

Poder Judicial de la Nación

Sala I - Causa n° 48.859 “Legajo de
apelación s/ procesamiento y embargo”

Juzg. n° 5 - Sec. n° 9

Expte. 9000/2012/52

Reg. n°: 1373

//////////nos Aires, 29 de octubre de 2013.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.

Motivan la intervención del Tribunal los recursos de apelación introducidos por las defensas de: *M. J. G. P.* (fs 207/209), *M. A. M.* (fs. 210/214), *L. E. S.*, *P. S. J.* (fs. 217/237), *R. D. A.* (fs. 238/239), *K. A.* (fs. 240/241), *G. S.* (fs. 242/243), *D. A. R.* (fs. 244/245), *F. A. G.* (fs. 246/247) y *R. C.* (fs. 248/254); contra la resolución de fecha 30 de junio del corriente año por medio de la cual el juez de la anterior instancia decretó sus procesamientos en orden al delito previsto por el art. 303, inciso 2 “a”, del Código Penal, cometido “con habitualidad y en calidad de miembros”, y trabó embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de \$... -en el caso de *D. I. R.*, *G. S.* y *F. A. G.*-, \$.... -en el de *M. A. M.*-, \$....-en el de *R. D. A.*, *R. C.* y *M. J. G. P.*-, \$... -en el de *K. A.* y *L. E. S.*- y \$.. -en el de *P. S. J.*-.

Todos los apelantes presentaron los informes elaborados de conformidad con lo normado por el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, ocasión en la que profundizaron los agravios oportunamente indicados (fs. 275/288, 289/350, 351/369, 370/384, 385/390 y 391/400).

II.

Al margen de las impugnaciones de fondo introducidas por los recurrentes, la crítica central formulada -en forma unánime- refiere a la falta de determinación del objeto procesal de la causa. Ello se debe, principalmente, a que la denuncia que originó la pesquisa y el requerimiento de instrucción que la

Poder Judicial de la Nación

continuó resultaron ser extremadamente vagos e imprecisos. Esas deficiencias, al no haber sido subsanadas más adelante en el proceso, se tradujeron en actos que acarrearón perjuicios reales y concretos para las partes, no sólo porque la imputación, a consecuencia de ello, resultara confusa y genérica, sino porque se ordenaron medidas de prueba invasivas (escuchas telefónicas, allanamientos, detenciones, etc.) sin que se hubiera definido mínimamente cuáles serían los “hechos” precisos sobre los que versaba la investigación.

En ese sentido, los apelantes concluyeron que las características de la instrucción daban cuenta de una verdadera “excursión de pesca”, en la que el Juez ordenó un sinfín de medidas probatorias -con el respaldo de una hipótesis delictiva indefinida- a la espera de que se produjera algún acto que “se pareciera” a un ilícito penal.

Las partes insistieron en que nunca se dieron razones serias para sostener -siquiera a título de hipótesis- que nos encontráramos frente a sucesos delictivos concretos, más allá de los casos oportunamente denunciados por la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) ante el fuero Penal Tributario por posibles maniobras de evasión impositiva, ajenas a la competencia del tribunal. Destacaron, además, que no obstante la corrección o no de los delitos que se instruyen en el Juzgado en lo Penal Tributario nro. 1, lo cierto es que no hay elementos que demuestren la conexión que existiría entre esas “supuestas evasiones tributarias” y la conducta de sus asistidos.

Con ese norte, las defensas plantearon la nulidad de las escuchas telefónicas ordenadas en la causa que sirvieran de base de las demás pruebas recolectadas. Subsidiariamente, solicitaron que se declarara la nulidad de las declaraciones indagatorias y del auto de procesamiento de fs. 1/195 del incidente.

III.

Previo a toda consideración se hace necesario examinar los planteos de nulidad introducidos por los recurrentes dado que, de prosperar, se tornaría innecesario analizar los restantes agravios de fondo por ellos también introducidos. En este sentido, cabe aclarar que la obligación que pesa sobre los

Poder Judicial de la Nación

suscriptos de escrutar la validez de los actos de la instrucción no deriva exclusivamente del requerimiento expreso de los incidentistas, sino también de la exigencia de que la investigación se lleve a cabo con riguroso apego a las normas procedimentales correspondientes, de modo que se encuentren debidamente garantizados los derechos y garantías constitucionales de aquellos contra quienes se dirige el proceso.

Recuérdese que, de encontrarnos ante la presencia de nulidades de carácter absoluto, su declaración resulta imperativa, incluso de oficio (conf. art. 168 segundo párrafo y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

IV.

Pese a que los planteos nulificantes de los recurrentes hallaron otro punto para su inauguración, el estudio anunciado precedentemente debe encontrar un inicio distinto. El auto de mérito a través del cual se estimula la intervención de este tribunal debe constituir el punto de partida natural para tal labor pues, en la medida en que todo auto está llamado por ley a brindar las razones de su dictado, en el análisis del citado pronunciamiento deberán observarse las pruebas que, de ser legítimas, darán coherencia a la reflexión del juzgador, o bien delatarán su incongruencia de resultar ciertas las deficiencias denunciadas por los recurrentes.

Justamente este segundo escenario es el que ha revelado la lectura del auto de mérito. Sucesiones de nombres cuyo sentido se desconoce, documentos cuya relevancia ha permanecido inexplorada, y la reiterada enunciación de un prolongado prefacio con aspiraciones de imputación son los únicos aspectos que el decisorio apelado logra transmitir.

En efecto, la resolución en crisis está conformada por un compendio de datos totalmente desconectados entre sí; por transcripciones de escuchas telefónicas que, en su mayoría, resultan ser incomprensibles; por listados de documentación que el Juez mencionó pero no analizó; por nombres de empresas cuya actividad no se explica y por afirmaciones genéricas que no se reflejan, de una manera lógica, en el desarrollo de la prueba enumerada. En suma, por un conjunto de constancias que, aunque acumuladas al legajo, son incapaces

Poder Judicial de la Nación

de ser consideradas “probanzas” por una única y sencilla razón: la inexistencia de un hecho histórico que las aglutine.

En el considerando nro. I del auto en crisis (titulado “Los hechos”), el Dr. Oyarbide comenzó el análisis relatando la forma en que se iniciaron las actuaciones; el contenido de la denuncia del Fiscal y la existencia de otra causa a su cargo (nro. 15.131/07) donde se investigaría la falsificación de distintos documentos públicos. Como puede apreciarse, ninguno de estas cuestiones puede seriamente calificarse como un “acontecimiento histórico” que el proceso deba develar y mucho menos como “acción”, “conducta” o “comportamiento” imputable a persona alguna.

Luego de ello, el Magistrado se remitió al requerimiento de instrucción del Fiscal, y aquí uno podría presagiar que la exigencia básica de todo juicio habría de concretarse. Nada más alejado de la realidad.

En estos términos pretendió definirse el sustento del sumario: **“...haber formado parte, en calidad de miembro, de una asociación ilícita, siendo que hasta la fecha se encuentran individualizadas... , entre otros a la fecha no identificados, dedicada, cuanto menos desde el mes de agosto de 2012, fecha en que el Sr. Fiscal interviniente realizara la denuncia que diera origen a las presentes, hasta el 13 de junio de 2013 –fecha en la cual se realizaron los allanamientos ordenados en autos, a convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, sumas de dinero con habitualidad mediante transferencias bancarias desde y hacia la cuenta de la empresa *Alhec* o cuentas vinculadas, ejerciendo... a diversas cuentas creadas a tal fin, dinero este que provendría de la presunta defraudación a los clubes de fútbol, entre otros, en virtud de transferencias de los jugadores de fútbol presumiblemente irregulares, como resultaría de los casos de los futbolistas, *alias Patito* entre otros, como así también de la presunta evasión de impuestos que no se habrían pagado al Fisco Nacional en virtud de las transferencias de los jugadores de fútbol Asimismo, provendría de la evasión de impuestos de diversas personas particulares y**

Poder Judicial de la Nación

empresas, que correspondería determinar la vinculación que tendría con las transferencias de jugadores de fútbol...

En tal sentido, habré de mencionar el listado de saldos de clientes 11/3/13 secuestrado en la finca... sumas todas estas sospechadas de ilicitud.

Una de las modalidades utilizadas para el lavado de activos sería precisamente la utilización de la empresaS.A. con sede en la República de Panamá vinculada con y en la transferencia de activos, dando así apariencia de licitud a los fondos allí depositados.

Otra de las modalidades utilizadas también para el lavado de activos sería precisamente la utilización de las empresas, todas ellas con sede en la República Oriental del Uruguay, empresas estas que serían utilizadas para dar apariencia de licitud a los fondos aquí cuestionados, siendo una de esas maniobras el otorgamiento de préstamos ficticios denominados back to back para el blanqueo de dinero.

Por su parte, otra de las cuentas bancarias utilizadas serían aquellas que se encontrarían en la República de Chile, más precisamente a partir de la utilización de la empresa, permitiendo también así utilizar esta empresa para la transferencia de fondos para así darle una apariencia de licitud.

La maniobra aquí pesquisada se llevaría también a cabo a partir de la utilización de cuentas bancarias pertenecientes a distintos bancos, como resultaría el caso del, entre otras.

Asimismo, se valdrían de distintas empresas con sede en nuestro país a los fines de llevar a cabo los hechos aquí pesquisados, como resultaría el caso deentre otras.

Tal accionar tendría como consecuencia posible que los fondos adquirieran la apariencia de un origen lícito, cuando en rigor de verdad, los mismos provendrían de actividades delictivas o presuntamente ilícitas. Entre tales conductas se encuentran: 1) La defraudación a los clubes de, entre otros, toda vez que diversas sumas de dinero que deberían

Poder Judicial de la Nación

haber ingresado a las arcas de dichos clubes de fútbol, habrían sido desviadas de su origen e ingresada en cuentas de los jugadores, sus representantes, los dirigentes de los clubes de fútbol o empresas creadas a tal fin. 2) Los fondos obtenidos a partir de la evasión de impuestos generados a partir de las transferencias realizadas de los pases de los jugadores de fútbol, como resultaría en el caso deentre otros...” (el resaltado nos pertenece).

Tal como los defensores mencionaron, el acto objetado demuestra un grave y preocupante desapego a las reglas que rigen el procedimiento penal, pues en toda su extensión omite definir cuáles serían los hechos concretos sobre los cuales versa. Se alude a toda una asociación ilícita sin preocuparse por definir su dinámica. Se menciona que “se habría cometido el delito de lavado de activos de origen ilícito” sin especificar qué bienes habrían sido sometidos a la maniobra, en virtud de qué operación ilícita concreta y a través de qué medios. Se incluyen extensos análisis de figuras penales en abstracto, pero no se reflexiona acerca de cuál sería la plataforma fáctica que reclamaría su aplicación. La única certeza que brindan los pasajes transcritos es la de la más absoluta incertidumbre acerca del objeto sobre el cual el juez ha pretendido pronunciarse. En estos términos, ningún auto de procesamiento es capaz de superar el estándar de validez impuesto por el art. 123 del ordenamiento ritual.

V.

Pero, ¿es acaso él el germen del estado de indefensión que mencionan los recurrentes? Es cierto que el examinado auto de mérito no evidencia un objeto procesal concreto y circunstanciado. Sin embargo, no pareciera que las falencias indicadas tuvieran allí su exclusivo nacimiento. Por tanto, corresponde buscar el origen del problema más allá del contenido del acto que motivó la intervención de este Tribunal. La imposibilidad del Juez de definir los hechos sobre los cuales versa la investigación, aún con posterioridad al llamado a prestar declaración indagatoria de los imputados, sólo puede alertar acerca de una instrucción que, probablemente, viene arrastrando ese defecto a través de sucesivos actos procesales.

Poder Judicial de la Nación

En efecto, las distintas intimaciones cursadas por el Juez en los términos del art. 294 del C.P.P.N. (que constituyen el presupuesto de validez del auto de procesamiento -art. 307 del Código ritual-) tampoco contienen “hechos” concretos. Dicho de otro modo, no se especifican “acciones”, “conductas” o “comportamientos” puntuales, con precisiones de lugar, tiempo y modo de ejecución. La descripción formulada se limita a transcribir una parte del art. 303 del Código Penal y sus verbos típicos, pero no indica cuál es el suceso que caería bajo esa proyección normativa.

El relato se compuso por el nombre de una serie de jugadores de fútbol, en cuya transferencia -de un club deportivo a otro-, según el Juez, “podría haberse cometido fraude o evasión fiscal”, pero no se explica cuál sería el sustento de esa suposición, ni en qué casos concretos se habría producido, ni en qué habría consistido el ardid desplegado.

El Magistrado comunicó, a la hora de desarrollar la maniobra asignada a los imputados, que: “...**Una de las modalidades utilizadas para el lavado de activos sería precisamente la utilización de la empresa..... con sede en la República de Panamá vinculada con..... en la transferencia de activos, dando así apariencia de licitud a los fondos allí depositados...**”

Pero una vez más: ¿Cuál es la maniobra de “lavado”? ¿De qué activos se está hablando? ¿Cuál es la específica procedencia ilícita que procuró velarse? Si se desconoce cuál es la operación concreta que se investiga, no será posible determinar cuál es el dinero sometido a ella o de que proceder ilícito ha derivado. Mucho menos podrá dilucidarse, lógicamente, si aquél “adquirió apariencia de licitud”.

El Juez continúa la descripción, aunque dejando esas fundamentales preguntas sin respuesta. Ahora dice “...**Otra de las modalidades utilizadas también para el lavado de activos sería precisamente la utilización de las empresas todas ellas con sede en la República Oriental del Uruguay, empresas estas que serían utilizadas para dar apariencia de licitud a los fondos aquí cuestionados, siendo una de esas maniobras el**

Poder Judicial de la Nación

otorgamiento de préstamos ficticios denominados back to back para el blanqueo de dinero...”

A ello agrega que “...por su parte, otras de las cuentas bancarias utilizadas serían aquellas que se encontrarían en la República de Chile, más precisamente a partir de la utilización de la empresa, permitiendo también así utilizar esta empresa para la transferencia de fondos para así darle una apariencia de licitud...”

¿Qué relación tienen esos bienes con el pase de jugadores de fútbol? La descripción, como se ve, no contiene precisiones relativas a hechos específicos, por lo que las conclusiones formuladas a partir de ellas son esencialmente caprichosas y arbitrarias, pues ¿cómo se sabe que una operación se vincula a la transferencia de jugadores de fútbol si se desconoce de qué operación se está hablando?

No resulta posible precisar en “cuántas transferencias” o pases de jugadores -al margen de su indefinición- habrían intervenido los imputados, pues conforme quedó asentado en las indagatorias, los sucesos mencionados en ese momento fueron plasmados a “título de ejemplo”. Nótese, en ese sentido, que al enumerar los pases recriminados -así como a las entidades bancarias y empresas utilizadas para perpetrar la operación-, el Juez cerró la oración diciendo: “entre otros”.

En síntesis, no se explicó detalladamente cuáles eran los eventos que se atribuían, cuál sería el dinero “lavado”, de qué operación derivaría, cuáles eran las cuentas y los bancos utilizados en cada una de esas hipotéticas operaciones, cómo, dónde y cuándo se habría realizado la maniobra en cuestión, y demás aclaraciones indispensables para garantizar la defensa de la parte y, por otro lado, demostrar un mínimo conocimiento de las razones que motivaron la sospecha a la que alude el art. 294 del C.P.P.N.

Al igual que en el auto de procesamiento, entonces, la descripción formulada en esa oportunidad no refiere a “hechos” o “conductas” concretas sino a datos aislados, lo cual redundaría en la existencia de un objeto procesal inconcluso.

Poder Judicial de la Nación

Uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema jurídico emana del artículo 18 de nuestra Constitución, que consagra expresamente que “es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos”. Para precisar su alcance, Maier explica que “el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe;...”. Luego señala que “para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de qué defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que... se conoce como imputación” (Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal argentino”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 547 y ss).

El autor expone que “como se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se la intima debe reunir las mismas calidades que advirtiéramos para aquélla; debe consistir, así, en **la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado**. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del nomen iuris del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado (...)” (op. cit., pág. 560, el destacado nos pertenece).

Al respecto, Ferrajoli sostiene que “**la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos**, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin...”, y que, además, “debe ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea ‘escondido’”, pues “... el interrogatorio es

Poder Judicial de la Nación

el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse...” (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 606 y ss., el destacado nos pertenece).

De allí se desprende la importancia de que la intimación contenga un relato detallado del hecho que se endilga al imputado, exigencia que está expresamente contenida en el artículo 298 del Código Procesal Penal de la Nación, que fija los requisitos formales a los que debe ajustarse el acto procesal aquí examinado.

Por su parte, Vélez Mariconde -aunque refiriéndose al requerimiento fiscal de elevación a juicio (acto procesal que, a los fines del cumplimiento del derecho constitucional de defensa en juicio, puede ser equiparado con la declaración indagatoria)- afirma que éste debe contener “**Una relación circunstanciada del hecho** [...] que identifi[que] el objeto fáctico del proceso, es decir, el acontecimiento histórico que el acusador afirma cometido, la conducta humana que estima violatoria de la ley penal. Se requiere una descripción **detallada** -que exprese las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que tal conducta se exteriorizó- **precisa y clara**, de modo que no pueda provocar una confusión acerca de la pretensión que se hace valer; y cuando se refiere a varios hechos, debe ser también **específica**: Cada uno de ellos debe ser tratado separadamente. [...] Con otras palabras, el principio exige que objetivamente exista una imputación criminal concreta, precisa, clara, circunstanciada y específica, donde el imputado perciba la amenaza de una sanción y encuentre la posibilidad de defenderse” (Vélez Mariconde, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Marcos Lerner editora, Córdoba, 1986 Tomo II, p. 218/9, destacado en el original).

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que el conocimiento acabado de la imputación es un requisito necesario para ejercer una adecuada defensa en juicio (conf. c.nº 28.103, “*Caviasca, G. M. y otros s/procesamiento*”, reg. nº 1095, rta. el 11/12/96; c.nº 34.059, “*Santos, Rubén J. y otros s/procesamiento*”, reg. nº

Poder Judicial de la Nación

748, rta. el 26/07/02; c.nº 36.252, “Constantino y otros s/ procesamiento”, reg. nº 1307, rta. el 09/12/04; c.nº 36.223, “Simón s/ procesamiento”, reg. nº 1308, rta. el 09/12/04; c.nº 40.564, “Humacata y otros s/ procesamiento, reg. nº 604, rta. el 29/05/08 y c.nº 41.422 “Laforgia s/ procesamiento”, reg. nº 338, rta. el 22/04/08 y c. nº 46.954, “Arvia, Jorge A. y otro s/nulidad”, rta. 6/9/12, reg. nº 966, entre muchas otras).

Resultando notorio que las audiencias criticadas se han apartado sensiblemente de los principios evaluados, es que no sería posible tampoco conservar la vigencia de las declaraciones indagatorias que se impusieran en antecedentes del pronunciamiento venido en revisión, lo cual evidencia una desafortunada analogía con lo advertido por este Tribunal en la causa 48.187 “Schoklender, Sergio Mauricio y otros s/ procesamiento y embargo”, reg. 872 del 01/08/13, donde la instrucción conducida por el Dr. Oyarbide produjo intimaciones incoherentes e inentendibles, similares a las que aquí se evalúan.

VI.

Sin embargo el enigma sigue irresoluto ¿Cómo ha sido posible que los dos momentos de mayor relevancia en el proceso detentaran semejantes defectos?

¿Por qué, pese al análisis efectuado, aún no nos ha sido posible desentrañar las maniobras realizadas, las personas implicadas, el dinero que habría sido lavado?

Está claro que la búsqueda del problema originario que nos hemos propuesto realizar nos obliga a remontarnos todavía más atrás; a los albores del proceso, pues es allí donde debió definirse, entre otras cosas, la identidad de los eventos a instruir.

VII.

La causa se inició a raíz de la denuncia interpuesta por el titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5 ante la Secretaría General de esta Cámara. En esa oportunidad dijo, con relación a los “hechos” que motivaban la presentación, que: “...el suscripto interviene como

Poder Judicial de la Nación

agente Fiscal en la causa 15.131/07 'Matozza, Francisco y otro s/ falsificación de documentos públicos', en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5, en la que se investiga la falsificación de documentación necesaria para la obtención de ciudadanía extranjera y así favorecer los pases de diversos jugadores de fútbol a clubes europeos (...) Básicamente, la investigación fue progresando en torno a los pases de (...) En tal sentido, y siendo de público y notorio que, conforme lo difundieran los medios han proliferado diversas maniobras tendientes a proveer a la evasión fiscal, fuga de divisas al exterior y lavado de dinero que involucran pases de jugadores de fútbol, y que tales hechos, escapan en principio al objeto procesal de referencia, vengo a solicitar se investigue si en los casos mencionados se verifica una situación similar (...) Ello, toda vez que según los trascendidos, media la existencia de diversas asociaciones ilícitas abocadas a esta tarea, al igual que el caso en el cual me tocara en suerte intervenir. Por su parte, cierto es que podrían existir actores comunes entre ambos ilícitos, que habiendo incurrido en irregularidades en algún aspecto de la negociación, también pudieran haberlo intentado en otros ámbitos de su incumbencia. Todo lo cual me permite sospechar la existencia de alguna eventual irregularidad en tal sentido que amerita ser investigada..." -Sic- (ver fs. 1).

El escrito citado (que constituyó la génesis de la pesquisa) informa acerca de la existencia de una causa penal en la que se investigaba la falsificación de distintos instrumentos a los fines de tramitar la ciudadanía extranjera de deportistas (que ya se encontraba en pleno trámite en el Juzgado Federal nro. 5). En la presentación, sin embargo, nada se dice respecto de "hechos" o "conductas" constitutivas del delito de lavado de activos de origen ilícito.

En todo caso, en el escrito cuestionado se hizo saber acerca de una "corazonada" -producida por distintas notas periodísticas que se omitió identificar-, que permitiría conjeturar la existencia de "una organización ilícita destinada a lavar dinero" que, por alguna razón -que tampoco se exteriorizó- podría vincularse con la causa mencionada más arriba.

Poder Judicial de la Nación

A fs. 5/6 se agregó una certificación del expediente nro. 15.131/07 -mencionado por el denunciante-, de donde surge que allí efectivamente se investigaba la falsificación de documentos con el propósito de facilitar el pase de jugadores argentinos a distintos clubes europeos. Pero una vez más, nada se dice con relación a eventos o conductas hipotéticamente constitutivas del delito de “lavado de activos de origen ilícito”.

En un esfuerzo por subsanar ese defecto, a fs. 9/10 el Fiscal formuló requerimiento de instrucción, aunque repitió la breve sospecha manifestada por el denunciante y reprodujo el objeto procesal de la causa nro. 15.131/07, sin identificar por qué su contenido lo llevaba a pensar que “existía una asociación ilícita destinada a lavar dinero y a fugar divisas al exterior” que involucraba a los 3 futbolistas individualizados en la denuncia.

Luego de ello, el Dr. Oyarbide consultó a la A.F.I.P. si el pase de alguno de esos 3 jugadores había ameritado el pago de algún tributo (arrogándose una competencia que por ley no le correspondía) -ver fs. 12-. Ello dio lugar a la presentación incorporada a fs. 53/70- de donde surge que la A.F.I.P. amplió una denuncia formulada en el fuero penal tributario por la supuesta maniobra de evasión fiscal, en el caso de otros 11 jugadores de fútbol, y que esa instrucción se hallaba en pleno trámite en el Juzgado Penal Tributario nro. 1 (causa nro. 1231/12) y en su desprendimiento (causa nro. 1276/12 del Juzgado Penal Tributario nro. 2).

A fs. 15/37 el Juez incorporó nuevas copias certificadas de la causa 15.131/07 -a su cargo- donde, recuérdese, se investigaba la falsificación de documentos de deportistas profesionales. En esas copias se observa una lista, bajada de la página web de la firma “.....” que publicita la intervención de la misma en la tramitación de pasaportes de 446 jugadores de fútbol que tuvo como clientes, además de una serie de resoluciones irrelevantes para esta causa.

A partir de allí, y a pesar de que nunca se dijo cuál era el vínculo de esa lista -que contenía el nombre de 446 jugadores de fútbol, la gran mayoría de los cuales no estaba imputado por falsificación alguna en aquel

Poder Judicial de la Nación

expediente- con una supuesta maniobra de “lavado de activos de origen ilícito” (pues dicho inventario fue extraído por el Dr. Oyarbide de una causa a su cargo en la que, insistimos, se investigaba la falsificación de documentos y no el lavado de activos) el Fiscal amplió el requerimiento de instrucción e incluyó los “casos” de los 446 deportistas mencionados en el listado, sin explicar por qué la inclusión en esa lista no los hizo imputados a la gran mayoría de ellos en aquel sumario pero sí lo hace en éste.

Concretamente, se dijo que: “...surge de las copias certificadas de la causa n° 15.137/07 agregadas a la presente que, además de los pases de los deportistas, podrían encontrarse involucrados en maniobras que podrían llegar a constituir evasiones fiscales, fuga de divisas al exterior y lavado de dinero, las operaciones llevadas a cabo al momento de concretarse las transferencias de los siguientes jugadores: 1) (...) 446)” –ver fs.40/43.

¿Había algún elemento incorporado a la causa que permitiera avizorar seriamente la existencia de hechos o conductas presuntamente constitutivas del delito de lavado de activos y fuga de capitales? Evidentemente no, pues las copias certificadas sobre las cuales se basó el impulso de la acción aluden a constancias relativas a falsificaciones de documentos, pero nada dicen sobre transferencias “fraudulentas” de jugadores, ni de dinero, ni de cuentas en el exterior, o sea, nada distinguido para la premisa de investigación en esta causa. Por lo demás, las constancias aportadas por la AFIP aludían a una investigación en trámite en un juzgado penal tributario y, por lo tanto, ajena al conocimiento de este fuero. El propio tenor de la respuesta brindada por la AFIP daba cuenta de que aquello que era pasible de ser investigado (presunta evasión impositiva) había sido canalizada ante el fuero al que la ley asigna competencia específica (léase, en ese mismo sentido, la declaración testimonial de agregada a fs. 213 del expediente principal).

¿Mas acaso eso dio culminación a la causa? A pesar de lo prístino del defecto, el Dr. Oyarbide a fs. 99/100 ordenó que se realizaran tareas de investigación en 18 domicilios -extraídos de las copias aportadas

Poder Judicial de la Nación

oportunamente por la A.F.I.P. relativas a investigaciones tributarias en curso en el fuero correspondiente- para que se determinara la actividad que allí se llevaba a cabo.

Esos domicilios correspondían a distintas empresas vinculadas al fútbol y a representantes de deportistas, lo cual era notorio en función del propio nombre de las instituciones y de las constancias aportadas por el organismo recaudador. Sin embargo, tras realizarse las tareas y determinarse que en esas sedes, obviamente, se realizaba “algo relacionado con el deporte”, el Dr. Oyarbide consideró que las medidas arrojaron resultado positivo y que respaldarían “la hipótesis delictiva”.

Paralelamente, se llamó a prestar declaración testimonial al periodista cuyo programa habría motivado la sospecha volcada en la denuncia, quien dijo carecer de datos de interés para la causa (ver fs. 105).

Sin más que lo descripto hasta aquí, a fs. 214 el Juez ordenó la intervención de 11 abonados telefónicos, con basamento en que “**...de acuerdo a las constancias reservadas en Secretaría en el marco del expediente n° 15.131/07 referidas a la documentación remitida por la autoridad judicial italiana, se pudo determinar que algunos de los jugadores aquí investigados, tal es el caso de, entre otros, habrían llevado a cabo distintos trámites de ciudadanía en forma irregular, con el fin de lograr concretar sus pases para emigrar al fútbol europeo.**

Siendo dable advertir que dicho accionar podría formar parte de una maniobra tendiente a proveer a la evasión fiscal, fuga de divisas al exterior y lavado de dinero, en la cual podrían encontrarse involucrados diversos agentes además de los jugadores investigados.

Así también la AFIP ha informado respecto de la formación de actuaciones internas a los fines de dilucidar las maniobras tendientes a evadir los impuestos de las transferencias de los derechos económicos de futbolistas, como así también los reportes de operaciones sospechosas relativas a varios jugadores, obrando a fs. 194/213 la declaración testimonial de

Poder Judicial de la Nación

Es por ello, que a los efectos de determinar la materialidad del ilícito aquí denunciado y recabar la mayor información posible y toda vez que de acuerdo al resultado de las tareas de inteligencia encomendadas a la División Investigación Federal de Organizaciones Criminales en la Policía Federal Argentina, se pudo establecer que con domicilio en ... posee instalado el abonado (...) Por otro lado, en relación a quien posee domicilio laboral en la firma... el cual posee instalado los abonados (...) por todo ello, siendo necesario recabar mayores datos, a fin de lograr el éxito de la presente investigación encomiéndose ... la INMEDIATA INTERVENCION telefónica de los abonados...” (el resaltado nos pertenece).

Cabe especificar que ninguno de los individuos cuyas comunicaciones fueron interceptadas en aquel momento había sido mencionado por el Fiscal en su requerimiento de instrucción, por lo que esta medida luce particularmente sorpresiva y desconectada de las constancias del sumario (ver fs. 9/10 y 40/43). Pero más sorprendente aún es la carencia absoluta de razones concretas, tangibles, verificables que condujeran al dictado de la medida evocada. Pues ningún motivo válido puede encontrarse en una decisión que, como la del Dr. Oyarbide, condujo a interceptar los abonados de distintos individuos porque su titular era representante de jugadores de fútbol (ver fs. 1288), o porque se detectó que se hablaba de fútbol, de dinero y de conflictos judiciales indeterminados (fs. 280).

Pero el juez redobló la apuesta y a fs. 1304/1331 ordenó 113 allanamientos y 13 detenciones. El fundamento de esas medidas resultó ser una réplica de lo argüido a la hora de ordenar las intervenciones telefónicas. Se habló de “maniobras de evasión tributaria y de fraudes”, omitiendo mencionar, increíblemente, de qué maniobras se trata y de por qué detentaban el carácter de fraudulentas.

En otras palabras, el Juez renovó el flagrante vicio puesto de manifiesto al disponer las medidas anteriores, pero transcribiendo esta vez un gran número de conversaciones telefónicas verdaderamente indescifrables. Una vez más la reproducción de la misma y más absoluta abstracción.

Poder Judicial de la Nación

Está claro, entonces, que los elementos recolectados hasta ese momento, así como las distintas sospechas volcadas en las presentaciones referidas, no alcanzaban a definir el objeto procesal de la causa. Por el contrario, la hipótesis de investigación -además de mostrarse notoriamente indeterminada- se confundía con la de la causa nro. 15.131/07 (en trámite en el Juzgado a cargo del Dr. Oyarbide) y de aquella radicada en el fuero penal tributario.

Aquí aparece, entonces, el vicio inicial que ha impedido comprender el procesamiento y las declaraciones indagatorias. No existía un requerimiento de instrucción que, como reclama nuestra ley procesal en reglamentación de la manda constitucional, se encargara de fijar el objeto por el cual una persona ha de quedar sometida a los graves influjos de un proceso penal. Y esa ausencia, en lugar de marcar la erradicación de toda pretensión punitiva, se impuso en escenario de la más palmaria confusión, de plena indefinición, de la nada misma. Así se terminaron ordenaron medidas no sólo en la más absoluta ceguera sino en la esperanza de que al final del camino “algo apareciera” (ver, en este sentido, causas nro. 46.248, reg. 247 del 29/03/12 y 46.718, reg. 718 del 12/07/12).

En este contexto luce evidente que las escuchas telefónicas ordenadas a fs. 214 del expediente también devienen inválidas.

Cabe recordar que las razones exteriorizadas por el Juez para ordenar dicha medida excepcional, en todos los supuestos, fueron: la “sospecha” (producida por publicaciones periodísticas que no fueron evaluadas en el expediente) de que podría existir una organización ilícita destinada a lavar dinero; el trámite de una causa por falsificación de documentos públicos (sin conexión aparente con el objeto de esta pesquisa); la inscripción de una lista donde consta el nombre de jugadores de fútbol; un informe acompañado por la A.F.I.P., relativo a la denuncia radicada en el fuero penal tributario por sospechas atinentes al pase de 11 jugadores de fútbol (cuyo vínculo con los individuos titulares de los abonados intervenidos en esta causa resulta incierto, ya que el Juez omitió certificar el objeto procesal de aquel sumario); las tareas de inspección realizadas en los domicilios de distintos representantes de jugadores

Poder Judicial de la Nación

de fútbol que arrojaron que “allí podrían desarrollarse actividades vinculadas con el fútbol”.

Dichos argumentos se contradicen con lo establecido por los artículos 123 y 236 del C.P.P.N. Es que, lejos del espíritu plasmado en las normas citadas, las razones expuestas por el Magistrado dejan entrever que -en realidad- decretó las providencias a la espera de que las conversaciones de los “eventuales imputados” le permitieran definir, en presencia de un requerimiento de instrucción particularmente ambiguo e impreciso, el objeto procesal del expediente (designio que, de todos modos, no pudo ser alcanzado), en una auténtica “excursión de pesca” inaceptable en un Estado de Derecho.

Resulta necesario resaltar que tanto la forma republicana de gobierno impuesta por nuestra Carta Magna, como la garantía constitucional de la defensa en juicio, exigen que las sentencias tengan una motivación suficiente y objetiva.

El Procurador General, doctor Sebastián Soler, en el precedente, del 24/5/1957 (fallo de la C.S.J.N. 240:160) ha sentado que “la obligación de motivar la sentencia emana de la Constitución, porque está en la base misma de nuestro sistema republicano y representativo, en el cual se afirma el concepto de la responsabilidad que incumbe a todos los funcionarios públicos, incluso, desde luego, los jueces. Éstos deben dar los fundamentos de sus fallos, no sólo para que de este modo ellos queden al alcance del contralor público, y en primer término de los interesados, sino también para que se pueda hacer efectiva dicha responsabilidad.”

Paralelamente, la garantía de la defensa en juicio y el consecuente principio del debido proceso legal, obligan a los jueces a fundar o motivar no sólo sus sentencias finales, sino también todas aquellas decisiones anteriores que restrinjan o constituyan injerencias en un derecho fundamental. Este requisito satisface distintas funciones.

En primer lugar, evita la arbitrariedad judicial y permite el control por los órganos judiciales que tienen facultad de revisión de tal clase de decisiones (recurso de apelación, de casación, nulidades, etc.).

Poder Judicial de la Nación

Asimismo, fuera del proceso, la motivación cumple una función de prevención general positiva, en cuanto fortalece el convencimiento social de que los jueces no actúan movidos por criterios arbitrarios, sino sometidos a la Constitución y a las leyes, pues en esta fe reposa su autoridad.

Este fue el criterio adoptado por el doctor Enrique Santiago Petracchi en el fallo y otros, del 19/5/1992, (C.S.J.N. 315:1043), en cuanto sostuvo que “...la Corte ha señalado en numerosas oportunidades la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones, y esto es, no solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuya así al mandamiento del prestigio de la magistratura. La exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales persigue también la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual del juez. Esas consideraciones son aplicables no sólo respecto de la sentencia que decide de modo definitivo la causa, sino también respecto de cualquier otra decisión reservada a los jueces por la Constitución Nacional en resguardo de las garantías individuales.”

También esta Sala I, en el la causa nro. 25.030, reg. 917 del 23/12/1993, sentó claramente su criterio con respecto a la necesaria motivación de los actos estatales que afecten derechos fundamentales de las personas, en cuanto refirió que un temperamento diferente “...Sería consagrar la existencia de una parte del aparato estatal facultado a moverse en un ámbito de arbitrariedad, al margen de las normas y de la razonabilidad que debe imperar en los actos del poder público en un sistema republicano (conf. art.º 1 de la Constitución Nacional). Para que el libre despliegue de la libertad del individuo garantizada por la Constitución sea una realidad, los órganos del estado deben actuar exclusivamente con arreglo a las normas jurídicas que fijen el círculo de sus competencias. El Estado no solamente no ha de actuar contra legem, sino que además únicamente ha de actuar secundum legem, es decir, con arreglo a normas previas, generales, claras y precisas, no contradictorias con aquellos supuestos apriorísticos sobre los que se construye el Estado...” (García Pelayo, M. Derecho Constitucional Comparado, 1984, pag. 158,

Poder Judicial de la Nación

-cita del mismo órgano judicial-). Es que “...Resulta evidente que para que la revisión jurisdiccional de un acto sea posible, los fundamentos de la decisión a revisar deben ser explícitos, por lo cual, se debe exigir inexcusablemente que ellos queden plasmados convenientemente. Si pudieran quedar ocultos, en la psique del funcionario, ello significaría el reconocimiento de su arbitrio, admitir que puede resolver según su leal saber y entender, siguiendo su instinto, en otras palabras, su “olfato” profesional. Nada valdría entonces la protección del ciudadano frente a las injerencias estatales sobre su persona. No es esta la interpretación que corresponde dar a las normas en juego. Ellas no establecen un ámbito de ponderación discrecional, sino que, antes bien, es imprescindible por imperio legal que se den a conocer las razones suficientes, pues sólo de este modo es factible preservar el necesario control judicial del respeto de las garantías durante el proceso penal.”

Reglamentando la exigencia constitucional de la motivación, el artículo 123 del C.P.P.N., establece de manera genérica que **“Las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo pena de nulidad. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga.”**

Específicamente, el artículo 236 del C.P.P.N. dispone que **“El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlos o conocerlos.”**

Con relación a la raíz constitucional de los derechos restringidos o interferidos mediante los actos en crisis, el artículo 18 de la Constitución Nacional prescribe, junto con la garantía de la inviolabilidad de domicilio, la de la protección de las comunicaciones interpersonales privadas, dentro de las que se encuentran, lógicamente, las cursadas por medio del servicio público telefónico (García Luis M., La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ed. Ad Hoc, año III, N° 6, pag. 405 y sentencia del T.O.F. N 3, de fecha 11/6/96).

Poder Judicial de la Nación

Al respecto, vale aclarar, tal como señalara el autor recientemente citado, que la protección de las comunicaciones interpersonales también es abarcada por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Esta norma protege las comunicaciones privadas que no afectan a terceros, ni al orden, ni a la moral pública. Éstas, están siempre exentas del conocimiento de terceros, y, en su caso, si son conocidas por un acto estatal, deben proveerse los medios posibles para restaurarlas a la esfera íntima. En cambio, cuando el contenido de las comunicaciones afecta a terceros o al orden o la moral pública, la comunicación no pertenece ya al ámbito de las acciones privadas del artículo 19 de la C.N. y no está ya exenta de la injerencia estatal. Ello no significa entonces que pierda toda inmunidad contra el conocimiento de terceros, sino que rige aquí el artículo 18 de la C.N., en el sentido de que la ley debe determinar en qué casos y bajo qué justificativos procede su conocimiento y ocupación. La inmunidad del artículo 19 es material, pues sólo alcanza a las comunicaciones que no afectan a terceros, mientras que la del 18 es formal, pues concede inmunidad sin importar su contenido, esto es, incluso a las comunicaciones que podrían afectar a terceros, salvo en los supuestos en que la ley autoriza la injerencia.

Todo lo expuesto obliga a concluir que la validez de una injerencia estatal en derechos consagrados constitucionalmente está supeditada, por un lado, a la existencia de motivos suficientes e idóneos que funden las restricciones de esos derechos y, por otro, a la exteriorización objetiva de esos motivos o fundamentos (requisito de la motivación).

Con respecto a las órdenes de intervención telefónica y de allanamiento, no es menor el hecho que la Corte haya reconocido sólo en los jueces la posibilidad de extender órdenes de esta índole (fallos, 306:1752 y 308-853), a pesar de que esta circunstancia no emane de la letra del artículo 18 de la C.N.. Esta interpretación tiende a proteger de la manera más fuerte la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad contra actos estatales. El Dr. Petracchi, en su voto en el ya citado fallo “Torres”, ha sostenido que “El control constitucional está impuesto en el caso por la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos. Si los jueces no

Poder Judicial de la Nación

estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio.”

Bajo la óptica reseñada, cabe concluir que no se han exteriorizado, ni se advierten en autos los elementos que habrían habilitado al instructor a librar las sucesivas órdenes de intervención telefónica que se examinan.

En definitiva, la ausencia de precisiones respecto del hecho concreto y circunstanciado que se investigaba (que debió haberse definido en el requerimiento de instrucción, y no a través de las intervenciones telefónicas y allanamientos ordenados en el sumario) impide tener a los autos de fs. 214, 280, 296/297, 311/315, 325/332, 399/401, 417/419, 430/433, 448/452, 460/462, 476/484, 500/504, 514/515, 528/530, 542, 757/758, 952/953, 965/968, 980/985, 1169/1180, 1296 y 4323/4328 (intercepción de abonados telefónicos) como actos jurisdiccionales válidos.

Del mismo modo, y al margen de que por regla de la exclusión de la prueba los allanamientos y los exhortos dispuestos en esta causa devienen independientemente nulos, el vicio que define su suerte y que es anterior a aquél, se desprende, al igual que las escuchas telefónicas, de la indeterminación de los hechos sobre los cuales versaba la pesquisa y, a partir de allí, de la total ausencia de motivación para ordenarlas.

VIII.

Esta evaluación nos ha permitido, entonces, arribar al origen del problema.

Corresponde referirnos, ya en forma específica, a aquellos actos que, como anticipamos, han marcado el inicio de todo este recorrido: la denuncia incorporada a fs. 1 del expediente principal, el requerimiento de instrucción de fs. 9/10 y su ampliación de fs. 40/43.

Poder Judicial de la Nación

Recordemos que en la denuncia aludida el Fiscal se limitó a contar que “sospechaba” acerca de la existencia de una asociación ilícita destinada a lavar dinero, evadir impuestos y fugar divisas al exterior, vinculada al pase de jugadores de fútbol. Esa suposición, tal como quedó plasmada en el escrito citado en el considerando anterior, se apoyaba en notas periodísticas que no fueron ratificadas en sede judicial y en la causa nro. 15131/07 -en trámite en el Juzgado a cargo del Dr. Oyarbide- donde se inspeccionaba una hipótesis de falsificación de documentos públicos de deportistas argentinos.

Allí, como se ve, no se reflexionó acerca de acontecimientos históricos -aún hipotéticos- que justificaran la presentación.

En primer lugar, debe decirse que el modo en que ha sido planteada la denuncia carece, por fuerza de las exigencias formales previstas por la normativa aplicable al caso, de objeto definido, lo que resultaba una exigencia del artículo 176 del Código Procesal Penal de la Nación. En efecto, la norma aludida establece que “La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación del hecho, con las circunstancias del lugar, tiempo y modo de ejecución, y la indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal.”

En ese sentido se ha dicho: “La simple suposición de un delito no autoriza a formular denuncia, pues la ley requiere que el denunciante haya presenciado dicha comisión o tenga conocimiento de su perpetración por otro medio, ofreciendo así las necesarias garantías de seguridad y seriedad como para disponer la instrucción del sumario en base a suponer verosímiles los hechos contenidos en la denuncia. Sería sumamente peligroso instruir sumarios en base a denuncias fundadas en hechos puramente imaginarios o simplemente supuestos, porque con ello, además del perjuicio injustamente producido a las personas implicadas, podría darse lugar a que la denuncia se transformara en medio eficaz de persecución para satisfacer bajos sentimientos de venganza o lucro como consecuencia de la intolerancia que tanto ofusca y perturba a los espíritus” (conf. esta Sala I C.Nº 30.041 “Confitería Bailable Cocodrilo s/archivo”, reg. nº 701, rta. el 27/08/98 y sus citas “Abalos, R. W.

Poder Judicial de la Nación

“Derecho Procesal Penal”, t. III, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993, págs. 201/202). En dicho precedente se citó el fallo 1:40 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se estableció que la denuncia no debe ser general y vaga sino contraída a los hechos denominados y especiales con expresión de las circunstancias que puedan guiar al Juez en su investigación.

De igual modo, Jorge A. Clariá Olmedo, con cita en el referido fallo de la C.S.J.N., se pronunció señalando que el Superior Tribunal, sostiene la inadmisibilidad de las llamadas denuncias genéricas por no contraerse a hechos específicos y determinados (conf. “Derecho Procesal Penal”, t. II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 429).

Esta claro que el escrito agregado a fs. 1 del expediente principal (referido a una sospecha originada por publicaciones periodísticas indeterminadas y por el objeto procesal de otra causa cuya vinculación con ésta se desconoce) no cumplió con las exigencias impuestas por la norma, pues nada se dice respecto del “hecho” concreto que se pretendía comunicar, ni mucho menos de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su ejecución.

El requerimiento de instrucción, por su lado, reprodujo el contenido de la denuncia (ver fs. 9/10). El defecto aquí se renueva, pues el artículo 188 del C.P.P.N. exige que el impulso de la acción contenga la relación circunstanciada del hecho que se pretende instruir, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar preliminarmente establecidas (conf. art. 188, inc. 2, del C.P.P.N.), con el agravante de la ausencia de motivación que reclama el art. 69 del Código de forma para los actos del Ministerio Público Fiscal.

A fs. 40/43 amplió ese requerimiento, reeditando, una vez más, lo expuesto en la denuncia y, por tanto, las mismas deficiencias hasta aquí imputadas.

Nuestro ordenamiento procesal pone en cabeza del fiscal la titularidad exclusiva de la acción penal (art. 5 de dicho cuerpo legal) y establece la necesidad del requerimiento como acto impulsor del sumario (art. 180 del mismo código), pues “corresponde a los fiscales permitir a los jueces de instrucción iniciar una investigación y es su misión delimitarles los hechos sobre

Poder Judicial de la Nación

los que deben realizarla ...” (Bruzzone, G., *Fiscales y Política Criminal*, en AA.VV., *El ministerio Público en el Proceso Penal*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1993, p. 156. En este sentido, ver voto del Dr. Freiler en la causa n° 44.185, “*Celestino Gómez*”, rta. 7/05/10, reg. n° 425, de esta Sala).

Recuérdese que “el requerimiento de instrucción tiene por función primordial afirmar una hipótesis delictiva frente al juez de instrucción, invistiendo a este del poder jurisdiccional para poder iniciar y seguir la causa evitando que actúe de oficio. Se trata de la separación de las funciones del Ministerio Público y del órgano jurisdiccional, y así corresponde a aquél el poder de acción y al juez el poder de jurisdicción (Washington Abalos, Raúl, “*Código Procesal Penal de la Nación*”, tomo II-A, ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, pág. 249)” (causa n° 43.956 “*Adell, Nancy s/ nulidad e incompetencia*”, rta. 15/04/10, reg. n° 313).

Esa función de acusación la ejerce el representante del Ministerio Público Fiscal a través del requerimiento de instrucción, ocasión en la que debe elaborar una descripción fáctica de la hipótesis cuya investigación impulsa, delimitando, de ese modo, el objeto procesal de las actuaciones.

Al definir dicho concepto, Maier explica que “se trata, como hecho hipotético de la vida humana, de un suceso histórico, de una acción que se imputa a alguien como existente o inexistente (omisión), esto es, como sucedida o no sucedida en el mundo real, y sobre la base de la cual se espera alguna consecuencia penal” (Maier, Julio, “*Derecho Procesal Penal*, tomo II, Parte General, sujetos procesales”, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 23).

Son varias las funciones que se adjudican al objeto procesal: “a) precisa(r)... los límites del conocimiento judicial... en homenaje a otro principio fundamental, el de asegurar una defensa idónea para el imputado; b) designa(r) el ámbito de aquello que es justiciable, la litis pendencia...; c) determina(r) la extensión de la cosa juzgada...; (influir)... en los criterios que fijan los posibles fundamentos de las decisiones sobre la admisibilidad de la prueba...” (Op. cit., pág. 26).

Poder Judicial de la Nación

Entre todas ellas, aquella aludida en primer lugar le otorga un rol protagónico en el proceso, pues a través de él se demarcan los límites del conocimiento y decisión del órgano juzgador.

En virtud de lo expuesto, el texto legal antes citado -artículo 188 del código de forma- establece que el requerimiento debe contener las condiciones personales del imputado, la relación circunstanciada del hecho y la indicación de las diligencias útiles a la averiguación de la verdad. Se requiere también, de ser posible, la indicación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que habría acaecido el suceso denunciado.

No puede soslayarse, al analizar esta norma, el estado embrionario en que se encuentra la pesquisa al momento de confeccionarse el requerimiento de instrucción, lo que, en algunos casos, puede verse traducido en una narración algo escueta, que no abarque la totalidad de los aspectos a investigar. Sin embargo, los datos esenciales que hacen a la existencia del hecho denunciado no pueden encontrarse ausentes.

En la tarea que aquí examinamos, corresponde al Fiscal de primera instancia, tras analizar exhaustivamente la denuncia que motivó la formación del legajo, valiéndose de todas las circunstancias fácticas pertinentes allí contenidas y descartando todas aquellas que no lo sean, elaborar la descripción de un hecho que, en tanto encuadre -al menos, a priori- en un delito penal, pueda constituirse como el objeto procesal de un sumario.

Se ha dicho que “no cualquier hecho es el que contiene la requisitoria fiscal, sino un hecho que constituye un determinado delito. Un hecho que será la base de investigación del juez de instrucción y que ha de limitarlo a la vez, pero ese hecho ha de encuadrar en una norma penal sustantiva” (Washington Abalos, Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, tomo IIA, pág. 252).

Cada uno de estos extremos quedó olvidado en el dictamen suscripto por el Fiscal Federal en esta causa. No se observa allí la descripción de un suceso histórico ni de una acción que se atribuya a persona

Poder Judicial de la Nación

alguna. Referencias a otras causas y conjeturas que se sostienen en la más etérea de las presunciones es todo lo que exhibe su presentación.

El acusador se limitó a señalar que “el objeto de (otra) investigación se ciñe en torno a la falsificación de documentación necesaria para la obtención de ciudadanía extranjera por parte de asociaciones ilícitas; ello con el fin de lograr concretar los pases de diversos jugadores de fútbol argentinos a clubes europeos, tal el caso de...Ahora bien, teniendo en cuenta la denuncia que dio origen a autos y sin perjuicio de que con el devenir de la investigación surjan elementos comunes entre este legajo y aquel que se encuentra registrado bajo el número 15.131/07 que ameriten su acumulación, básicamente habrá que determinar en la presente causa si en el contexto de las operaciones mencionadas precedentemente... se verifica algún tipo de maniobra tendiente a proveer a la evasión fiscal, fuga de divisas al exterior y lavado de dinero ...”. En función de ello, dijo que correspondía oficiar a la AFIP para que “...informe si las operaciones comerciales vinculadas a los pases de jugadores de fútbol mencionados en el acápite anterior han ameritado el pago de algún tipo de tributo...” y requerirle a “... la UIF que informe acerca de la existencia de operaciones sospechosas que involucren a los jugadores en cuestión...”

En definitiva, no hay ninguna hipótesis fáctica cuya comprobación se requiera. Ello surge por demás evidente de las propias medidas solicitadas por el Fiscal, pues por un lado sostiene -en abstracto- un caso de lavado de activos y evasión impositiva (sin especificar el hecho concreto sobre el cual basa esa suposición) y, por el otro, solicita un informe a la AFIP para determinar si se pagó algún impuesto y a la UIF para que anoticie acerca de reportes de operaciones sospechosas relativas a pases de jugadores de fútbol.

En la ampliación del requerimiento de instrucción el problema se agrava, pues se limitó a decir que “...surge de las copias certificadas de la causa n° 15.137/07 agregadas a la presente que, además de los pases de los deportistas, podrían encontrarse involucrados en maniobras que podrían llegar a constituir evasiones fiscales, fuga de divisas al exterior y lavado de

Poder Judicial de la Nación

dinero, las operaciones llevadas a cabo al momento de concretarse las transferencias de los siguientes jugadores: 1) (...) 446)” –ver fs.40/43.

Lejos de subsanar la indefinición del requerimiento inicial, aquí se reproduce su contenido a la vez que se profundizan sus originales deficiencias. Además, en esta oportunidad se incorpora una lista con el nombre de 446 jugadores de fútbol sin explicar, tal como mencionamos líneas arriba, por qué esos individuos, que en su mayoría no encontraban su situación procesal comprometida en el sumario de donde se extrajo la lista- debían considerarse imputados en éste.

De ese modo, y teniendo en consideración las particulares características que presenta la denuncia glosada a fs. 1 del legajo principal -en la que, como ya lo adelantamos ut supra, se incluyeron consideraciones que no describen conductas concretas-, el dictamen cuestionado no permite conocer cuál es el hecho que el Juez debió investigar en este proceso, ni cuáles de las circunstancias señaladas en la denuncia podrían formar parte del objeto procesal de un sumario digno de ser sustanciado por la justicia criminal (ver, a contrario sensu, art 69 del C.P.P.N.).

Nótese que sólo aquellos extremos fácticos que sean receptados expresamente en la presentación suscripta por el representante del Ministerio Público Fiscal conformarán el objeto del proceso, aunque en la denuncia aparezcan otros que no fueron allí contemplados.

En otras palabras, “aún cuando resultare debidamente circunstanciada la denuncia formulada por un particular, el alcance de la misma queda supeditado a la receptabilidad que el agente fiscal dé a dicho reclamo” (Washington Abalos, Raúl, op. cit., pág. 253).

Frente al escenario aquí planteado, y observando que los vicios identificados no fueron subsanados oportunamente por el Juez a quo, se impone a este Tribunal la imperiosa obligación de invalidar el dictamen glosado a fs. 9/10 y de su ampliación de fs. 40/43 de los autos principales y de todo lo obrado en su consecuencia (ver causa nro. 45.601, reg. 707 del 30/06/11).

IX.

Poder Judicial de la Nación

Siendo que no restan elementos en esta causa que permitan avizorar, siquiera a título de hipótesis, la responsabilidad de los recurrentes en orden a la noticia incorporada a fs. 1 (que motivó, en soledad, la persecución penal cuestionada), corresponde disponer el sobreseimiento de los encartados (conf. art. 336, inc. 2, del C.P.P.N.).

Ello se hará, teniendo en cuenta, particularmente, que en el marco de esta causa se intervinieron los abonados telefónicos de los encausados, se allanó sus domicilios, se los privó de su libertad, se los indagó y luego se los procesó, sin que previo a ello se hubiera circunstanciado mínimamente la hipótesis delictiva que se inspeccionaba.

Esta solución, además, tiende al resguardo de los derechos fundamentales de los que goza todo individuo, entre los que se halla el de obtener un pronunciamiento que descarte, de un modo concreto y definitivo, el estado de sospecha erigido sobre su cabeza (“*Mattei*”, Fallos 278:188 y, en ese mismo sentido, ver causa n° 44.389, “*Ogando Bido, Carmen s/ procesamiento*”, rta. 18/11/10, reg. n° 1171, entre otras).

X.

Mención aparte merecen las detenciones ordenadas en el expediente.

Luego de producida la aprehensión de los encartados, el a quo denegó sus respectivas excarcelaciones sobre la base de que existía peligro de fuga y de entorpecimiento de la investigación. Dos semanas después, sin embargo, cuando esta Cámara tenía a su conocimiento las apelaciones introducidas por las defensas de aquéllos, el Juez dispuso su procesamiento sin prisión preventiva por considerar, esta vez, que “no existían riesgos procesales”.

No se observa en el expediente cuáles habrían sido los elementos de convicción incorporados a la causa -en ese escueto período de tiempo-, capaces de revertir las circunstancias aludidas por el Juez en aquella primera denegatoria. En efecto, cuando se dispuso la libertad de los imputados, el legajo permanecía en secreto de sumario -fs. 5041- y los sujetos prófugos persistían en esa condición (evento que había sido decisivo para otrora denegarles

Poder Judicial de la Nación

las excarcelaciones a los imputados). A la par, en el propio auto en el que se dispusieron las libertades se procesó a los encausados por un delito cuya pena en expectativa, a criterio del Juez, no habilitaba, a priori, sus concernientes excarcelaciones.

¿Por qué el Juez arribó a dos conclusiones contradictorias sobre la base de los mismos presupuestos? Esta es otra pregunta que carece de respuesta en el sumario pero que, no obstante, obliga a emitir una por parte de este Tribunal.

Las particulares circunstancias narradas en los párrafos que anteceden, en lo concerniente a la actuación del Juez de grado en este proceso, han evidenciado una desventurada analogía con lo analizado por este Tribunal en la causa 48.187 “*Schoklender, Sergio Mauricio y otros s/ procesamiento y embargo*”, reg. 872 del 01/08/13.

La adopción de decisiones caprichosas que ha quedado en evidencia a lo largo del examen realizado, y cuyo punto culminante ha sido el modo en que ligeramente decidió acerca de la libertad ambulatoria de los ciudadanos involucrados en este legajo, nos conduce al imperativo de disponer el apartamiento del Dr. Norberto Oyarbide de la instrucción del sumario, solución que viene contemplada en nuestro ordenamiento adjetivo -art. 173 del Código Procesal Penal de la Nación- (ver causa n° 43.956 “*Adell, Nancy s/ nulidad e incompetencia*”, rta. 15/04/10, reg. n° 313, entre otras).

En consecuencia, habremos de remitir el presente incidente junto con los autos principales a la Secretaría General de la Cámara a fin de que se desinsacule el Magistrado que deberá intervenir en el proceso, a quien le incumbirá, una vez cursadas las notificaciones de rigor, revisar la situación de las restantes personas involucradas en la investigación teniendo en cuenta el temperamento que se adoptará en este resolutorio.

En virtud de los argumentos desarrollados en los párrafos que anteceden, el Tribunal **RESUELVE**:

I. DECLARAR la NULIDAD de los dictámenes de fs. 9/10 y 40/43 del expediente principal y de todas las diligencias realizadas en

Poder Judicial de la Nación

consecuencia (en particular: intervenciones telefónicas -fs. 214, 280, 296/297, 311/315, 325/332, 399/401, 417/419, 430/433, 448/452, 460/462, 476/484, 500/504, 514/515, 528/530, 542, 757/758, 952/953, 965/968, 980/985, 1169/1180, 1288, 1296 y 4323/4328-, allanamientos -fs. 1304/1331 y 4717/4719-, indagatorias -fs. 3255/3263, 3265/3273, 3275/3283, 3285/3293, 3295/3303, 3305/3312, 3314/3322, 3324/3337, 3338/3353, 3379/3392, 5277/5285, 5287/5295, 5297/5305, 5497/5504 y 5506/5513- y procesamientos -fs. 5042/5223-) -arts. 168 y concordantes del C.P.P.N.-.

II. DECRETAR el **SOBRESEIMIENTO** de....., dejando constancia de que la formación de las presentes actuaciones en nada afecta el buen nombre y honor del que gozaren (art. 336, inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. APARTAR al titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 5 del conocimiento de las presentes actuaciones (art. 173 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber al representante del Ministerio Público Fiscal, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública (acordadas n° 15/13 de la C.S.J.N. y n° 54/13 de esta Cámara), infórmese mediante oficio al Sr. Juez apartado y remítase el presente incidente junto con los autos principales a la Secretaría General de la Cámara a fin de que se desinsacule el magistrado que deberá intervenir en el proceso, quien deberá cumplir con las notificaciones de rigor y proceder de acuerdo con lo señalado en los considerandos.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Firmantes: Dr. Jorge L. Balletero

- Dr. Eduardo G. Farah - Dr. Eduardo R. Freiler

Ante Mí: Dr. Eduardo A. Nogales

