juicios individualizados por el doctor Mariano Hernán Borinsky a los fines de rechazarlo -agravio manifiestamente contradictorio y falta de refutación de las concienzudas argumentaciones traídas a colación por el tribunal de la etapa oral para fundamentar la intervención de la parte querellante en el trámite previsto a los efectos de evaluar la procedencia de la suspensión de la persecución penal a prueba-, cabe adicionarle otro, cual es que la interpretación armónica de lo dispuesto por el párrafo primero del art. 293 del código de rito -que regula dicho trámite- y de la letra del art. 76

bis del Código Penal -que recepta en el ámbito interno el instituto de la probation-, es indicativo de que la voluntad del Legislador ha sido que la querrela participe de la audiencia prevista estipulada por la norma adjetiva aludida convocada para decidir la suerte de la pretensión (en ese sentido, confr. Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, Tomo 2, pág. 800).

De otro costal, en orden a la crítica defensiva que objeta la coexistencia de dos órganos del Estado con aptitud para impulsar la persecución estatal (la Fiscalía en su carácter de representante de la sociedad y la AFIP-DGI como persona jurídica particularmente ofendida por la comisión de un delito de acción pública), señalo que no advierto en dicha doble participación estatal la vulneración del principio de igualdad armas, como parte integrante del derecho del debido proceso legal y de la garantía de defensa en juicio en que la Defensa cimentó, básicamente, su agravio. Y ello es así, por cuanto más allá de esa convivencia procesal de las reparticiones estatales, la dependencia que se encuentra en la esfera del Poder Administrador persigue intereses distintos y específicos con relación al más genérico rol del Fiscal en el proceso, lo que indica que sus actividades antes que multiplicarse en la consecución de un cometido en común, se complementan en busca de éste, no generando, por ende, la disparidad de fuerzas alegada.

Recapitulando, el suscripto no nota, y los señores defensores en sus respectivas presentaciones nulificantes tampoco lo demuestran, la presencia de un perjuicio concreto en la persona de los enjuiciados que la declaración de invalidez de los actos procesales cuestionados vendría a reparar, *condictio sine qua non* para que procedan las nulidades articuladas en su momento por las Defensas; ello so pena, claro

está, de desconocer inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal que califica de "[...] *inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma*" (confr., Fallos: 328:58, entre muchísimos otros).

c) También coincido con el doctor Mariano Hernán Borinsky, en cuanto concluyó que no debe hacerse lugar al agravio esgrimido por la Defensa del acusado Miguel Ángel HERNANDEZ, ceñido a que su asistido vio quebrantada la garantía a ser juzgado en un plazo razonable (punto II de su ponencia).

Ahora bien, no obstante ser certera la afirmación del mencionado colega en orden a que a los efectos de resolver la improcedencia del agravio es dable servirse de que el planteo adolece de falta motivación, también lo es que de sortearse dicho impedimento formal, el planteamiento encontraría un obstáculo de naturaleza material para su progreso. Concretamente, en los casos en que -como ocurre en el *sub lite*- en el hecho pesquisado tomaron parte agentes estatales que se valieron de la estructura pública para ejecutarlo, ninguno de los intervinientes en el suceso podrán invocar válidamente la garantía constitucional involucrada.

En esa inteligencia, me expedí en los siguientes términos: "*La extinción de la acción penal por prescripción supone una limitación temporal al Estado para la investigación y, eventual castigo de un delito.*"

Si se ubica pertinentemente la función del derecho penal, en la ratificación de la juridicidad mediante la aplicación de la pena, esto es, la supresión a través de la sanción del modelo social expresado por el autor en el delito, y su sustitución por el modelo social expresado en la ley, o sea por ejemplo, y en atención a los hechos de ésta causa que está prohibido, a los funcionarios públicos, efectuar negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública; y el transcurso del tiempo impide al derecho penal ejercer esa función, la prescripción no puede interpretarse

sino como un fracaso.

Ese fracaso tiene vencedores y vencidos evidentes, puesto que las víctimas, o sus deudos, no podrán obtener del Estado la satisfacción de su acreencia de justicia, y los victimarios no deberán soportar en sus bienes jurídicos, ninguna consecuencia penosa.

Pero más trascendente es el fracaso para la vigencia social efectiva del modelo de conducta desautorizado por el hecho del autor. Sólo mediante la aplicación de la pena se establece, como pauta social de conducta, que matar está prohibido, pero no sólo porque esa conducta esté sindicada como prohibida en un código. Resulta en el mejor de los casos una inadmisibile ingenuidad dieciochesca, pretender que conforma una pauta social vigente, esto es, que un determinado modelo de conducta efectivamente gobierna la vida social, sólo porque está incorporado en el texto de una ley.

Recurriendo a la siempre didáctica ejemplificación, si en una determinada sociedad, todos los funcionarios públicos aumentan su patrimonio de manera injustificada a partir del ingreso a la función, y en ningún caso la justicia establece mediante la aplicación de la pena que esa es una conducta prohibida, entonces en esa sociedad efectivamente no está prohibido para los funcionarios públicos aumentar sus patrimonios de manera injustificada durante el ejercicio de la función, a pesar de que esa conducta esté prohibida en una ley penal.

Inclusive resultaría socialmente consentido que muchos ciudadanos de esa sociedad, desarrollen una profunda vocación por ofrecer sus servicios al bien común estatal, como medio legítimo de incrementar sus patrimonios.

Ello impone ya considerar el instituto de la extinción de la acción por prescripción como razonable en todo caso, sólo para circunstancias excepcionalísimas, porque el transcurrir del tiempo es una circunstancia de connotaciones

claramente culturales, en relación a la cual seguramente existirían tantas concepciones como personas en el mundo, pero ellas no interesan para el derecho penal, y el entendimiento que corresponde otorgarle al mismo dependerá exclusivamente de su trascendencia para la cuestión penal, sobre lo cual, como es conocido, no hay uniformidad.

Efectivamente, para los hechos penales definidos como de 'lesa humanidad', esto es, para hechos que por sus características repugnan las elementales condiciones de coexistencia universal, sin considerar limitaciones jurisdiccionales nacionales, el tiempo de la persecución y la condena es siempre.

Pero esa imprescriptibilidad de la acción, no es tratamiento jurídico para la atención excluyente de los hechos de 'lesa humanidad', sino que algunos hechos de grave afectación a los "derechos humanos", han sido también, a pesar de la limitación temporal legal, sindicados como imprescriptibles.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que '...la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Este deber es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia del 26/8/2011, párrafo 112).

En el mismo sentido, he votado en los autos relacionados nros. 15925 'Torres Millacura, Iván Eladio s/

recurso de casación', reg. 1703/12, resuelta el 21/9/12, ocasión en la que sostuvo el carácter imprescriptible de los delitos allí investigados, razón por la cual correspondía al Poder Ejecutivo Nacional el despliegue de toda actividad investigativa conducente al esclarecimiento de los mismos, removiendo todo obstáculo, administrativo o judicial, que impidiera una acabada y efectiva reconstrucción histórica de los hechos y permitiera una pertinente sanción de los responsables.

Debe resaltarse que esta obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los culpables de violaciones de derechos humanos ya había sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio vs. Argentina* (sentencia del 18/9/03) en donde se destacó que 'El derecho a la tutela judicial efectiva exige [...] a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos'. Más aún cuando sostuvo que 'En cuanto a la invocada prescripción de la causa a nivel de derecho interno [...] este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos'. Y, que 'De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos'.

Ello es así, puesto que sus autores evidencian una tan ostensible y pertinaz determinación a la falta de respeto a las normas de la convivencia, que reclaman para sí mediante esa determinación, la aplicación de la ley penal de manera

correlativa a su propia decisión.

Sin embargo, hay dos circunstancias de la cuestión, sobre las que considero indispensable poner el acento, para fundamentar la postulación de mi temperamento sobre la resolución.

En consideración a la características específicas de los hechos en los que se encuentran involucrados funcionarios públicos, y el marco normativo que se corresponde con el especial tratamiento de esos hechos, constituye una grave afectación al derecho constitucional a la seguridad-legalidad, la normativa que impone disponer la prescripción de los hechos en los que se encuentran involucrados, como se dijo, funcionarios públicos.

Efectivamente, es la Constitución Nacional la que impone el entendimiento que propicio, mediante el elemental derecho humano a la seguridad-legalidad.

Es que tal y como enseña la mejor dogmática constitucional 'Al principio de todas las bases de legitimación del Estado se encuentra la seguridad. La seguridad justifica al Estado frente a su alternativa fundamental, la anarquía ... (pero) la renuncia (de los ciudadanos) a la violencia personal no es incondicional. Este sometimiento solamente es válido siempre y cuando el Estado esté dispuesto y tenga el poder de garantizar la seguridad y el sentido de la existencia del ciudadano. Un Estado que no posee el poder para proteger al ciudadano, tampoco tiene el derecho de exigir obediencia. ...Y es que la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten a otros; y si de esta forma no se puede obtener esa seguridad, se anula el sometimiento, y el derecho a la legítima defensa - según su propio juicio- retoma vigencia plena. No se puede suponer que alguien vaya a obligarse a renunciar a todos sus derechos mientras no se garantice su seguridad... La seguridad y la libertad... están inseparablemente relacionadas. Son las dos caras de la misma moneda, diferentes aspectos jurídicos

estatales de la misma cuestión: de la vida, de la libertad, de la propiedad de la personas, así como de los demás bienes jurídicos-privados. La seguridad y la libertad designan la integridad de los bienes jurídicos, la primera en relación a los particulares, y la segunda en relación a los poderes públicos. Bajo el primer aspecto, el Estado tiene que evitar agresiones de los ciudadanos entre sí y, bajo el segundo, el Estado debe abstenerse él mismo de agredir a los ciudadanos. ...Pero para proporcionar una seguridad efectiva, en caso de conflicto debe realizar aportes positivos que garanticen la defensa frente a los peligros y para la protección jurídica. El Estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de las leyes, sino mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete fundamentalmente a la administración y a la justicia. La protección estatal constituye el 'status positivus' de los ciudadanos y la preservación del derecho, el 'status negativus'. Ambos status forman una unidad integral. No hay ninguna antinomia entre los valores jurídicos seguridad y libertad... La seguridad se convierte en tarea estatal en caso de que los particulares recurran a la violencia, esto es, toda vez que incumplan con su obligación de comportarse pacíficamente. Esta misma obligación que tiene validez tanto para los ciudadanos entre sí como entre ellos y las instituciones estatales, significa para cada uno que hay que renunciar a hacer justicia por mano propia, buscar la satisfacción del propio derecho en el discurso libre o en el marco de un proceso estatal y someterse a las decisiones jurídicas del Estado, a quien se asigna la última palabra, aunque esas decisiones a los ciudadanos les resulten molestas, tontas o injustas. La obligación de los ciudadanos de comportarse pacíficamente y el monopolio estatal del ejercicio de la fuerza conforman el fundamento de la seguridad. ...La obligación del estado se redescubre en su doble dimensión; la obligación no solo (negativa) de respetar los derechos

fundamentales, sino el deber (positivo) de protegerlos. Se trata de los aspectos distintos del deber, que corresponden al mismo derecho fundamental. Ambos aspectos tienen el mismo rango constitucional. ...Sin duda alguna se dirige al Estado el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos privados. La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del status positivus libertatis. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado a cambio de la obligación de comportarse pacíficamente, que le exige a los ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal" (Cfr. Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates - Walter de Gruyter, 1983).

La expresión de la obligación estatal de garantizar la efectiva vigencia de la tutela de los derechos ciudadanos, para el ámbito del derecho penal, está constituída por el principio de legalidad, que con vigencia constitucional y legal expresa -art. 18 de la Constitución Nacional y 71 del C. Penal- impone a los representantes del Estado investigar y sancionar todo hecho punible, y a todos los que eventualmente les pudiera corresponder responsabilidad.

'...La situación jurídica cambia esencialmente cuando los órganos del Estado, abusando del principio de oportunidad o quebrantando el principio de legalidad, de forma calculada y duradera permanecen inactivos y privan de protección al agredido: proxenetismo político que se deja llevar por las corrientes de opinión pública o mala conciencia a la vista de las situaciones de las que dimanen los abusos, cobardía o permisividad jurídicas, simpatía abierta o encubierta para con

la violación a la ley. Las posibles consecuencias son que la agresión antijurídica actual que activa el derecho de defensa desemboque en una lesión jurídica permanente (por ejemplo, la ocupación de viviendas tolerada por las autoridades); que la confianza general en la seguridad pública se destruya y que al poder sólo le suceda el miedo, miedo fundado. No es necesario un gran esfuerzo de especulación filosófica para hacerse una idea de cuál es el status naturalis en el que pueden perderse las grandes ciudades...' (Cfr. Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* - Walter de Gruyter, 1983).

Además de la clara fundamentación en la positiva obligación del Estado a la tutela efectiva de los derechos, como positiva prestación a la Paz, compensatoria de la obligación exigida a los ciudadanos de comportarse pacíficamente, también se ha ofrecido como fundamentación a la pretensión de legalidad, la fundamentación de la pena de Immanuel Kant, en la *Metafísica de las costumbres*, en términos que merecen reiterarse: '...cuando una sociedad con todos sus miembros acordara disolverse (por ejemplo, un pueblo que viviera en una isla conviniera dispersarse por el mundo), debería ser ejecutada la pena hasta del último asesino que se encontrare encarcelado, para que todos puedan observar el disvalor del hecho, y si el autor no responde por el homicidio ante el pueblo, que ha exigido ese castigo: el mismo pueblo puede ser observado como partícipe de la lesión a la justicia'. Cuando "la justicia se desmorona, ya no tiene más ningún valor, que la gente viva en la tierra", toda vez que '...la pena no es hipotética, sino categóricamente necesaria, puesto que la ley penal no constituye un imperativo hipotético, sino un imperativo categórico' (Cfr. Kant, Immanuel, *Metaphisik der Sitten*, Ed. A cargo de Weischedel, Frankfurt, 1993).

Refuerza la argumentación, el especial status de los delitos en los que participan funcionarios públicos en nuestro

país, consecuencia de la aprobación mediante la ley 24.759, sancionada el día 4/12/96, e ingresada en vigencia el día 7/11/97, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el día 29 de marzo de 1996 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097.

Las mejores palabras para valorar los hechos aquí considerados, en atención a la alta investidura del cargo ostentado al momento de realizar estas afirmaciones, han sido vertidos por el Dr. Néstor Kirchner, en el mensaje N° 760, fechado el día 18 de Junio de 2004, mediante el que en su condición de Presidente de la República Argentina, reclamara -lamentablemente de manera infructuosa- al parlamento argentino, el otorgamiento de rango Constitucional a la 'Convención Interamericana contra la Corrupción', junto a los demás Tratados y Convenciones de derechos humanos. Parafraseando el preámbulo del proyecto de ley afirmaba el Dr. Kirchner: 'la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos', afirmando luego con palabras propias que '...ningún derecho humano puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado se convierte en un instrumento de corrupción ... La corrupción afecta directamente a los derechos humanos, dado que la corrupción, en tanto distorsiona la distribución de bienes y la regulación de derechos, implica avances ilegítimos del Estado sobre los derechos ciudadanos. La corrupción afecta la universalidad, legalidad y previsibilidad de la acción estatal, que constituyen la primer garantía de todo derecho humano; se trata del 'derecho a tener derechos', que en el decir de Hannah Arendt, es 'el primer derecho''. Expresaba mas adelante, en su afán de convencer a los legisladores, el ex-Presidente: 'Esta iniciativa significa avanzar en orden a brindar nuevos instrumentos tendientes a constituir una sociedad más

democrática en el sentido sustancial del término, tratando de remover todo obstáculo a la igualdad como derecho básico esencial en el que se asienta el estado de derecho. **Precisamente, la corrupción materializada en acciones de los sectores de poder, sean ellos del Estado o de la sociedad no estatal, afecta la igualdad y, como enseña Ferrajoli, los derechos fundamentales son básicamente derechos a la igualdad. El interés de la República en tanto resguardo de la "cosa pública", se ve directamente afectado por la corrupción, pues mediante el acto de corrupción, el funcionario, que debe velar por el interés público, satisface un interés privado en detrimento de aquel. En efecto, cuando hay prácticas corruptas el Estado se degenera: ya no está al servicio de los intereses de la comunidad, de la búsqueda de mayor libertad e inclusión para el pueblo en su conjunto, sino que por el contrario, se orienta a servir a los intereses de cierto grupo de personas, que usan en beneficio propio los recursos destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad, vulnerando de este modo no sólo el esquema más elemental de derechos humanos, sino también la construcción jurídica que sirve de base a nuestra coexistencia como Nación, eso es, el sistema Republicano'** (El remarcado con negritas y cursiva no aparece en el original).

Con aún mayor elocuencia sobre la situación argentina se ha expedido la Organización de Estados Americanos, en el 'informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción', elaborado por el Comité de expertos en el mecanismo de seguimiento de implementación de la Convención en la República Argentina, y que fuera aprobado por la Organización de Estados Americanos en la sesión plenaria del día 21 de Marzo de 2013.

En dicho informe se efectuaron las siguientes

observaciones y recomendaciones: "revisada la información pertinente [...] que en relación con los Delitos contra la Administración Pública, entre los que se encuentran los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación (CPN) relacionados con los actos a los que se refiere la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el año 2007 prescribieron 18; en el 2008 prescribieron 15; en el 2009 prescribieron 12; y en el 2010 prescribieron 18, para un total de 63 casos de prescripción en esos 4 años. Se observó también que en el año 2007 no se profirió ninguna sentencia absolutoria o condenatoria, para un total de 1 sentencia en esos 4 años'.

Entonces, el Comité remarcó que '**teniendo en cuenta que de la información estadística antes aludida se desprende que el número de casos relativos a los que se refiere la misma que terminaron por prescripción (63 en total) es proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia (1 en total), le formulará una recomendación al Estado analizado (República Argentina) a fin de que considere efectuar un análisis de las posibles causas de esta, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes'**.

Por lo demás recomendó '**Efectuar un análisis de las causas que podrían estar incidiendo en que los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal [...] el número de casos relativos a los Delitos contra la Administración Pública que terminaron por prescripción sea proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes'**.

Afirma el informe que '**...teniendo en cuenta que de lo anotado en el 'Informe Anual de Gestión 2011' de la Oficina Anticorrupción y de la información recabada en la visita in situ, se desprende la necesidad de que el Estado analizado considere la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a**

los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en los casos de corrupción...'

Ahora bien, el Estado Argentino se ha hecho eco, en algunas oportunidades, de las recomendaciones de la Organización de Estados Americanos, y recientemente, a partir del fallo 'Eduardo Kimel vs. Argentina', ha procedido a la modificación, por aprobación legislativa de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, de los artículos que regulan los delitos contra el honor -arts. 109 y sig. Del C. Penal, reformados mediante ley 26.551, publicada en el B.O. el 27/11/2.009- en el sentido de las recomendaciones realizadas por la Corte Interamericana en el fallo de referencia.

Para las hipótesis aquí consideradas, esto es, para los delitos de corrupción, también podría procederse de una manera similar, en contribución a la efectiva vigencia del derecho-deber humano a la legalidad.

Una prestación concreta para la paz de parte del Poder Ejecutivo Nacional, en consonancia con la recomendación de la Organización de Estados Americanos en el informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, contributivo a la vigencia efectiva, y no meramente declamatoria, del derecho humano a la legalidad, estaría constituido, por una parte, por la remisión al Poder Legislativo de una ley que disponga la imprescriptibilidad de los delitos en lo que hubiere participado un funcionario público, y por la otra, mediante la designación inmediata en todos los juzgados y tribunales vacantes, de jueces elegidos mediante el procedimiento constitucional, esto es, no subrogantes .

Por otro lado, y en relación con lo anterior, cabe tener presente que en el 'Informe Anual de Gestión 2011' de la Oficina Anticorrupción se anota lo siguiente: '**...luego de la última reforma legal en materia de prescripción de la acción**

penal (instituto receptado en los artículos 62, 63, 64 y 67 del Código Penal) se ha generado un importante número de planteos defensores tendientes a hacer cesar la acción penal en una gran cantidad de causas. En la actualidad, ante diversas interpretaciones jurisprudenciales dadas por ese cambio de legislación, continúa verificándose un elevado número de presentaciones tendientes a lograr la extinción de la acción penal por prescripción.' - 'Por otra parte, preocupa a esta Oficina un posible escenario adverso para la continuación de las causas en fuero federal de la Capital Federal, ya que se han ido suscitado algunos pronunciamientos de gran repercusión, en los que se ha declarado la prescripción de la acción penal de ciertos procesos en los que se ha invocado el agotamiento del plazo razonable para arribar a una sentencia firme'.

En función de todo lo expuesto, el Comité formuló las siguientes recomendaciones:

'5.4.2: Considerar la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en casos de corrupción' (los destacados me pertenecen).

Sentado cuanto precede, entiendo que las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quienes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos" (confr. mi voto en la causa Nro. 1253/2013-758/2013, Reg. Nro. 667/2014, "Alsogaray, María Julia s/rec. de casación", rtas. el 24 de abril 2014).

Cabe consignar -y con ello concluyo mi exposición sobre la temática examinada- que la armonización de la doctrina transcripta con lo previsto por los párrafos segundo y quinto del art. 67, en cuanto demostrativo que el Legislador ha querido que el modo particular de aplicar el instituto de la prescripción a los funcionario públicos que cometieren hechos delictivos en el ejercicio de su función repercuta de idéntica manera en aquellos otros imputados que por entonces no participaban del empleo público, hace que la acción penal también continúe vigente respecto de todas y cada una de las personas ajenas a la repartición estatal que habrían tomado parte del propósito delictivo que ofició de disparador del sumario.

d) El juez que lidera el acuerdo, en el acápite III de su sufragio, examinó los agravios que giraron en derredor del instituto de la suspensión de la persecución penal a prueba contemplado por los arts. 76 bis, ter y quater, del Código Penal. Al respecto, el magistrado resolvió que:

1º) la parte querellante -de adverso a lo afirmado por el letrado de Efraín José FREIBERG- está legitimada procesalmente para recurrir la concesión del beneficio de la probation (confr. subpunto "III.a.3");

2º) corresponde -en contrario de lo sostenido por los Defensores de Efraín José FREIBERG, Alberto Eugenio FURCHINI y Julián Martín CARDILLO- dejar sin efecto el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba respecto a los nombrados y, consecuentemente, remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho; todo ello en razón de que las sucesivas peticiones de los nombrados para que se los incorpore al régimen involucrado fueron interpuestas extemporáneamente (confr., nuevamente, subpunto "III.a.3"); y,

3º) debe confirmarse la denegatoria de incorporar al acusado Alejandro Roberto FERNÁNDEZ al régimen de la probation,

básicamente porque la pena de encierro de que era merecedor el acusado (3 años y seis meses de prisión), no permite dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable (párrafos 1º y 4º del art. 76 bis del digesto de fono); y, asimismo, porque la pretensión de que aquél fuese incorporado al mencionado régimen, al igual que en los casos de FREIBERG, FURCHINI y CARDILLO, fue presentada fuera de término legal (vid. subpunto "III.b.2").

No obstante que he de sumarme a las soluciones apuntadas, no puedo eludir recordar mi disenso con el magistrado Borinsky respecto al momento en que caduca la facultad del acusado de que trate para solicitar su incorporación al régimen previsto por el art. 76 bis y sstes. del código sustantivo. Sobre el tópico llevo dicho que: *"La implementación de este instituto responde a la intención de descongestionar el sistema de administración de justicia de casos vinculados con delitos leves con el objeto de concretar recursos en la persecución de los delitos más graves, instaurando al mismo tiempo un mecanismo que tiende a posibilitar la reinserción social del sujeto que fue sometido a proceso y a evitar la estigmatización que implica la prosecución misma de una causa criminal y la eventual imposición de una condena, aun cuando su ejecución hubiese podido ser pronunciada en forma condicional"* (D' ALESSIO, Andrés José, Código Penal Comentado y Anotado, Buenos Aires, La Ley, 2005, Tomo I -Parte General, pág. 743). Es decir que, asiste a una mejor y pronta administración de justicia como así también a funciones de rápida reinserción y readaptación social del delincuente primario u ocasional, fines para cuya concreción no pueden pasarse por alto los límites en los que se enmarca el instituto.

Cabe precisar que lo señalado ut supra no implica una aplicación automática e ilimitada del instituto de la suspensión del juicio a prueba puesto que, para su concesión,

además de este contar con determinados requisitos, no deben perderse de vista los principios rectores y fines del derecho penal.

Ahora bien, en cuanto a la cuestión referida a cuál es el límite temporal para solicitar la probation adelanto que, a mi juicio, aquél se encuentra en la fijación de la fecha de debate.

Si bien no pasa inadvertido que en nuestro ordenamiento ritual no se encuentra previsto ni desde cuándo ni hasta qué estadio procesal puede solicitarse la probation lo cierto es que, la propuesta aquí encuentra sustento en la naturaleza, efectos y fines del instituto en estudio.

El límite referido, y que a mi juicio sería la fijación de la audiencia de debate, tiene por objetivo evitar que desnaturalicen los fines del beneficio. No se trata de una decisión caprichosa ni arbitraria sino más bien está dirigida a evitar que el instituto referido conlleve a colapsar a los Tribunales en vez de colaborar en su descongestión.

Dicho criterio, entiendo que es el que mejor concuerda con los parámetros de interpretación de las leyes fijado por la C.S.J.N., al sostener que 'ley debe atenerse a los fines que la inspiran debiéndose preferir siempre la interpretación que los favorezca y no la que los dificulte' (Fallos: 311:2751, entre otros). Asimismo, y cuando se tratase de casos '... no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulta aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas' (cfr. C.S.J.N., Fallos 326:3679 y sus citas).

En ese sentido entiendo que, avalar una '[...] interpretación más amplia [es decir, sin fijar límite temporal alguno para solicitar la suspensión del juicio a prueba] resultaría incompatible con el texto de la ley 24.316, el que ha creado un sistema de suspensión del juicio y no de la sentencia' (cfr. C.F.C.P., Sala III, causa nro. 2561 caratulada

'Valles, Carlos Maximiliano s/recurso de queja' -rta. el 17/5/00, Reg. 259/00-).

Por último, cabe apuntar que dicho temperamento no se contradice en medida alguna con el precedente dictado por el Máximo Tribunal en el caso 'Norverto' (C.S.J.N., causa N. 326. XLI 'Norverto, Jorge Braulio s/infracción artículo 302 del C.P.' -rta. el 23/4/08-).

Al respecto cabe recordar que en el precedente referido el Máximo Tribunal de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario articulado, remitiéndose en lo que fuera pertinente a la doctrina emanada por ese mismo Tribunal en el fallo 'Acosta' (rto. el 23/04/08).

Retrotrayéndose más aún en el caso referido, el pronunciamiento de referencia tuvo su raíz en lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 2, de la Capital Federal, el cual al momento de expedirse acerca de la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulada por Jorge Braulio Norverto, decidió -por mayoría- denegar la probation solicitada con fundamento en que el pedido de aquella era extemporáneo, toda vez que había sido solicitada con posterioridad a la etapa prevista por el artículo 354 del C.P.P.N -citación a juicio-. Dicho temperamento fue convalidado por esta Sala IV de esta Cámara Federal de Casación -con una integración parcialmente diferente a la actual-, añadiéndose además que tampoco resultaba procedente el beneficio referido ello en virtud del límite de pena establecido por el artículo 76 bis del C.P.

De lo hasta aquí expuesto sólo puede concluirse en que en el precedente 'Norverto' el Máximo Tribunal consideró desacertado, aunque de modo expreso, el límite temporal fijado en dicho caso por los tribunales inferiores intervinientes. Tampoco surge de dicha jurisprudencia si entiende adecuado que exista o no de algún límite para solicitar el beneficio pretendido.

Así las cosas, la propuesta aquí formulada resulta

posible y, reitero, es la que, a mi juicio, mejor conjuga los fines del legislador tenidos en miras al momento de incorporar a nuestro sistema penal el beneficio en cuestión" (del precedente "Bustos" citado en el voto anterior).

En estricto apego a lo dicho, de considerarse, por un lado, que la audiencia de debate oral y pública fue fijada el día 8 de abril de 2011 (confr. fs. 41.269/41.269 vta.), y, por el otro, que los acusados FREIBERG, FERNÁNDEZ y CARDILLO solicitaron ser incorporados al régimen de la suspensión del juicio a prueba con fecha 15 de junio, 18 de junio y 5 de julio de 2012 (ver fs. 42.897, 43.000 y 43.128, respectivamente) y, FURCHINI -según el tribunal de juicio (vid. fs. 43.722)- hizo lo propio antes del comienzo del debate, es evidente que dichas peticiones se presentaron una vez fenecido el plazo legal para hacerlo.

e) Renuevo mi coincidencia con el magistrado que abrió el acuerdo, en cuanto entendió que:

1º) el art. 210 del Código Penal -inversamente a lo precisado por los impugnantes HERNÁNDEZ, LÓPEZ y FERNÁNDEZ- no se contrapone a los postulados de la Carta Magna (puntos "V.a.1" y "VII.II", *in fine*);

2º) el representante del Ministerio Público de la Defensa, Defensor de Miguel Ángel HERNÁNDEZ, "[... no] logró demostrar en esta instancia, que las consecuencias accesorias previstas en la norma referida -derivada de la condena de su defendido por un término superior a los tres (3) años de prisión- le acarree un perjuicio concreto que afecte garantías constitucionales, a los efectos de demostrar el interés actual que sustenta su agravio [...]".

3º) corresponde declarar inoficioso el análisis del planteamiento de inconstitucionalidad del art. 15, inc. "c", de la ley 24.769 introducido por la Defensa de Efraín José FREIBERG (parágrafo "V.a.2 de su sufragio"); y,

4º) la subsunción típica efectuada en orden a los

sucesos que el tribunal de mérito tuvo por comprobados respecto de los acusados HERNÁNDEZ, LÓPEZ, FERNÁNDEZ y FANDIÑO, viene arreglada a derecho (jefe del delito de asociación ilícita en concurso con el delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales -arts. 210, último párrafo, del Código Penal y 4° de la ley 24.769-, jefe del delito de asociación ilícita -art. 210, último párrafo, del código de fondo-, miembro del delito de asociación ilícita -art. 210, primer párrafo, del digesto sustantivo- y partícipe necesario del delito de obtención fraudulenta de beneficios fiscales -arts. 45 del Código Penal y 4° de la ley 24.769-, respectivamente) (acápites "V.a.3" y "V.b". de su sufragio).

Como lo he hecho en anteriores oportunidades, considero apropiado hacer una mínima contribución respecto a una de las temáticas abarcadas en el punto. En esta ocasión, he de detenerme en la pretensión del asistente técnico de Miguel Ángel HERNÁNDEZ de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal. Sobre el asunto, si bien es cierto que la norma cuestionada ha sido objeto de censura constitucional por una importante parte de la doctrina, también lo es que el perfil que el recurrente ha dado a su agravio, no demuestra que el precepto tachado de incompatible con la Carta Fundamental sea manifiestamente repugnante con la cláusula constitucional, de manera tal que amerite la decisión de suma gravedad institucional que entraña su declaración de inconstitucionalidad.

f) Una vez más comparto -en lo esencial- las consideraciones del juez que lleva la voz cantante plasmadas en el acápite "VI", subpuntos "a", "b", "c" y "d", de su voto, según concluyó que del pronunciamiento recurrido, en orden a la responsabilidad penal que depositó en cabeza de los encartados Miguel Ángel HERNÁNDEZ, Adrián Félix LÓPEZ, Alejandro Roberto FERNÁNDEZ y Hermando FANDIÑO, no contiene defectos de fundamentación ni contradicciones a los principios de la

lógica, la experiencia y la sana crítica racional, que lo tornen inmotivado o arbitrario como postulan los asistentes técnicos de los aludidos justiciables.

Es que, el estudio de la sentencia puesta en crisis, hecho el esfuerzo impuesto a este Tribunal en el precedente "Casal", es demostrativo que el reproche penal dirigido a los acusados arriba individualizados, descansa en la selección y valoración de la prueba ajustada a las reglas de la sana crítica racional, esto es, en la evaluación razonada y mancomunada del plexo probatorio, circunstancia que, naturalmente, aleja a ese tramo del fallo del supuesto de arbitrariedad receptado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (confr. C.S.J.N. Fallos: 308:640, entre muchísimos otros) y de cuanto otro vicio le atribuyeran las Defensas.

Diametralmente opuesto a ello, las absoluciones de culpa cargo de los acusados Mariano Luis DOLDÁN y Roberto Adrián AGÜERO -Jefe de la Agencia Nro. 9 de la A.F.I.P. y Jefe de la Sección Trámites de dicha agencia del organismo estatal federal de recaudación, respectivamente, Delegación del organismo federal de recaudación en que tuvo lugar el otorgamiento a "Caliban S.A."/"Infiniti Group S.A." de la RG 17/97-, edificadas sobre la base del denominado "principio de confianza" y del aforismo *in dubio pro reo*, por su orden; como lo adujo el juez Borinsky, son fruto de la ponderación antojadiza y fragmentada de la plataforma fáctica, defecto que, lógicamente, torna parcialmente arbitrario el fallo puesto en crisis (punto "VI.e", de su ponencia).

Al respecto, he de hacer una mínima consideración en orden a la impropia aplicación al caso *sub examine* de lo que la dogmática moderna ha rotulado "principio de confianza".

Veamos. El interés de la construcción del principio estudiado, se ha circunscripto a excluir como penalmente relevantes los resultados disvaliosos en que es factible

esperar razonablemente del otro que se mantendrá dentro de los límites del riesgo permitido.

Ahora bien, estrictamente a lo relativo a las estructuras verticales en que rige la división del trabajo -y en lo tocante a quienes se encuentren dentro del ámbito objetivamente imputable, es decir, quienes se encuentren obligados a la supervisión de las tareas efectuadas por sus inferiores-, el principio estudiado tropieza con una sustancial restricción. Esa interpretación, cabe extraerla de las enseñanzas del profesor Jakobs, quien al analizar el principio examinado a la luz de las estructuras jerarquizadas, afirma que en éstas la confianza permitida debe tenerse por decaída, en la medida en que en ellas "[...] no [cabe] renunciar a controles y recomendaciones en la confianza que el subordinado se va a comportar correctamente por sí solo" (confr. "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, pág. 254). Ergo, la distorsión del principio analizado para exonerar de responsabilidad penal al imputado Mariano Luis DOLDÁN, es irrefutable.

g) Finalmente, también concuerdo con el magistrado que lidera el acuerdo acerca de que las penas de seis años de prisión para el caso del enjuiciado Miguel Ángel HERNÁNDEZ, y tres años y seis meses de la misma especie de pena, en lo que atañe a Alejandro Roberto FERNÁNDEZ (parágrafo "VII" de su voto), están debidamente motivadas; desde mi saber leal entender, porque la extensión del encierro intramuros seleccionada, coincide con la necesaria para asegurar la vigencia efectiva (reconocimiento) de las normas infringidas y restablecer la confianza institucional en el sistema.

Sin embargo, no puedo sino aclarar que a dicha coincidencia se llega, en alguna medida, por caminos diferentes.

Me explico, el juez Borinsky entiende que a los

efectos de fijar el *quantum* de pena de prisión a imponer a los acusados que se les adjudicó tomar parte de una asociación ilícita -esto es, a Miguel Ángel HERNÁNDEZ, Adrián Félix LÓPEZ y Alejandro Roberto FERNÁNDEZ-, es factible sopesarse la cantidad de personas que convergieron en sus voluntades para perpetrar delitos indeterminados.

De adverso, tengo para mí, que la estructura del art. 210 del Código Penal que tipifica el delito de asociación ilícita, no deja margen para que el número de individuos que integran la organización ingrese en la consideración para individualizar la pena, sin que ello conduzca a la afectación del principio de la doble valoración prohibida. En efecto, si del mencionado art. 210 del digesto de fondo se lee que "[...] *Será reprimido con prisión o reclusión [...] el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación*", es palmario que la valoración de la cuantía de sujetos que conformaban la organización, en la medida en que ese escenario ya resultó ponderado en su momento por el Legislador para tener por configurado el delito bajo examen, acarrea la vulneración del principio medular del derecho represivo estudiado.

Ahora bien -como anticipé-, ello no obsta a que convalide la pena infligida a los nombrados HERNÁNDEZ y FERNÁNDEZ en la instancia anterior. Y ello por cuanto la supresión por parte del suscripto de dicha circunstancia agravante de la sanción valorada por el tribunal de mérito para mensurar la sanción penal a imponerle a los nombrados, se halla contrapesada por la finalidad que confiero a la pena en el ámbito del derecho penal, cual es -como referí *ut supra*- la conservación o incolumidad del sistema represivo y la confianza de los individuos en el buen funcionamiento de éste; "*La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un*

mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino con la estabilización de la norma lesionada [...].

Resumiendo: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales [...].

El derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas -especialmente las jurídico-constitucionales-. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas" (confr. Günther Jakobs, "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 9, 14 y 44/45 -en tal dirección, entre muchos otros, ver mis votos en el expediente Nro. 561/2013, Reg. 2413/13, "Hernández, Elías Nicolás s/rec. de casación", rta. el 11 de diciembre de 2013 y en la causa Nro. 16.271, Reg. Nro. 543/13, "Retamar, Juan Marcelo s/rec. de casación", rta. el 25 de abril de 2013-).

En efecto, la extensión de la reacción estatal debe ser proporcional al grado de perturbación que el agente ha ocasionado al sistema normativo, esto es, debe coincidir con el nivel de daño social provocado por la conducta lesiva. Sintéticamente, la duración de la pena debe ajustarse a la estrictamente necesaria para reafirmar la vigencia de la norma, en tanto modelo de la configuración social básica. De ahí, que

corresponda una mayor o menor penalidad según mayor o menor resulte la decepción a la expectativa de la sociedad provocada por la deslealtad al derecho penal vigente. En ese sentido, no está de más recalcarlo, me referí en los siguientes términos: *"Ciertamente tampoco habrá de quedar fuera de consideración en orden a la legitimidad sustantiva la teoría del delito sobre la que la resolución aparezca estructurada, así como a las reglas procesales de interpretación; debiendo reconocerse desde esos prismas de atención, la definitiva derrota de aquellas teorías que en exclusiva atención a la problemática causal, o a la vertebración de responsabilidad desde cuestiones puramente subjetivas, desproveen de fundamentos de valoración social a las resoluciones jurisdiccionales, y le quitan con ello su sentido jurídico. Especialmente también, deberá tenerse presente que, la función del derecho penal es la señalización de las conductas que resultan socialmente inaceptables, mediante la aplicación efectiva de la pena (Cfr. Jakobs, Günther, Derecho Penal, Madrid, 1995, pág. 13)"* (Confr. Sala II, causa Nro. 8.987, Reg. Nro. 1.125/13, "Galeano, Juan José s/rec. de casación", rta. el 14 de agosto de 2013).

En mérito de lo dicho, adhiero a la propuesta del colega que lidera el acuerdo volcada en el Considerando VIII de su ponencia.

Tal es mi voto.

La **señora juez Angela Ester Ledesma** dijo:

Tal como han sido contestados los agravios introducidos por las partes, en los votos de los colegas preopinantes, solamente formularé algunas observaciones y reservas de opinión en determinados temas que en adelante se verán. Aclaro que por lo demás coincido, en esencia, con las soluciones propuesta por el colega que lidera la votación.

a. Referente a la nulidad de la denuncia radicada por la AFIP por haber afectado el principio de prohibición de autoincriminación, he de hacer reserva de fundamentos en virtud

de la posición sentada al votar en la causa 6168 caratulada "Faviano, Carlos s/ recurso de casación", resuelta el 18 de mayo de 2006, registro 455/2006 de la Sala III, a cuyos argumentos me remito, *mutatis mutandi*. Sin perjuicio de ello, en virtud de la posición expuesta por mis colegas, he de expedirme sobre los restantes tópicos introducidos.

b. Vinculado con el agravio de la defensa sobre la nulidad del alegato de la querrela por haber cambiado la calificación del requerimiento de elevación a juicio al momento de alegar (art. 393, CPPN), considero que el planteo no puede prosperar.

Conforme fueron introducidas las objeciones, cabe recordar en primer lugar, que los presupuestos del juicio motivan necesariamente la realización del debate contradictorio, que debe recaer sobre los hechos considerados punibles que se perfilan, así como sobre la calificación jurídica de esos hechos, de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose no solo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y punibilidad. De modo que, el pleno respeto del principio de bilateralidad vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso, ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente esos hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación.

A su vez, en nuestro ordenamiento procesal, el requerimiento de juicio constituye una verdadera pretensión provisional y no definitiva, ya que este último carácter sólo se alcanzará después de realizado el juicio, es decir producidas las pruebas que constituyen el fundamento de la pretensión definitiva, sea condenatoria o absolutoria. Así, podemos hablar de una pretensión evolutiva o progresiva, que no se deduce en un sólo y único acto, sino que sigue un orden escalonado; pues, éste se manifiesta a lo largo de la

instrucción, mediante la actividad de instar diligencias y culmina, una vez transcurrido el juicio oral, con la formulación de la acusación completa, concretada en los alegatos conclusivos.

En este orden de ideas, la base de interpretación del principio de congruencia está constituida por su relación con la máxima de la inviolabilidad de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Para comprender el concepto resultan ilustrativas las palabras de Maier *"todo aquello que, en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado."* (conf. Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2004, 2ª edición, pág. 568).

De lo expuesto se desprende que *"debe existir congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y los hechos concretos que motivaron la acusación."* (conf. Carrió, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 5ª edición actualizada y ampliada, pág. 131). Así las cosas, el imputado debe tener siempre a su alcance, la posibilidad de alegar y probar todo aquello que comprende la acusación, en los alegatos conclusivos del debate público.

Estos conceptos fueron reflejados en las causas n° 7362, "Vera, Pedro Felipe y otro s/rec. de casación", reg. n° 197/07, rta. el 9 de marzo de 2007, n° 10582, "González, Claudio Héctor s/rec. de casación", reg. n° 1348/09, de fecha 29 de septiembre de 2009, n° 11317, "Reyes Lantigua, Esmeralda y otra s/rec. de casación", reg. n° 503/10, de fecha 20 de abril de 2010, de la Sala III, y n° 9694, "Medrano, Ricardo Rubén s/rec. de casación", reg. n° 20805, de fecha 14 de

noviembre de 2012 y n° 11919, "Sequeiros, Víctor Hugo s/rec. de casación", reg. n° 20960, rta. el 11 de diciembre de 2012, ambas de la Sala II, a cuyos fundamentos y citas me remito *mutatis mutandi*, en honor a la brevedad.

Ahora bien, se observa que las circunstancias que rodearon los sucesos juzgados, como así también las calificaciones jurídicas endilgadas a los imputados, fueron debidamente informadas en el transcurso de la audiencia, concretamente en la oportunidad regulada en el art. 393 del código adjetivo; quedando delimitadas las pretensiones de los acusadores.

Si las defensas entendieron que en dicha ocasión, se estaban atribuyendo nuevos aspectos que no habían sido contemplados anteriormente, bien podrían haber solicitado la adopción de alguna medida, como por ejemplo la suspensión del debate, a fin de producir prueba y alegar al respecto, en salvaguarda de las garantías que ahora consideran afectadas.

Por lo demás, no se advierte en la decisión cuestionada, la existencia de algún exceso por parte de los sentenciantes, conforme los hechos y calificaciones legales propuestas por la acusación.

En estas condiciones, y analizadas las especiales alternativas de la causa, a la luz de la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal *in re* "Sircovich" (Fallos 329:4634), y más recientemente en los Fallos "Recurso de hecho deducido por la defensa de Mario Alberto Espinoza en la causa Espinoza, Mario Alberto s/p.s.a. de lesiones leves. Perico -causa n° 5392/07-", E.251.XLIV, de fecha 5 de octubre de 2010, "Miere" (Fallos 335:962) y "Delgado", D.113.XLVII, de fecha 18 de junio de 2013, entiendo que no se constata una afectación a aquella garantía de orden superior.

c. En respuesta al agravio referente a la alegada violación del derecho a obtener un pronunciamiento judicial dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, estimo

que en el puntual trámite por el que atravesó el caso, no se verifica tal lesión.

Para dilucidar adecuadamente el tema, es pertinente recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que "el 'plazo razonable' de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8 [de la C.A.D.H.], constituye...una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable, tanto la Corte Interamericana -cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 323:4130, entre otros)- como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar- han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; e) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento (casos "Genie Lacayo vs. Nicaragua", fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y "López Álvarez v. Honduras", fallado el 1º de febrero de 2006; "König", fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales)." ("Losicer", Fallos 335:1126 del 26 de junio de 2012 y que ha sido recientemente afirmado en "Bonder Aaron, Emperador Compañía Financiera SA y otros c/ BCRA s/ resol. 178/93, B. 853.XLIV, del 19 de noviembre de 2013).

Agregó el Máximo Tribunal que "tales criterios resultan, sin duda, apropiados para apreciar la existencia de una dilación irrazonable, habida cuenta de lo indeterminado de la expresión empleada por la norma. En tal sentido, cabe

recordar lo expuesto por esta Corte en el sentido de que la garantía a obtener un pronunciamiento sin demoras indebidas no podía traducirse en un número fijo de días, meses o años (Fallos: 330:3640)." (del precedente "Losicer" antes citado)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, puntualizó en el caso "López Álvarez v. Honduras" ya mencionado, que *"El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito."* (el resaltado me pertenece).

Ahora bien, observando el análisis global del procedimiento en los términos de la doctrina citada, entiendo que no se configura la lesión denunciada.

Es que, los graves y múltiples hechos denunciados en la causa que involucran la posible intervención de funcionarios públicos, dieron lugar a sucesivas medidas de prueba (muchas de ellas de complejidad técnica) orientadas a determinar la real ocurrencia de los sucesos.

Siendo ello así, la multiplicidad de acciones que conforman la imputación referentes a la utilización de una empresa como pantalla para cometer hechos ilícitos contra el Fisco, justifica entonces el alongado curso de la investigación, máxime cuando se trata de maniobras de alta complejidad.

De modo que, evaluando la "duración total del procedimiento", no se observa una prolongación indebida -de acuerdo a las especialísimas circunstancias del caso-, máxime cuando ya se ha realizado el juicio oral y público y dictado la sentencia que de él se deriva.

d. En lo atinente al agravio de la querrela referente

a las suspensiones del juicio a prueba dispuestas respecto de Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg, considero que, en virtud de la posición favorable expresada por el Ministerio Público Fiscal respecto de la procedencia del instituto (cfr. fs. 43.511/43.515), el querellante estatal no estaba legitimado para recurrir la decisión, ello en aplicación de la doctrina sentada en la causa 7552 caratulada "*Ciccone, Héctor Hugo s/ recurso de casación*", del 29 de noviembre de 2007, registro 1680/07 de la Sala III, entre otras, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad.

Por tal motivo, considero que corresponde declarar mal concedida la vía intentada en lo referente a este tópico.

Sin perjuicio de la cuestión de admisibilidad observada, cabe resaltar que la opinión favorable del Ministerio Público Fiscal en punto a la admisibilidad del instituto (cfr. acta de 43.511/43.515) vincula al órgano jurisdiccional a suspender el juicio a prueba, ello así, en tanto resulta contrario a la garantía del debido proceso (art. 18 CN) pretender que el imputado enfrente un debate cuya suspensión ha sido postulada por el titular de la acción pública.

En esa línea, se ha dicho que "*(e)l órgano judicial que siga adelante con un proceso cuya suspensión consintió el fiscal (como titular de la pretensión punitiva estatal) habrá perdido las garantías mínimas de imparcialidad y, con ello, el proceso carecerá de validez constitucional. Las razones de tal consecuencia son análogas a las que llevaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sentar la tesis según la cual resulta nula aquella sentencia de condena ante la falta de acusación fiscal en el debate oral [conf. CSJN, 28/12/89 "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad, expte. n° 342-78-87, 209-XXII, ídem, 22/12/94, "García, José A. s/ estelionato y uso de documental*

falso en concurso ideal", G.-91-XXVII, R.H. y muchas otras]..." (Baigún David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Código Penal y normas complementarias", Hammurabi, T.II B, segunda edición, Buenos Aires, 2007, pág. 453)

Así, he de remitirme a la postura sentada en la causa nro. 4839 caratulada "Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación" rta. el 11 de marzo de 2004 de la Sala III, en lo atinente a que el modelo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución se corresponde con el denominado modelo acusatorio (arts. 18, 75 inc. 11 CN, arts. XXVI DADDH, 10 y 11.1. DUDH, 8.1 CADH y 14.1 PIDC -reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal" (Fallos, 328:3399, considerandos 7 y 15-), siendo que, la función de perseguir y acusar debe ser diferente e independiente de la función jurisdiccional; rigiendo entonces el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*, que se identifica no sólo con la exigencia previa de acusación como requisito para aplicar una pena, sino también para la tramitación de un proceso.

En suma, habida cuenta del expreso consentimiento del titular de la acción pública, se impone aplicar al caso iguales parámetros en lo atinente a la imposibilidad de proseguir con la actividad jurisdiccional allí cuando no medie impulso del órgano acusador, todo lo cual -en el particular- debe traducirse en la admisibilidad del instituto -tal como lo hicieron los jueces-, ello, a riesgo de violentar la debida observancia de las formas sustanciales que exige el proceso penal (art. 18 CN).

Pero además, considero que corresponde rechazar la vía intentada por la querrela en razón de la interpretación amplia que cabe efectuar del artículo 76 bis del Código Penal, de conformidad con los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Acosta", Fallos (Fallos, 331:858) y "Lorenzo, Amalia s/ infracción art. 292 del C.P, causa 1505, L.90 XLII", ambas resueltas el 23 de

abril de 2008.

e. Por otra parte, sellada la suerte de las demás cuestiones, comparto la solución propuesta por el colega que lidera la votación en cuanto al rechazo de los recursos deducidos por las defensas de Hernández, López, Fandiño y Fernández, pues la sentencia en crisis -dadas las especiales alternativas constatadas en la causa-, contiene una adecuada fundamentación, en lo que atañe a la acreditación de la ocurrencia de los sucesos juzgados, su calificación legal, el grado de participación que en ellos cupo a los encausados y el análisis de constitucionalidad del artículo 210, CP.

Sobre tales aspectos, la sentencia impugnada no contiene fisuras de logicidad, y las conclusiones a las que arriba -acerca de los tópicos apuntados-, constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (*conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2005; n° 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583/06, rta. el 27 de diciembre de 2006, ambas de la Sala III, entre otras*), sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 471 a contrario sensu del C.P.P.N.).

f. En relación al recurso de la querrela contra las absoluciones de Doldán y Agüero, nuevamente, resulta de aplicación la doctrina de la causa 7552 caratulada "*Ciccione, Héctor Hugo s/ recurso de casación*", del 29 de noviembre de 2007, registro 1680/07 de la Sala III, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad, teniendo en cuenta el carácter estatal del organismo recurrente y el expreso pedido absolutorio del fiscal (*cfr.fs.43.405 vta.*)

Por tal motivo, corresponde hacer lugar al planteo de la defensa vinculado con la falta de legitimación de la AFIP

para recurrir dicha decisión y declarar mal concedida la vía intentada.

Sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a la inadmisibilidad de la impugnación, entiendo que, además, la prueba que surge del debate no permite acreditar los presupuestos mínimos de culpabilidad. En el caso, no puede asegurarse de manera categórica que los imputados obraron con el dolo requerido por el tipo penal en estudio, requisito que no debe presumirse.

En efecto, *"el concepto de dolo es también un concepto límite y no un criterio de imputación subjetiva, es decir, señala el conjunto de límites que debe respetar todo sistema de imputación subjetiva..."*(Binder Alberto, *"Introducción al Derecho Penal"*, Ad hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 149)

Al respecto, interesa recordar que *"el autor debe conocer el conjunto de elementos que conforman el hecho que recoge el tipo penal, y querer la realización del resultado. Es decir que todo criterio subjetivo de imputación tiene que respetar la existencia de conocimiento y voluntad en el autor respecto de la realización de la acción con sus modalidades y la producción del resultado. El nivel de conocimiento requerido es un conocimiento real (o actual) y no potencial...Si no existe ese conocimiento no es posible reemplazarlo con presunciones (presunción de dolo, p.ej.) y faltará un criterio de imputación subjetivo, así que el ilícito no llega a constituirse, del mismo modo que si faltara cualquier criterio de imputación objetiva..."* (Binder, op.cit., pág. 148).

En estas condiciones, considero que, ante la falta de elementos de prueba ciertos demostrativos de que los imputados sabían sobre la extensión del certificado falso, la imputación a título doloso se sostiene únicamente a partir de una mera presunción, extremo que -en atención al carácter limitativo del concepto en estudio-, no puede prosperar. Ello, a riesgo de

incurrir en un supuesto de responsabilidad objetiva, incompatible con los principios que rigen la materia en estudio.

Por las razones expuestas, interpreto que la solución ha sido sustentada razonablemente y los agravios del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284; 304:415; entre otros), resolutorio que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros). Por ello, considero que el recurso de la querrela no puede prosperar en lo referente a este tópico.

g. En cuanto a la mensuración de las penas, definida como viene la cuestión, sólo he de resaltar que, tal como alga la defensa, se observa un déficit de motivación que amerita su invalidación.

Sobre la necesidad de adecuada fundamentación que debe contener el fallo -respecto del extremo indicado- según los principios constitucionales que rigen la materia y lo establecido en los arts. 40 y 41 del C.P. y arts. 123 y 404 inc. 2º del CPPN, se han señalado en anteriores precedentes los lineamientos que ordenan esta exigencia. Cabe citar las causas n° 4833, "*Luján, Marco Antonio s/rec. de casación*", reg. n° 229/04, de fecha 3 de mayo de 2004; n° 4906, "*Cristaldo, Marcos Matías s/rec. de casación*", reg. n° 445/04, del 25 de agosto de 2004; n° 5075, "*González Robles, Rogelio Vicente y otros s/rec. de casación*", reg. n° 831/04, de fecha 20 de diciembre de 2004; n° 7342, "*Oviedo, Jorge Darío s/rec. de casación*", reg. n° 83/07, del 12 de febrero de 2007; todas de la Sala III, entre muchas otras -a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad-.

En la sentencia criticada se señaló genéricamente en

relación a Hernández que "dentro de las circunstancias atenuantes, se debe destacar su situación familiar (cónyuge y dos hijos), la falta de antecedentes específicos, el tiempo de detención en prisión preventiva que sufriera (dos años), el lapso de duración del proceso y la normal impresión personal recibida en ocasión de conocerle durante el debate. Entre las circunstancias agravantes, se destacan la falta de dificultad para ganarse correctamente el sustento, la compleja naturaleza de la acción cometida, y la pluralidad de personas" (fs. 43.757 vta.)

Respecto de López, los jueces valoraron como atenuantes su situación familiar (soltero, con un hijo) y las mismas circunstancias mencionadas respecto de Hernández.

Como agravantes, reiteraron idénticas consideraciones y agregaron su educación universitaria incompleta. En relación a Fernández y Fandiño, los magistrados brindaron análogos argumentos.

De la reseña efectuada queda evidenciado el error en que incurrió el Tribunal al momento de individualizar la sanción, dado que, además de enumerar someramente los tópicos apuntados, sin formular mayor explicación sobre su incidencia en la escala penal respectiva, no se valoraron concretamente las específicas pautas de dosimetría estipuladas en los arts. 40 y 41 del CP, de conformidad con la doctrina sentada en los precedentes invocados.

De este modo, al detectarse un error lógico (pues la conclusión no se deriva de las premisas planteadas), entiendo que el decisorio resulta arbitrario en lo que atañe a esta cuestión (art. 404 inc. 2º del CPPN).

Por otra parte, es de aplicación el criterio que sostuve al votar en la causa "*Diharce, Marcelino Carlos y otros/ recurso de casación*", resuelta el 22 de diciembre de 2005, registro 1151/05, en punto a que, como derivación del principio *ne bis in idem*, no es posible valorar dos veces las mismas

circunstancias. De esta manera, no podrán tenerse en cuenta a tal fin los antecedentes penales (o su carencia) como así tampoco la existencia de otras causas en trámite.

Pero además, tal como alega la defensa, los jueces valoraron "la pluralidad de personas intervinientes", circunstancia que constituye parte del tipo penal imputado (recuérdese que se los condena por la figura del art. 210, CP) que, por lo tanto, no puede integrar el análisis sobre la pena a riesgo de incurrir en una doble valoración de elementos inherentes al tipo penal escogido.

En otro sentido, concordantemente con el agravio defensorista, también se observa que se han valorado circunstancias agravantes que no fueron enumeradas por la acusación, extremo que configura un exceso en las facultades del Tribunal, que amerita anular la sanción impuesta.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente, sin costas, al recurso de casación deducido por las defensa, anular parcialmente la sentencia en lo que se refiere a las penas impuestas y remitir las actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara a fin de que sortee un nuevo Tribunal para que, previa audiencia, fije la sanción de los imputados de conformidad con los lineamientos sentados (arts. 404, inc. 2º, 456 incisos 1 y 2, 470, 471, 530 y cc. del CPPN).

En relación a la situación de Fernández, cabe destacar que durante la audiencia de informes, la defensa solicitó que se imponga una pena de tres años en suspenso, teniendo en cuenta que el nombrado había sufrido dos períodos en detención al inicio del caso y luego fue excarcelado. También expuso que, en razón del tiempo transcurrido desde los hechos, carece de todo sentido imponer una pena de efectivo cumplimiento.

Entiendo que asiste razón al recurrente, pues resulta de aplicación el principio de proporcionalidad de la sanción en

razón del delito imputado, el principio de intrascendencia de la pena a terceros previsto en el art. 5.3 de la CADH, el de mínima intervención y *última ratio* del derecho penal.

Sobre el particular cabe señalar que el principio de proporcionalidad, según ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR constituye una de los límites que debe observar el ejercicio del poder punitivo, y que no se deriva de ninguna naturaleza ni función retributiva de la pena, sino de la necesidad de contener la irracionalidad del poder, "...dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre la magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl-Alagia, Alejandro-Slokar, Alejandro Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003 pag 73, 130).

En esta misma línea sostiene Binder que "...dado que el uso de instrumentos violentos atenta contra la esencia misma del Estado de derecho surge el principio de razonabilidad, que no es otro que el mismo principio de mínima intervención sólo que aplicado a un caso concreto. No es que la pena debe ser razonable en el sentido de aplicación prudente, sino que razonable aquí significa demostración de que se trata del último recurso y que se han agotado todas las otras formas de intervención...aún cuando fuera el último recurso que le queda al Estado, debe demostrar que su aplicación es útil." (Cfr. Binder, Alberto Introducción al derecho penal, Ed. Ad Hoc.. Bs. AS. 2004, pag. 103)

Lo expuesto, me lleva a concluir que el principio de resocialización puede ser cumplido a través de la modalidad de la libertad condicional, fijándose un férreo control,

seguimiento y asistencia por parte del Patronato de Liberados, pues en definitiva nos encontramos ante una modalidad de cumplimiento de pena, extremos respecto de los cuales el Tribunal no se pronunció y que amerita su invalidación.

Al respecto, interesa destacar que "en la eliminación de las penas cortas de privación de libertad vienen a coincidir, por lo demás, tanto los que parten del convencimiento de la inidoneidad absoluta de la cárcel para desarrollar una función resocializadora, por lo que ven en dicha eliminación un primer paso en la vía de la gradual supresión de la prisión, como los que consideran que el control social puede igualmente ejercerse con técnicas más refinadas proporcionadas por medidas alternativas. En una posición intermedia se sitúan, a su vez, quienes estiman que para que la prisión pueda ser ejecutada en una perspectiva resocializadora requiere de un cierto tiempo que no se alcanza con las penas cortas, por lo que éstas tendrían una valoración criminológica negativa (...) Así pues, un sistema de sanciones que dé respuesta a las cuestiones expuestas debe contemplar, por una parte, la reducción de la pena privativa de libertad a los casos de 'estricta necesidad' (...), y por otra, la incorporación de un amplio y flexible elenco de 'medidas alternativas' que constituyan desde variantes de la misma privación de libertad, pero sin el carácter absoluto de la prisión, hasta sustitutivos o formas de suspensión de ésta" (De Sola Dueñas, Angel, García Arán, Mercedes y Hormazábal Malarée, Hernán, "Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba", Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986)

Sentado ello, teniendo en cuenta el pedido subsidiario y expreso del defensor para que se le imponga el mínimo de la pena prevista, considero que no existe óbice para hacerlo en esta instancia dado que se cumplió con la previsión del artículo 41, CP (fs. 44.293) -causa Niz, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación", N.132.XLV del 15 de junio de

2010-.

En esa dirección, se tienen especialmente en cuenta como atenuantes la favorable impresión causada en dicha audiencia, su situación familiar y el nivel de educación alcanzado, pues se recibió de contador público. Como circunstancia agravante, habré de considerar el cargo calificado que tuvo en la AFIP Filiación de Asesoría Técnica.

Analizando dichas consideraciones -en las que prevalecen las atenuantes-, a la luz de los principios de mínima intervención y *última ratio* del derecho penal ya enunciados entiendo que corresponde fijar la pena de tres años de prisión en suspenso en relación a Alejandro Roberto Fernández.

h. Finalmente, en relación a las críticas respecto de la previsión del artículo 12 del CP, sólo deseo dejar sentada mi posición disidente con los argumentos brindados por los colegas que me preceden en la votación.

La incapacidad civil contenida en el artículo 12 del Código Penal tiene carácter de pena accesoria pues la privación de libertad no implica que el condenado esté fácticamente imposibilitado de ejercer aquellos derechos que la norma cancela. Su imposición sólo debe estar autorizada en casos específicos para no afectar el principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena. "Ninguna duda cabe de que la privación de este derecho (...) no resultan de la restricción ambulatoria que importa el encierro. Sin duda, esta pena accesoria lesiona el principio de mínima irracionalidad, lo que indica que la ley debe ser interpretada muy restrictivamente, para evitar decisiones inconstitucionales." (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Derecho Penal, parte general*, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 985/987).

En consecuencia, sólo procederá su dictado en casos en que se pueda vincular la incapacidad con la naturaleza del

hecho (en el caso de la patria potestad) y cuando exista una real incapacidad del penado para administrar sus bienes, con claro perjuicio para su patrimonio (en el supuesto de la administración y disposición de los bienes); extremos que no se encuentran presentes en estas actuaciones y que no han sido meritados en la sentencia.

Tal es mi voto.

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal,

RESUELVE:

I. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.782/43.795 por los doctores Gustavo Adolfo Posleman y Horacio Raúl Semin asistiendo técnicamente a Hermando Fandiño y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Hermando Fandiño dictada por el tribunal a quo; sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.)

II. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.854/43.880 por el doctor Emiliano Espejo asistiendo técnicamente a Efraín José Freiberg y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de recurso; sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.)

III. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.885/43.973 por la doctora Patricia M. Garnero asistiendo técnicamente a Miguel Ángel Hernández y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Miguel Ángel Hernández dictada por el tribunal a quo, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

IV. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 43.974/44.092vta. por la doctora María Laura Alfano asistiendo técnicamente a Alejandro Roberto Fernández, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Alejandro Roberto Fernández dictada por el tribunal a quo, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

V. **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 44.093/44.105 por el doctor Luis Antonio Sasso asistiendo

técnicamente a Adrián Félix López, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la condena de Adrián Félix López dictada por el tribunal a quo, sin costas (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

VI. **RECHAZAR** los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la doctora María Laura Alfano asistiendo técnicamente a Alejandro Roberto Fernández -obrante a fs. 43.974/44.092vta.-, por el doctor Emiliano Espejo asistiendo técnicamente a Efraín José Freiberg -obrante a fs. 43.854/43.880- y por la doctora Patricia M. Garnero asistiendo técnicamente a Miguel Ángel Hernández -obrante a fs. 43.885/43.973-, **DECLARAR** la constitucionalidad del art. 210 C.P., y **CONFIRMAR** la resolución recurrida, sin costas (arts. 475, 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

VII. **DECLARAR INOFICIOSO** el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del art. 15 inc. "c" de la ley 24.769 introducido por la defensa de Efraín José Freiberg en su recurso de inconstitucionalidad de fs. 43.854/43.880, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* C.P.P.N.).

VIII. **RECHAZAR** la adhesión efectuada a fs. 44.147/44.148 por el doctor Albino José Stefanolo asistiendo técnicamente a Julián Martín Cardillo, a los recursos de las defensas de sus consortes de causa y, consecuentemente, **CONFIRMAR** la resolución recurrida en todo cuanto fue materia de la adhesión efectuada (arts. 530 y 531 *-in fine-* C.P.P.N.).

IX. **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 43.801/43.828vta. por el doctor Fernando Leone en representación de la parte querellante AFIP-DGI y, en consecuencia; 1) **ANULAR** los puntos dispositivos 5, 6 y 7 de la resolución recurrida en cuanto se resolvió conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba en favor de Julián Martín Cardillo, Alberto Eugenio Furchini y Efraín José Freiberg, y consecuentemente, **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda,

previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho (art. 471 C.P.P.N.); **2) ANULAR** los puntos dispositivos 9 y 10 de la sentencia impugnada en cuanto dispusieron la absolución de Mariano Luis Doldán y Roberto Adrián Agüero, respectivamente, en orden a los hechos por los que fueron acusados por la parte querellante, y, en consecuencia, **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, previa sustanciación, dicte sentencia conforme a derecho; sin costas (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

X. **TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada por las partes.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Nota: Se deja constancia que la señora jueza, doctora Angela Ester Ledesma, participó de la deliberación, emitió su voto y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399 *in fine* del C.P.P.N.).

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí: