M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA

Sala II
Causa Nº FRO 86000334/2011/TO1/4
"FRO 86000334/2011/TO1/4 Dubarry, Miguel Gustavo y otro s/ recurso de casación"
Registro nro.: 1501/19
LEX nro.: FRO 86000334/2011/TO1/4

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 19 días del mes de Julio de dos mil diecinueve, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, la jueza doctora Ana María Figueroa y el juez Diego Barrotaveña como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 7/37, de la presente **Causa Nro. FRO 86000334/2011/TO1/4/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada: "**DUBARRY, Miguel Gustavo s/ recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé. Ejerce la defensa particular de Miguel Gustavo Dubarry el doctor Néstor Antonio Oroño y del imputado Carlos Mario Clerc el doctor Juan Carlos Palacios.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designada para hacerlo en primer término la señora jueza doctora Ana María Figueroa, en segundo lugar el juez Alejandro W. Slokar y tercer lugar el juez, Diego Barrotaveña.

La señora juez **doctora Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fé, con fecha 11 de octubre de 2017 resolvió —en lo aquí pertinente- *"**I.- NO HACER LUGAR** al planteo de insubsistencia*

de la acción penal por plazo razonable interpuesto por el Dr. Néstor Oroño. ***II.- CONDENAR a MIGUEL GUSTAVO DUBARRY,*** *cuyos demás datos de identidad obran precedentemente, como autor responsable del delito de* ***DEFRAUDACIÓN EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA (arts. 174 inc. 5 en función del art. 172, y 45 del Código Penal)*** *a la pena de* ***DOS AÑOS y DIEZ MESES DE PRISIÓN,*** *cuyo cumplimiento es dejado en suspenso (art. 26 del C. Penal).* ***III.- CONDENAR a CARLOS MARIO CLERC,*** *cuyos demás datos de identidad obran precedentemente, como partícipe necesario del delito de* ***DEFRAUDACIÓN EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA (arts. 174 inc. 5 en función del art. 172, y 45 del Código Penal)*** *a la pena de* ***DOS AÑOS y DIEZ MESES DE PRISIÓN,*** *cuyo cumplimiento es dejado en suspenso (art. 26 del C. Penal)....”* (fs. 7/8 vta. y 10/37).

Contra lo allí decidido, el letrado asistente del imputado Carlos Mario Clerc, doctor Juan Carlos Palacios, dedujo recurso de casación a fs. 39/46 vta., y el letrado asistente del coimputado Miguel Angel Dubarry, doctor Néstor A. Oroño, interpuso recurso de casación a fs. 47/57 los que fueron concedidos por el *a quo* a fs. 58/59 y mantenidos a fs. 68 y 71 respectivamente.

2º) Agravios comunes a ambas defensas.

Las defensas de los imputados encarrilaron sus recursos en el artículo 456, ambos incisos, del Código Procesal Penal de la Nación.

Al respecto, sostuvieron, que debe declararse la nulidad del debate y la sentencia, como consecuencia necesaria, toda vez que en las preliminares del inicio de la audiencia de debate ambas defensas solicitaron la suspensión del juicio a prueba en favor de sus asistidos Clerc y Dubarry

M. ANDREA TRUFCHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA

y el Tribunal de juicio denegó dicho requerimiento y sin más dio inicio al juicio sin darle a la defensa la posibilidad de recurrir la negativa. Más aún, explicaron que aunque los jueces les hubiesen denegado la posibilidad de recurrir en casación, de todos modos, les quedaba la posibilidad de acudir en queja directamente ante la Cámara Federal de Casación Penal.

En otro orden, ambas defensas, insistieron con el planteo de insubsistencia de la acción penal por haber operado el plazo razonable para el juzgamiento de la presente causa.

En tal entendimiento, adujeron que de la reseña de los hechos formulada en la sentencia ("Considerando", punto "I. a, b, c, d"), deviene evidente que las incidencias generadoras de la demora en la tramitación de la causa, en gran medida son ajenas a la actividad de la defensa; por ejemplo la demora en la resolución del trámite de las excepciones - casi tres años-, hecho total y exclusivamente atribuible al órgano jurisdiccional.

Explicaron que *"Los planteos recursivos a los que se alude en el fallo impugnado, son aquellos que el digesto procesal prevé y que materializan el derecho de defensa. Mal podría responsabilizarse o "castigarse" al imputado por ejercer un derecho. Adviértase que para la articulación de cada planteo recursivo, las partes deben ajustarse estrictamente a los plazos previstos en el Código Procesal, que jamás excede de diez días. La demora, en todo caso, no debe atribuirse al planteo recursivo, sino al trámite que se imprime al mismo, resorte exclusivamente administrado por el*

juez o tribunal".

La defensa de Dubarry, enfatizó que *"...por los ya advertidos efectos deletéreos y negativos que el transcurso del tiempo irroga sobre uno de los pilares constitutivos del debido proceso, como es la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio del justiciable, por la irremediable pérdida de las pruebas. Lo que en el presente caso pudimos verificar objetivamente: el fallecimiento de dos testigos (Dres. Caminos y Rivera); la imposibilidad de concurrir al debate por razones de salud del testigo Sr. Carril; del testigo Sr. Bugnard. La imposibilidad de hallar al testigo Sr. Pero".*

Dichas circunstancias que a su modo de ver, imposibilitaron reconstruir adecuadamente los hechos, por lo cual, *"mal podría en esta situación sostenerse un panorama probatorio de certeza sobre la responsabilidad penal del imputado Dubarry, presupuesto para disponer -tal ha ocurrido-, una sentencia condenatoria".*

Por otra parte, los recurrentes alegaron una violación al principio de congruencia por parte de los sentenciantes, habida cuenta que el Tribunal, difirió los términos de la imputación formulada a los imputados en ocasión de prestar declaración indagatoria y en el requerimiento de elevación a juicio, con los términos del alegato del señor Fiscal en la instancia de juicio.

En tal sentido, refirieron que ha existido una violación al principio de congruencia, pues *"tanto en la indagatoria como en el requerimiento de elevación a juicio parecería que el juez fue víctima de la maniobra engañosa, mientras que en el alegato acusatorio el fiscal general apuntó a una posible connivencia del magistrado, aunque fue cuidadoso en solicitar que se amplíe la investigación a otras personas*

DRA. ANDREA TOLLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

en forma genérica e innominada. Por ende, se ha modificado la base fáctica sobre la que debió defenderse a Clerc y Dubarry".

En cuanto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, las defensas se agraviaron en relación a que *"… en las dos primeras intervenciones del acusador público aparece como la elaboración de un ardid propio del art. 172 del Código Penal, estructurado por los encartados Dubarry y Clerc, muta en la última intervención fiscal a un acuerdo en el que se incardina el accionar del Juez Federal N° 1. En ese sentido claramente se orientó la estrategia probatoria del Señor Fiscal de juicio (v. interrogatorios a empleados y funcionarios del Juzgado al momento de los hechos; muestreo de los cruces de llamadas entre el Dr. Clerc y el Dr. Reinaldo Rodríguez; alegaciones sobre vinculaciones en época de estudiantes de ambos; en la trayectoria docente de ambos en la UNLZ, etc.)".*

Por su parte, la defensa del imputado Dubarry expresó que *"…surge evidente la inexistencia de un elemento propio del tipo de estafa, como lo es el ardid. Consecuentemente, el hecho no tiene encuadre típico, resultando la condena dispuesta, violatoria del principio de legalidad y estado de inocencia, emergentes del art. 18 de la Constitución Nacional y de la normativa convencional que conforma el bloque de constitucionalidad federal […] que el tipo penal de la estafa se caracteriza por una doble relación entre el engaño y el error, y entre éste y la disposición patrimonial perjudicial. El engaño debe haber sido determinante del error y éste a su vez debe haber sido la causa de la disposición. Aquí, es más*

que evidente que no hubo engaño al juez, sino que éste actuó interpretando valorativamente los bienes jurídicos en juego, haciendo una clara opción por la preservación del derecho de propiedad del amparista en detrimento de la normativa estatal de excepcionalidad".

Finalmente, los recurrentes, por los fundamentos expuestos solicitaron que se anule la sentencia recurrida y se remitan las actuaciones a un nuevo Tribunal a fin de que se dicte una nueva, subsidiariamente requirieron se case el fallo impugnado y se proceda a la absolución de Clerc y Dubarry (confr. fs. 48 vta. y 57).

En ambos casos se efectuó la reserva del caso federal.

3º) Que superada la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., las presentes actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

-II-

I) a) Liminarmente, corresponde señalar que en el presente caso se encuentra bajo estudio la cláusula constitucional del derecho de todo justiciable a ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas conforme lo prescriben los artículos 18 y 75 inciso 22 de la CN; 7.5 y 7.6, 8.1 de la CADH y 14.3.c del PIDCyP, por lo que corresponde abocarse a su tratamiento.

Ello así, pues su desconocimiento podría traer aparejado el incumplimiento del Estado Argentino de sus compromisos asumidos ante la comunidad internacional al ratificar los tratados antes citados.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al afirmar *in re* "Cuatrin, Gladys María y otros s/contrabando-causa nº 146/91 B" que *"…el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación*

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 322:360, esp. disidencia de los jueces Fayt, Bossert, Petracchi, Boggiano y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión…" (Considerando 7º).

Sobre la base de la dirección planteada, corresponde analizar la vigencia de la acción penal seguida en esta causa contra los imputados, en la medida que su omisión podría causar un perjuicio irreparable o de imposible reparación ulterior, manteniendo el estado de incertidumbre y de sospecha sobre los encausados, a quienes no se le pueden imputar las irregularidades en el proceso, ni las demoras en la sustanciación de los actos procesales, porque es responsabilidad de los jueces asegurar las garantías constitucionales, el debido proceso y el derecho de todo imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, en un plazo razonable.

Dicho lineamiento resulta coincidente con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha receptado este criterio en "Kipperband" -votos de los Dres. Bossert, Petracchi y Boggiano- (Fallos 322:360), y en los precedentes "Barra" (Fallos 327:327) y "Egea" (Fallos 327:4815), "Cuatrín" (331:600), "Ibañez, Angel Clemente s/robo con armas" (I.159.XLIV, 11 de agosto de 2009), "Arisnabarreta" (Fallos 332:2159), "Bobadilla" (Fallos 332:2604), "Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro" (O.114.XLIII, 19 de octubre de 2010) y más recientemente in re "Kreutzer, Guillermo Oscar

Alejandro s/causa 9880" (K.52.XLV del 15/6/10) y "Bossi y García S.A. (TF 5932-A) c/DGA" (B.1229.XLIII del 8/11/11).

Además, sobre el tema traído a estudio es necesario señalar en primer lugar la legislación aplicable al caso -tanto nacional como internacional-; en segundo lugar la jurisprudencia aplicable -de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- y finalmente, concluir si le es aplicable o no tal doctrina a este caso concreto.

Que en Argentina, aún antes de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, hubo un sostenido reconocimiento del derecho internacional sobre los derechos humanos, el que tuvo su correlato en el derecho interno, así como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del advenimiento de la democracia.

En este sentido el Alto Tribunal reconoció, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que el derecho de los tratados tenía primacía sobre el derecho interno, de acuerdo a lo expuesto por el Alto Tribunal en Fallos 315:1492, en punto a que *"la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno"* y agregaron que *"esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino"*, para concluir que esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Posteriormente se reconoció el sometimiento del país a la interpretación que en materia de Derechos Humanos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente

M. ANDREA TELECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

a la comunidad internacional (Fallos: 317:1282 -considerando 8- y Fallos 318:514).

Como consecuencia de este reconocimiento de la supremacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno, en oportunidad de la reforma constitucional del año 1994, en el artículo 75 inciso 22 se incluyeron once instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que cabe señalar a la *"Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"*, con el objeto de erradicar cualquier tipo de discriminación así como para garantizar el principio de igualdad, el goce de los derechos esenciales del hombre y el respeto a la dignidad humana.

El reconocimiento de estos ordenamientos, es de gran importancia porque de tolerar prácticas contrarias a tales preceptos, se estarían desconociendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la materia.

Para evitar la repetición de conductas conculcatorias de tales derechos, los Estados Parte se han comprometido en los artículos 8.1 de la CADH a garantizar, a toda persona, el *"derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente"* y en el 9.3 y 14.3 c) del PIDCyP *"Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal… tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad…"* y *"a ser juzgada sin dilaciones indebidas"*. De esta manera, su incumplimiento, genera

responsabilidad del Estado Argentino ante la comunidad internacional.

Desde esa fecha en adelante, se ha evolucionado constantemente sobre el tema. La CIDH, manifestó por primera vez en la opinión consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984 que *"El artículo 1.1, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'"* (Corte IDH, Serie A, nº 4, p. 30).

Por esta razón los Estados parte de la Convención se comprometieron a respetar los derechos, garantías y libertades, garantizando su ejercicio, a todas las personas que están sujetas a su jurisdicción, por lo que resulta de aplicación necesaria los referidos artículos convencionales.

Que finalmente, en lo que hace a las previsiones normativas de tipo internacional aplicables al caso, aunque no incorporados a nuestra CN cabe señalar, en consonancia con los instrumentos internacionales referidos, que el Estatuto Universal del Juez de 1999, establece en su artículo 6º que *"el juez debe cumplir sus obligaciones profesionales en un plazo razonable y poner en marcha todos los medios necesarios que tiendan a la mayor eficacia"* y el Estatuto Iberoamericano del Juez de 2001, en su artículo 42, establece que *"los jueces deben procurar que los procesos o su cargo se resuelvan en un plazo razonable"*.

En conclusión, la suscripción de los instrumentos mencionados revela el compromiso asumido por el Estado, -en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto del Juez Iberoamericano- que en el Estado constitucional y

M. ANDREA TELECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

democrático de Derecho y en el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de trascender el ámbito de ejercicio de dicha función, procurando que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acuda en demanda del servicio.

Que esta previsión normativa, tuvo su correlato en materia jurisprudencial y en este sentido, cabe mencionar en primer término a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto en el caso "Suárez Rosero vs. Ecuador" del 12 de noviembre de 1997 –referido a una prisión preventiva- y posteriormente en igual sentido en "Baldeón García vs. Perú" del 6 de junio de 2006, señaló que "el principio de 'plazo razonable' al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto de procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo" y a continuación agregó –compartiendo el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos- que "se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a)la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales y concluyó en este caso que el Estado de Ecuador,

violó en perjuicio de Suárez Rosero, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad en violación a los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana.

Posteriormente, en Forneron e hijo vs. Argentina, la Corte Interamericana —con referencia al caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago y González Medina y familiares vs. República Dominicana-, señaló que *"el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales"*, reafirmando que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar los siguientes elementos *"a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"*.

El 28 de noviembre de 2002, el mismo tribunal señaló en el caso "Cantos", respecto de lo previsto en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana que "Este Tribunal observa al respecto que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de ésta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado" y continúa señalando —con cita de la Corte Europea de Derechos Humanos— que tanto el Estado como el demandante incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna y agregaron que *"si la conducta del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la*

duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable".

El 27 de noviembre de 2008, en el caso "Valle Jaramillo y otros", el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, señaló que la Corte Interamericana había seguido hasta hoy el criterio adoptado por la Corte Europea de Derechos Humanos, y señala los tres datos relevantes y agregó -en lo que hace a la conducta procesal del interesado-, que se debe distinguir con prudencia entre las *"acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa —bien o mal informada- y aquellas otras que sólo sirven a la demora. Por supuesto, no se trata de trasladar al inculpado que se defiende la responsabilidad por las demoras en el enjuiciamiento y, en consecuencia, por la violación del plazo razonable".*

A continuación, introdujo un nuevo concepto o elemento -para poder evaluar una afectación al derecho-, pero no como una forma de relevar los elementos anteriores, sino como un "plus" que se agrega para la ponderación de manera asociada con los otros factores. En este sentido apuntó que como cuarto elemento, debe considerar lo que denominó la *"afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica- del individuo. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en*

breve tiempo –'plazo razonable'- se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste". Y agregó que tal afectación *"debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota"*.

Por último, en lo que aquí interesa, agregó que se ocupó de este tema con anterioridad en los casos Sawhoyamaxa (Paraguay), del 29 de marzo y Masacres de Ituango (Colombia), del 1 de junio de 2006 y que en el caso Valle Jaramillo y otros *"la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana –o junto con ellos- es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso –también mayor o menor- del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de un obligación o de un derecho"*. En ocasiones es irrelevante el tiempo transcurrido para la ponderación del daño, en otras *"es muy lesivo para la víctima"*, por ello los tres elementos primigenios deben ponderarse a la luz del perjuicio que se está causando a la víctima. El tiempo no corre igual para todos ni los elementos considerados tradicionalmente para fijar la razonabilidad del plazo afectan a todos por igual.

Posteriormente, en el caso Kawas Fernández vs. Honduras del 3 de abril de 2009, el mismo juez reiteró la necesidad de la agregación, para el análisis de la afectación al plazo razonable, del requisito de la *"afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso"* y agregó que *"es evidente que no se trata de agregar 'condiciones' o 'exigencias' a la ponderación del plazo, sino*

MA. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

de atraer la observación del tribunal hacia otros datos que puedan contribuir al mejor examen del asunto" finalmente agregó que en algunos supuestos, *"no será necesario internarse en el análisis de este cuarto dato, como en otros no lo ha sido y no lo es emprender el estudio de cada uno de los tres restantes elementos"* y que esta novedad mejora y favorece el estudio de casos justiciables y la adopción de las definiciones pertinentes.

Que en cuanto a la legislación local aplicable a la materia, cabe señalar que el código de rito no tiene una previsión expresa sobre la duración que debe tener un proceso, aunque sí lo tiene respecto de otras cuestiones, pero vinculadas a este tema.

En primer lugar, el artículo 43 establece que *"no procederá la acumulación de causas cuando determine un grave retardo para alguna de ellas"*, de esta manera se busca salvar el derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento definitivo de su situación procesal en el menor tiempo posible, evitando una demora perjudicial para el derecho de defensa y un obstáculo material a la instrucción.

El artículo 207, establece que *"La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro meses a contar de la indagatoria. Si ese término resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga a la Cámara de Apelaciones, la que podrá acordarla"*. Por último prevé para casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, que exceda excepcionalmente de dicho plazo. Este artículo, además de resguardar la garantía señalada en el punto anterior, establece el punto a partir del

cual comenzaremos a computar los plazos, esto es con el momento del cumplimiento de la declaración indagatoria, no desde que fue ordenada o ampliada posteriormente, siempre, claro está para los casos en que el imputado no esté detenido, porque en este último caso los plazos se comienzan a contar desde la fecha de detención. Similar previsión tiene el artículo 207 bis, pero para el Ministerio Público Fiscal.

El artículo 316, que trata de la procedencia de la exención de prisión, tiene también una previsión vinculada al plazo razonable.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la previsión de la ley 24.390, modificada por la ley 25430, que establece los plazos de la prisión preventiva y que como tal, también se vincula con el derecho que tiene toda persona a ser juzgada en un plazo razonable.

Finalmente, el artículo 360, establece la posibilidad de unificación o separación de juicios *"siempre que ella no implique un grave retardo"*.

Concordantemente con la legislación aplicable al caso -internacional como local y en base a la jurisprudencia de la Corte IDH, como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina-, este Tribunal dictó la reglas prácticas para los delitos complejos y de lesa humanidad que también busca resguardar el derecho que tienen tanto los imputados, como las víctimas a la conclusión de los procesos penales en un tiempo razonable, atendiendo a las características y complejidad de cada uno de los casos.

En cuanto a la jurisprudencia local aplicable al caso, me limitaré a referirme a los casos Kipperband; Barra; Fiszman y Losicer (Fallos: 322:360; 327:327; 332:1492 y 335:680, respectivamente).

M. ANDREA TEULECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

En este sentido, en el caso de Fallos: 322:360, los Sres. Jueces Fayt y Bossert, apuntaron que la Corte ya se había expedido en el caso "Mattei" en el sentido que la *"garantía constitucional de la defensa en juicio, incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"* —consid. 5º-. Los jueces Petracchi y Boggiano, por su parte, coincidieron en que antes de su expresa incorporación a la CN, el *"derecho invocado ya había sido reconocido por este Tribunal al interpretar los principios de progresividad y preclusión como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios"* y concluyeron —en ese caso-, que la duración del proceso desde comienzos de 1985 hasta hoy -1999- *"resulta, en sí, violatoria del derecho del imputado a ser oído judicialmente en un plazo razonable"*.

Posteriormente en Fallos: 327:327, los jueces Petracchi, Boggiano y Fayt señalaron que la cuestión era sustancialmente idéntica a la de Fallos: 322:360 y se remitieron a lo allí afirmado.

En el caso de Fallos: 332:1492, el Alto Tribunal en su actual composición señaló, con referencia al caso "Mattei" que *"la prosecución de un pleito inusualmente prolongado —máxime si tiene naturaleza penal- conculcaría el derecho de defensa del recurrente en tanto 'debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener —*

después de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre de innegable restricción que comporta el enjuiciamiento penal" –consid. 4º)- y agregó que este principio no sólo es un corolario del derecho de defensa en juicio, sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (arts. 8.1 de la CADH y 14.3 del PIDC y P, en función del art. 75 inc. 22 de la CN y con cita de "Egea" agregó que *"cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión del curso de la prescripción 'la duración del proceso penal por [en el caso] casi dos décadas, viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable de proceso y del derecho de defensa"* –consid. 5º)-.

Finalmente, en junio de 2012 en Fallos: 335:1126, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apuntó que *"…en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales"* –consid. 8)-, para concluir que el plazo razonable es una garantía exigible en toda clase de proceso; que el transcurso de casi veinte años resulta contrario al principio de celeridad, economía y eficacia y podría *"implicar una mengua en la garantía del juicio sin dilaciones indebidas"*.

b) En virtud de lo expuesto, entiendo que en las presentes actuaciones no se advierte una vulneración a la garantía constitucional de los imputados a ser juzgados en un

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

plazo razonable, lo que nos lleva a concluir que la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, en lo que a la presente cuestión se refiere, se encuentra debidamente fundada y que los recurrentes no logran rebatir los fundamentos allí vertidos por lo que corresponde rechazar el agravio esgrimido al respecto.

II) Sentado cuanto antecede, resulta conveniente en primer lugar recordar el hecho por el cual resultaron condenados Miguel Gustavo Dubarry y Carlos Mario Clerc.

Es así que el tribunal tuvo por acreditado que "entre el 30 de junio y el 3 de julio de 2003, Miguel Gustavo Dubarry adquirió bonos de la deuda pública —denominados BOCON 2225 PREV. U$S 2DA.- en dólares estadounidenses, que fueron depositados en la subcuenta comitente N° 1891 de 'Caja de Valores S.A.', abierta a su nombre y de su cónyuge María Eugenia Burgnard por intermedio del agente de bolsa Miguel J. Carril, en fecha 24 de junio de 2003".

De seguido, los magistrados señalaron que "Dubarry compró al contado —en total— 195.200,0256 bonos especie 2225 Pre4 en U$S. El 30 de junio de 2003 fueron 57.089,9504, el 1° de julio 73.677,1696, el 2 de julio 32.582,1280 y el 3 de julio 31.850,7776, mediante boletos N° 779, 786, 805 y 828, respectivamente; con la intervención del operador bursátil mencionado. Luego de vender algunos de esos títulos durante los meses posteriores, el saldo de la cuenta quedó en 167.067,6832 bonos".

Luego, expresaron que "Habiendo contratado los servicios profesionales del abogado Carlos Mario Clerc con la

finalidad de obtener el pago de los bonos, el 7 de septiembre de 2004 incorporó a esa cuenta a su suegro, Fernando Burgnard, quien contaba con 91 años, y obtuvo dos días después un certificado de la 'Caja de Valores S.A.' que acreditaba la tenencia a nombre de ambos de los títulos públicos al 8 de septiembre de 2004".

"El 28 de septiembre del mismo año el Dr. Carlos Mario Clerc concurrió a la oficina de la escribana Susana Graciela Fernández Petroni —sita en la ciudad de Santa Fe— a fin de certificar copia del documento nacional de identidad de Fernando Burgnard, y al día siguiente interpuso una acción de amparo y medida cautelar contra el estado nacional ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia N° 1 de Santa Fe, suscripta por el mismo Burgnard y a la cual adhirió —en la misma pieza procesal— Miguel Dubarry, todo ello con su patrocinio letrado".

Añadieron que: "Mediante la acción judicial interpuesta se procuraba la declaración de inconstitucionalidad de los decretos 471/2002 y 1316/2002, de las leyes 25.725 (art. 2), 25.587 y 24.624 (art. 19) y de las resoluciones del Ministerio de Economía de la Nación 73/02 y 158/03 -así como de toda la normativa reglamentaria y/o complementaria-, y que se ordene al Estado Nacional se abstenga de aplicar estas normas y entregue a los accionantes la suma correspondiente a capital, amortización e intereses de los títulos públicos".

En relación a ello se anotó que "La demanda contaba con un encabezado que rezaba 'EXCEPCIÓN POR EDAD y ENFERMEDAD (91 años)', y se adjuntó la copia certificada de la primera hoja del DNI de Burgnard y de la correspondiente al cambio de domicilio a calle Mariano Quiroz N° 1028 de la ciudad de

MARIA ANDREA TRUCHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Rafaela (prov. de Santa Fe), dos fotografías del nombrado, certificado de 'Caja de Valores S.A.' que acreditaba que al 8 de septiembre de 2004 se encontraban en custodia 2225 Bocones Previsionales U$S 2 D.A. (C.G.) —por un valor de U$S 167.067,68-, así como un certificado de discapacidad de Fernando Burgnard, fechado en Buenos Aires el 23 de junio de 2004 y que daba cuenta de sus antecedentes trombóticos, de la amputación suprarrodilla izquierda y de su deficiencia motora".

De seguido, detallaron que "El 8 de octubre el juez federal actuante tuvo por promovida la acción, suspendiendo en el caso la aplicación de lo dispuesto en el art. 2° inc. e) de la ley 16.986 (plazo para interponer la demanda), mencionando entre sus fundamentos que se trata de una persona de 91 años con serios problemas de salud, y que esa situación robustece la necesidad de habilitar a su respecto la vía expedita del amparo".

Luego, señalaron que "El 22 de octubre de 2004 se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se ordenó al Estado Nacional que se abstenga de pesificar los bonos y le entregue a los accionantes las sumas correspondientes a los conceptos peticionados. Tres días después, a petición del Dr. Clerc, se fijó el plazo de 72 hs. para que la parte demandada cumplimente con lo ordenado. El 26 de octubre el nombrado acompañó acta con su sola firma —que se agregó al expediente de amparo a fs. 26-, mediante la que constituyó caución juratoria en su carácter de letrado patrocinante de Dubarry y Bugnard".

"El 11 de noviembre se presentó en la causa el Estado Nacional —mediante apoderado—, informando que se estaban llevando a cabo las medidas pertinentes para dar cumplimiento a la manda judicial".

"El 1° de diciembre de ese año el apoderado de la Procuración del Tesoro de la Nación informó al juez que los bonos cuyo pago se reclamaba, ingresaron a la cuenta de los actores con posterioridad al diferimiento de pago de la deuda pública, por lo que estarían fuera de las excepciones previstas por los arts. 1° de la ley 25.587 y 60 inc. d) de la ley 25.827; solicitando se les requiera la acreditación de la tenencia de esos bonos con anterioridad al 31 de diciembre de 2001".

Relataron que "El amparista contestó el traslado expresando que la cuestión debía ser evaluada en la sentencia definitiva y que no podía impedir el cumplimiento de la medida cautelar que se encontraba firme. Mediante resolución de fecha 30 de diciembre de 2004 el juez resolvió intimar al Estado Nacional a cumplir con la cautelar dispuesta bajo apercibimiento de astreintes, lo que luego se efectivizó a través de resolución de fecha 14 de marzo de 2005, pese a los planteos recursivos intentados por los representantes del Estado que resaltaban que se estaba ante la comisión de una maniobra especulativa".

"El 8 de noviembre de 2005 se hizo lugar a la acción de amparo, declarando la inconstitucionalidad de las normas individualizadas en la demanda, así como la no aplicación de toda normativa legal que se oponga al contenido de la sentencia. Asimismo se dispuso que el Ministerio de Economía de la Nación remita a "Caja de Valores S.A." los fondos necesarios para abonar los bonos acreditados en la cuenta

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

comitente N° 1891; lo que ya se había efectivizado tiempo atrás a través de la medida cautelar referida anteriormente".

"Apelada en tiempo y forma la sentencia por los abogados del Estado Nacional, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario la revocó el 18 de abril de 2006, rechazando la acción de amparo; lo que, de acuerdo a las constancias del expte. N° FRO 53000273/2004 ha quedado firme".

Por fin, destacaron que "…tal como lo resolviera la Cámara Federal al tratar un planteo de aclaratoria en la causa, atento la provisionalidad de las medidas cautelares, cuando la sentencia definitiva alcanza autoridad de cosa juzgada se extingue de pleno derecho la eficacia de la resolución cautelar, sin que sea necesaria su declaración judicial. Pese a ello, a la fecha el Estado Nacional no ha podido recuperar los fondos que se abonaran a los amparistas Fernando Burgnard y Miguel Dubarry, tal cual lo manifestara el representante de la Procuración del Tesoro de la Nación, Dr. Fernández Vigil, al prestar declaración en el juicio".

Así, Miguel Ángel Dubarry fue condenado por resultar autor del delito de defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5º en función del art. 172 del Código Penal), en tanto Carlos Mario Clerc fue considerado partícipe necesario de ese mismo ilícito.

III) Que, en relación a ello, cabe señalar que el artículo 174 inciso 5º del Código Penal establece una estafa agravada por la calidad del damnificado por el fraude, de suerte que su aplicación dependerá de la existencia de una conducta defraudatoria.

Es así que la figura calificada demanda, inicialmente, la concurrencia de los elementos tradicionalmente exigidos por el artículo 172 del Código Penal: la comprobación de la existencia de un ardid, idóneo para inducir en error al engañado y que, por ende, provoque un acto de disposición patrimonial que le cause a la víctima un perjuicio económico.

Sobre ello, se ha sostenido que *"…en el delito de estafa, la acción del sujeto activo debe de estar dirigida a pergeñar un ardid o engaño con aptitud suficiente para hacer incurrir en un error, verificándose que tal ardid o engaño no provenga de la propia torpeza o descuido de la víctima sino que derive de un ardid ejercido con una entidad tal que genere el error que provocó el perjuicio patrimonial"* (cfr. Sala III, causa nº 5031 "Manchova, Cristiana R. y otro s/rec. de casación" Reg. 456/04 del 2/9/04).

Además, cabe tener presente que la defraudación en el marco de un proceso judicial *"…puede cometerse tanto por demandar judicialmente con base en documentos falsos, cuando por hacerlo con documentos auténticos maliciosamente retenidos o con aquellos que, aún sin mediar tal circunstancia, hubiesen quedado en poder del acreedor por una negligencia o liberalidad del deudor, luego de cumplida íntegramente la obligación."*

IV) Que, a partir de lo *ut supra* dicho, y abocada ahora a examinar la sentencia puesta en crisis, habré de adelantar que la pretensión de los recurrentes tendrá favorable acogida, en sustento a las consideraciones que de seguido señalaré.

Es así que en el caso de autos y conforme se plasmara en la sentencia, la maniobra habría sido desarrollada del siguiente modo: 1º) Miguel Gustavo Dubarry adquirió bonos de

MARIA ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

la deuda pública con fines especulativos; 2º) Contrató al abogado Carlos Mario Clerc, quien puso al servicio de la maniobra su pericia jurídica; 3º) Incorporó a su suegro, Fernando Bugnard a la cuenta comitente; 4) Se presentó un amparo ante la justicia federal de Santa Fe, acompañado por una copia certificada del Documento Nacional de Identidad de Fernando Bugnard donde figuraba un cambio de domicilio a la ciudad de Rafaela; y 5) Cobró dos cheques a partir del resultado favorable de la medida cautelar ordenada por el juzgado interviniente.

La defensa del encartado Dubarry objetó la definición de "especulativa" de la compra de los bonos 2225 BOCÓN PREV. u$s 2DA. En relación a ello, señaló durante todo el decurso del proceso que, previo al default, su pupilo detentaba bonos de la deuda pública que habían sido entregados como pago de honorarios profesionales.

Efectivamente, ello surge de la declaración brindada en el debate por el agente de bolsa Miguel del Carril, que definió las operaciones realizadas por el imputado Dubarry como "un arbitraje", en tanto con la venta de los bonos de la especie PR12 se compraron bonos de la especie 2225. Sin embargo, el *a quo* ha omitido pronunciarse respecto del argumento defensista y tampoco ha valorado ese testimonio. Es así que, más allá de la relevancia del extremo en relación al delito atribuido, tal aseveración no se ha visto contrastada.

Luego, invariablemente el nombrado afirmó —tanto en su declaración brindada en la instrucción (fs. 335) como en la prestada en el debate— que la incorporación de su suegro en la

cuenta comitente se debía a que mantenía con él una importante deuda y que fue éste quien se contactó con el abogado Carlos Mario Clerc para intentar el cobro por vía judicial.

Empero, los sentenciantes, lejos de descartar la versión defensista, se limitaron a señalar que: *"Si bien Dubarry intentó justificar la inclusión de su suegro con una supuesta deuda que tenía con él, desde que adquirió los bonos en dólares hasta que lo incorporó a la cuenta comitente de su titularidad, transcurrieron más de catorce meses; quedando desvirtuada la hipótesis presentada por el encausado y evidenciándose el aprovechamiento de las circunstancias personales de Bugnard para el fin oneroso propuesto"*. Va de suyo que esta sola afirmación basada en la voluntad del judicante no es suficiente para conmover la versión de los hechos que constantemente ha sostenido el encausado en cuanto a la condición de acreedor que gozaba a su respecto el fallecido Bugnard.

Ahora, de otra parte, se observa un déficit de fundamentación respecto al extremo relativo al cambio de domicilio en el Documento Nacional de Identidad del amparista Bugnard.

Ello así, y aun prescindiendo de la contradicción que supone afirmar indistintamente en la misma sentencia que *"Si bien no se ha demostrado cual era el preciso beneficio derivado de esta elección"*, *a la vez que "era indispensable para legitimar la competencia del juez"*, *lo cierto es que, como reconocen los propios sentenciantes* ***"no ha sido posible acreditar los detalles de la falsificación"*** (el destacado nos pertenece).

En efecto, repárese que, si bien no existe controversia en torno a que ni el sello ni la firma inserta en

el documento son originales, únicamente se han incorporado al proceso conjeturas acerca del beneficio que ello les habría acarreado a los imputados, pero nada se ha expresado acerca de su realización, instigación o siquiera tuvieran conocimiento de tal falsedad documental.

Por cierto, este aspecto de lo que fue definido como una "maniobra ardidosa" apenas ha sido indagado en los dilatados 15 años de proceso. Es así que, culminado el debate, los sentenciantes solo contaron con indicios y conjeturas acerca de ello.

Repárese que en la sentencia se han referenciado ciertos "indicios" respecto a esta cuestión, mas no es posible verificar como ellos pueden ser considerados determinantes "para atribuir a Carlos Mario Clerc participación esencial en el plan para lograr el cobro y la consecuente ganancia económica".

Tan categóricas afirmaciones realizadas por los jueces intervinientes no se encuentran precedidas de las necesarias pruebas que deberían sustentarlas, resultando huérfanas de sostén. Por el contrario, ni el hecho de acompañar una copia certificada del documento de identidad del accionante al momento de interponer la demanda ni el uso o costumbre en el Juzgado Federal nº 1 de Santa Fe —en cuanto a que los abogados llevaban el DNI original y en el mismo juzgado se certificaba la copia— permiten atribuir el conocimiento de su falsedad a los imputados. Mucho menos ello dimana de las comunicaciones telefónicas referidas en la sentencia —cuyo contenido se desconoce— o lo actuado en otros expedientes por otros

abogados, siquiera imputados por los hechos que resultan materia del presente.

Con todo, aun si se tuviera por cierta la hipótesis esbozada acerca del conocimiento del abogado patrocinante acerca del criterio del magistrado —lo que no es posible afirmar con certeza a partir de las pruebas producidas—, nada permite inferir el conocimiento del letrado acerca de la falsedad inserta en el Documento Nacional de Identidad o algún tipo de participación en ello.

Era elemental llevar adelante una rigurosa pesquisa respecto de esa falsificación para conocer la verdad de los hechos y lograr la imputación del evento a alguno de los intervinientes. Ello no sucedió, y nada se sabe con certeza acerca de la falsificación documental, lo que perjudica severamente la hipótesis acusatoria.

Resta, además, analizar los términos en que se ha expresado la sentencia en cuanto atañe a la demanda presentada. Sobre este aspecto, se dijo que en ese escrito se habían insertado argumentaciones falsas respecto al origen de los bonos y su fecha de adquisición, utilizando en forma engañosa la normativa de emergencia dictada por el Estado para lograr percibir el dinero pretendido mediante la excepción por edad y enfermedad del actor.

En relación a ello, menester es recordar que es conteste la jurisprudencia de esta Cámara en cuanto a que *"la sola afirmación falsa o temeraria no conforma las exigencias objetivas del tipo en cuestión, pues falta el medio -requisito indispensable del art. 172 del Código Penal- comisivo. Las alegaciones mentirosas, inexactas, mendaces, manifiestamente exageradas o basadas en hechos inexistentes, plasmadas en una demanda, no pueden constituir, sin más, categoría de un engaño*

MARIA ANDREA TEDESCHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

que sirva como medio comisivo posible de esta figura" (Sala I, causa nº CCC 21306/2010/TO1/CFC1, caratulada: "Arias Usandivaras, María Luján s/recurso de casación", Reg. 66/16 del 4/4/16; Sala III, causa nº 2534, caratulada: "Fabis, Vicente s/ recurso de casación", Reg. 302/00 del 5/6/00, causa n° CCC 4110/2012/CFC1, caratulada: Arnay, Mario Jerónimo y Otros s/recurso de casación", Reg. 1741/15 del 5/10/15; Sala IV, causa nº 12.880, caratulada: caratulada: "Ildarraz, Roberto y otros s/recurso de casación", Reg. 1960/12 del 23/10/12, entre otras).

Se trataría pues, a lo sumo, de la simple mentira de una de las partes de un proceso judicial, prevaliéndose de la falta de medios que coloca al demandado en una difícil situación jurídica (confr. Víctor J. Irurzun, Clodomiro J. Luque y Héctor M. Rossi "El ardid en la estafa", ed. Lerner, Buenos Aires, 1968, p. 196; C.C.C. Fallos I-271 y Ricardo C. Núñez "Derecho Penal Argentino", P. E., t..V., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 310, nota 94).

En este sentido, dable es señalar que el reclamo de amparo fue realizado por un cotitular de la cuenta comitente y no se motivaba en las excepciones previstas por la normativa de emergencia que excluía del diferimiento del pago a personas mayores de setenta y cinco años, cuya mención en la demanda apenas tiene un mero sentido argumentativo. Por el contrario, la acción entablada perseguía precisamente la declaración de inconstitucionalidad de ese cuerpo normativo con fundamento en la afectación a derechos constitucionales y convencionales de la parte actora (vid. fs. 16 del cuerpo de fotocopias del

Expte. nº 273/04, caratulado "Bugnard, Fernando y Otro c/ Estado Nacional de la Secretaría de Leyes Especiales de Juzgado Federal nº 1 de Santa Fe).

Así las cosas, no resulta razonable afirmar que la redacción de una demanda, por inexacta que se quiera reputar, y el acompañamiento de un certificado de tenencia en una fecha determinada, constituyan maquinaciones idóneas para lograr el engaño en el marco de un proceso judicial acerca de la fecha de adquisición de bonos de la deuda pública o induzcan a error respecto de la normativa aplicable, así como tampoco es atendible que por ese medio se hubiera ocultado información que el amparista se encontrara obligado a aportar.

Por lo demás, la circunstancia de que los bonos de esa especie fueron adquiridos con posterioridad al *default* fue advertido por la demandada antes de dar cumplimiento a la medida cautelar ordenada (fs. 37 del citado expediente), la que, por cierto, había sido consentida.

Es entonces que las inferencias realizadas en el pronunciamiento condenatorio respecto a la "inexactitud en la redacción de la demanda" o el "intencionado ocultamiento de la fecha de adquisición de los bonos" se revelan insuficientes para fundar un ardid apto en los términos que reclama el tipo penal en estudio.

En definitiva, se advierte a partir del estudio de la sentencia puesta en crisis, del plexo probatorio del caso y de los numerosos planteos realizados por las defensas —no respondidos en la totalidad por los judicantes— que en relación al hecho se configura un supuesto de insuficiencia de pruebas que conduce a un estado de duda que no logra ser superado a partir de la valoración efectuada e impone la solución del caso por la aplicación del principio *in dubio pro*

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

reo.

En efecto, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, en virtud de la prueba producida e incorporada al debate, no ha logrado erigirse la hipótesis acusatoria como única posibilidad de ocurrencia de los hechos, ni tampoco aparecen debidamente acreditados todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que reclama el delito por el que fueran acusados, lo que no permite superar el estado de inocencia de los imputados al amparo de la regla procesal referida (art. 3 CPPN).

Cabe destacar que el principio de *in dubio pro reo* tiene fundamento constitucional en la garantía de presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el art. 8 inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que no se pruebe el hecho que se le atribuye y el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declaré su culpabilidad y lo someta a una pena (cfr. Maier, Julio: "Derecho Procesal Penal", T, I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 498).

El Alto Tribunal ha establecido que "[E]l estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso" (Fallos 308:640). Asimismo, ha sostenido que: "…la apreciación de la prueba constituye, por via de principio, facultad de los jueces de la causa y no es

susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, aun en el caso de las presunciones (Fallos: 264:301; 269:43; 279:171 y 312; 292:564, 294:331 y 425; 301:909; entre muchos otros)" (Fallos 321:1173, Consid. 6º).

Sostiene Maier que "*la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución…*" (conf. Julio B. J. Maier, "Derecho procesal penal", Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 1996, 2º edición, pág. 495).

Se ha dicho también que "*la verdad sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, de contenido simple y, por lo tanto, ingraduable. Se presenta cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia*" (Clariá Olmedo, Jorge A.; Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Nociones Fundamentales; Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1960, pág. 446).

Por su parte, afirmó Mittermaier, en su "Tratado de la Prueba en Materia Criminal" (Madrid, hijos de Reus, Editores, 1901, pág. 61 y ss.) que "para que haya certeza se exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales: 1º) requiéranse un conjunto de motivos, acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción; 2º) es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizado y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria. El que desea adquirir certeza no cierra jamás la puerta a la duda, antes bien se detiene en

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

todos los indicios que pudieran conducir a ella y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente es cuando su decisión de hacer irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa. 3º) no puede existir certeza hasta haber sido alejados todos los motivos resultantes de los autos, que tienden a presentar la inculpación como descansando acaso sobre una imposibilidad o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran…". Sigue diciendo este autor que "conviene distinguir muy bien la probabilidad de la certeza. Hay probabilidad cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, o que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario".

V) Que, a todo evento, aun cuando lo antes dicho permite descartar la existencia de los elementos constitutivos típicos en punto al engaño ardidoso, tampoco abastece la fundamentación de la sentencia el requisito del perjuicio patrimonial fraudulento.

Nótese que, en modo enjuto, el pronunciamiento se limita a señalar que: *"El Dr. Osvaldo Siseles […] declaró en la audiencia que esos bonos no tenían derecho a cobro, ya que*

se iban a reprogramar; que después de la declaración del default tenían un valor absolutamente inferior y podían comprarse a un 20% o 30% del real, caracterizándolos incluso como 'moneda de quiebra'", para concluir que: "…la defraudación se ha perfeccionado, pues Dubarry percibió por su accionar y el de Clerc —quien también se vio beneficiado recibiendo una importante suma de dinero por sus servicios— el valor nominal, así como el de la amortización e intereses de los bonos en dólares que había adquirido en el mercado bursátil con posterioridad al diferimiento del pago de la deuda pública y a un valor inferior al real".

Sin embargo, no pueden caber dudas respecto a la existencia de una acreencia de la actora para con el Estado Nacional, lo que tenía que ser necesariamente ponderado en la sentencia y requería su concreta determinación, extremo que no aparece satisfecho.

Así, va sin decir que el conjunto de triple exigencia que demanda el fraude penal no guardan correspondencia con el menudo desarrollo explicativo de la sentencia traída en recurso.

En definitiva, conforme a los argumentos expresados a lo largo del presente sufragio, no cabe sino concluir que en la sentencia sometida a inspección jurisdiccional se ha verificado el apartamiento de constancias comprobadas de la causa, la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales, así como contradicciones y valoraciones sesgadas, defectos que impiden considerarla como un acto jurisdiccional válido (conf. doctrina de Fallos 315:503; 322:2880; 326:3734; 330:4983, entre muchos otros).

En suma, si el encausado Dubarry era acreedor del Estado previo al default; si las operaciones de "arbitraje"

por él realizadas son legítimas; si no se ha confutado que mantenía una deuda con su suegro, Fernando Bugnard; si nada permite dudar acerca de que este último fue quien se contactó con Clerc; si no resulta acreditado que Dubarry y Clerc tuvieran participación criminal en la inserción falsa del cambio de domicilio en el Documento Nacional de Identidad de Bugnard o conocimiento del mismo; si no existen más que sospechas y conjeturas acerca de que la actividad del letrado patrocinante excediera la que le cupo como abogado en el marco de la trámite de un expediente judicial; y en tanto la sentencia no logra motivar adecuadamente la subsunción del escrito inaugural de la acción de amparo en el delito de defraudación a la administración pública, no cabe sino la absolución de los acusados, aun por impulso del *in dubio pro reo*.

VI) En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo **HACER LUGAR** los recursos de casación interpuestos por las defensas, **ANULAR** la decisión recurrida y **ABSOLVER** A Miguel Gustavo Dubarry y Carlos Mario Clerc por el delito que fuera motivo de acusación en estas actuaciones (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 18 y 26 DADDH) 8.2, 9 y 24 CADH; y 14.1 y 2 y 26 PIDCyP, 3, 123, 404 inc. 2º, 456 incs. 1º y 2º, 470, 471, 530 y concordantes C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que por coincidir en lo sustancial con los fundamentos brindados por la distinguida colega preopinante, adhiere a la solución que propicia al acuerdo.

Así vota.

El señor juez **Diego G. Barroetaveña** dijo:

Sellada la suerte del acuerdo, en el estricto marco del art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación, adhiero a la solución propuesta por la jueza preopinante.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal, **RESUELVE: HACER LUGAR** los recursos de casación interpuestos por las defensas, **ANULAR** la decisión recurrida y **ABSOLVER** A Miguel Gustavo Dubarry y Carlos Mario Clerc por el delito que fuera motivo de acusación en estas actuaciones (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 18 y 26 DADDH) 8.2, 9 y 24 CADH; y 14.1 y 2 y 26 PIDCyP, 3, 123, 404 inc. 2º, 456 incs. 1º y 2º, 470, 471, 530 y concordantes C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

ALEJANDRO W. SLOKAR

Dra. ANA MARIA FIGUEROA

Diego G. Barroetaveña

M. ANDREA TELECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA