

Poder Judicial de la Nación

Sala II – Causa n° 33.273

**“Recondo, Ricardo y otros s/
falta de acción”.**

Juzg. Fed. n° 9 – Sec. n° 17.

Expte. n° 10.909/2012/2

Reg. N° 36.438

//////////nos Aires, 07 de agosto de 2013.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

Los Dres. Zenon A. Ceballos y Federico Ceballos, defensores de Ricardo Recondo, plantearon por vía de excepción de falta de acción que los hechos denunciados no constituyen delito y pidieron, sobre esa base, el sobreseimiento de su asistido (fs. 1/4). Luego adhirieron a esa pretensión los Dres. Fernando Díaz Cantón y Federico Wagner, por la representación de Martín D. Farrel (fs. 11); y la Dra. María F. Prack, abogada de Oscar R. Aguad (fs. 12).

El juez rechazó las solicitudes (fs. 14/23) y, contra ello, dedujeron apelación las defensas, generando la intervención revisora de esta Alzada.

Cabe dejar constancia que la asistencia técnica de Daniel E. Ostropolsky –Dr. Lisardo A. Moure- planteó igual cuestión y recurrió la decisión adversa en el incidente n° 33.272.

Sintéticamente, los planteos discurren en derredor de los siguientes argumentos:

(1) Para empezar, los incidentistas sostienen que no ha existido en la causa un requerimiento de instrucción ajustado a los parámetros que establece el art. 188 del Código Procesal Penal de la Nación, donde se fijan los hechos *a priori* atribuidos a sus asistidos, la hipótesis delictiva construida en torno a ellos y las calificaciones legales que podrían resultar aplicables. Esa omisión -señalan- significa

que aquí no fue legalmente impulsada la acción por la parte llamada a hacerlo, en franca violación al principio *ne procedat iudex ex officio*.

(2) Amén de lo anterior, consideran que, estando a cuanto fuera puesto de manifiesto en la denuncia que originó el expediente, los elementos que fueron colectados desde entonces permiten descartar sin más que cualquiera de los acontecimientos referidos en la presentación aludida pueda configurar algún delito.

El Dr. Martín Irurzun dijo:

I- En su decisión, el juez consideró que el dictamen obrante a fs. 193 del ppal. (a que se hará referencia en lo sucesivo) no debía ser evaluado en forma aislada, sino conjuntamente con otras presentaciones previas de representantes del Ministerio Público que fueron delimitando los hechos en función de los cuales se impulsó la acción. En particular, enfatizó que el acusador remitió a la descripción fáctica realizada por su superior jerárquico al denunciar. De ahí que no se advirtiera un perjuicio real para las defensas y que no pueda prosperar la nulidad por ellas pretendida.

Por otro lado, la improcedencia de la excepción no se apoyó en un análisis del fondo de la cuestión, sino en la naturaleza propia y límites que hacen a la viabilidad del planteo. Entonces, dijo el *a quo*, como hay acontecimientos controvertidos y aquellos son susceptibles de producción de prueba, la falta de acción debe rechazarse y será materia de un eventual examen posterior todo aquello relativo a si se prosigue con la instrucción o se sobresee a los imputados.

II- Para empezar, debo aclarar que los hechos evaluados en este voto se ciñen a aquellos vinculados a las imputaciones que se erigen contra los incidentistas (aquí y en la causa n° 33.272); también los elementos que se desarrollarán son los relacionados a esas circunstancias concretas. Toda consideración sobre el grado de corroboración del resto de las denuncias acumuladas al legajo, excede el marco del presente.

Poder Judicial de la Nación

Aclarado cuanto precede, inicio de seguido el análisis de los agravios articulados.

(i) Es verdad que, tal como fue desarrollándose el trámite del expediente, puede decirse ahora que es conocida la intención de la fiscalía de impulsar la acción y también la plataforma fáctica sobre la cual lo hizo, aún cuando deba reconocerse que la forma poco clara en que se expidió el acusador a fs. 193 del ppal. -remitiéndose a la denuncia de la fiscalía general- torna dificultoso saber con precisión con qué alcances y bajo qué hipótesis observó la necesidad de promover una instrucción penal a los fines del art. 193 del CPPN.

Frente a ese contexto, coincido con el juez en punto a que la sanción de nulidad de lo actuado no es viable porque se trata de una vía restrictiva, que exige la concurrencia de un perjuicio irreparable de otra manera (CSJN, Fallos 325:1404, 323:929, 311:1413 y 311: 2337, entre otros); recaudo no satisfecho aquí.

Pero que la falencia no sea suficiente para anular las actuaciones no significa dejar de ver que ha tenido efectos importantes que repercuten a la hora de analizar la eventual relevancia típica de aquello que *–estando al escrito a que se remitieron acusador y juzgador para entender cubierto el requisito de promoción externa (arts. 180 y 188 del CPPN) - ha sido objeto de producción probatoria.*

En efecto:

(ii) La presentación efectuada el 16 de octubre del año pasado por el Sr. Jefe de Gabinete, Juan Abal Medina y la Sra. Procuradora del Tesoro, Angelina M. E. Abbona, ante la Procuración General de la Nación, hace alusión a dos situaciones supuestamente pasibles de reproche penal.

Una tiende a cuestionar el procedimiento de designación de jueces subrogantes adoptado en distintas decisiones de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal durante el año 2012 para cubrir transitoriamente vacantes producidas en juzgados de primera instancia. Tales resoluciones, según se lee en el

escrito, habrían sido adoptadas por el Tribunal de Superintendencia de la Cámara (cuyo presidente era el juez Martín Farrel y vicepresidente, el juez Ricardo Recondo) contraviniendo las directivas que, para la materia, fija la ley 26.376 en su art. 1.

Vale mencionar que fueron adjuntadas, en supuesto apoyo de lo enunciado, copias de resoluciones del tribunal, de fechas 28 de febrero de 2012 (fs. 1); 26 de junio de 2012 (fs. 2, 3 y 4); 2 de marzo de 2012 (fs. 5/6); 12 de julio de 2012 (fs. 8); 31 de julio de 2012 (fs. 9 y 10); 22 de mayo de 2012 (fs. 11); 30 de agosto de 2012 (fs. 13); 11 de septiembre de 2012 (fs. 15/7, junto con constancia de sorteo del 5 de septiembre de 2012, agregada a fs. 14) y 11 de octubre de 2012 (fs. 18/9). Todas, versan sobre sistemas empleados a los fines mencionados, para designar a quienes deberían cubrir las vacantes producidas en distintos juzgados de ese fuero.

También se trajeron a colación copias de la nota firmada por el Secretario General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia del 27 de diciembre de 2011 (fs. 7); y artículos periodísticos que hacen referencia a declaraciones de jueces del Alto Tribunal acerca de la cantidad de vacantes producidas en el Poder Judicial de la Nación y la necesidad de cubrirlas (fs. 20/1, 22, 23/4 y 25).

Por otro lado, la restante alegación refiere a la supuesta obstaculización, en el ámbito del Consejo de la Magistratura, del proceso de nombramiento de los aspirantes a ser designados al frente del juzgado en lo civil y comercial federal n° 1. Se acompañaron, en derredor de este tema, notas publicadas por medios periodísticos donde se hace referencia a un debate generado en el seno de aquél órgano, donde algunos consejeros (Ricardo Recondo, Daniel E. Ostropolsky y Jorge Agud, entre otros) se habrían opuesto a la inclusión, dentro de las ternas correspondientes, de una concursante (fs. 26/7, 28 y 29).

Según la presentación, todo lo anterior habría sido ejecutado con la finalidad de establecer por medios irregulares al magistrado que debería fallar en el expediente 119/10 caratulado “Grupo Clarín S.A. y otros c/ PEN y otro s/ acción

Poder Judicial de la Nación

meramente declarativa” del Juzgado Civil y Comercial Federal n° 1 (sobre todo, ver fs. 30/41).

El mismo día de su recepción, la Procuradora General de la Nación Dra. Alejandra Gils Carbó envió la presentación a la Fiscalía General ante esta Cámara (fs. 42) y el Dr. Federico Delgado, entonces a cargo de esa dependencia, dispuso pedir al Consejo de la Magistratura, a la Cámara Civil y Comercial Federal, y a la Corte Suprema de Justicia diferentes actuaciones relacionadas al caso (fs. 43); asimismo, remitió a sorteo su denuncia. Ahí refirió, como su objeto, el siguiente: “...*la manipulación del procedimiento de designación de magistrados mediante maniobras tendientes a evitar la culminación del concurso de antecedentes y oposición abierto para cubrir la vacante existente con el fin de dilatar la sustanciación de un trámite judicial en curso con el objeto de favorecer a un grupo económico determinado*” (fs. 44).

Pues bien, después de un derrotero procesal en torno al cumplimiento de la vista del art. 180 del CPPN (ver fs. 70, 95, 137 y 192), el fiscal de la causa, Dr. Gerardo Di Masi, manifestó impulsar la acción, pero lo hizo remitiéndose a la descripción realizada por su superior jerárquico en la denuncia (fs. 193 del ppal.).

De ahí que, no habiéndose realizado disquisiciones en punto a posibles calificaciones legales, eventuales involucrados, ni actuación concreta de aquellos, quede como única materia susceptible de análisis la desarrollada por el denunciante en los términos citados, esto es, (i) cuestionamiento sobre lo decidido por los Camaristas en funciones de Superintendencia sobre subrogancias en juzgados de primera instancia (supuesta “*manipulación*” con fines de beneficiar a una parte de un litigio radicado en el Juzgado n° 1); (ii) cuestionamiento sobre la posición adoptada por determinados Consejeros en el marco de un concurso para cubrir juzgados (“*evitar la culminación*”, también con aquél objetivo específico).

A partir de la reseña precedente resulta claro que, dadas las condiciones en que se impulsó el origen del legajo, éste no cuenta con base suficiente para excitar el inicio de la etapa preparatoria, si partimos de que “...*el acontecimiento que se da a conocer mediante la denuncia, para dar paso a una investigación penal, debe ser concreto. La exposición clara del hecho resulta ser –en razón del principio de congruencia- el requisito esencial para establecer los límites a los que debe ceñirse la instrucción y posibilitar de ese modo la legal iniciación de la investigación ante la imposibilidad del órgano jurisdiccional de actuar oficiosamente*” (de esta Sala, causa n° 29.751, “N.N.s/desestimación de denuncia”, del 28/12/2.010, Reg. N° 32.406) y que, para dar curso a la instrucción, debe al menos existir una hipótesis de tipo criminal con visos de verosimilitud (de esta Sala, causa n° 33.175 “N.N. s/ desestimación de denuncia”, reg. n° 36.107 del 31/5/2013).

En efecto, desde el inicio, la ligazón que constituiría el punto común entre las supuestas irregularidades de dos trámites con particularidades y objetivos completamente diferentes e independientes -*uno, llevado adelante por una Cámara de Apelaciones en funciones de Superintendencia; otro, por el Consejo de la Magistratura para cumplir con una de sus atribuciones constitucionales*- resultaba meramente conjetural y sin correlato en alegaciones verosímiles. Pero, fundamentalmente, eran las propias constancias acompañadas a fs. 1/29 por los firmantes de la presentación primigenia (fs. 30/41) las que dejaban en evidencia varios factores que, en vez de dar pie a algún tipo de sospecha sobre conductas diversas a las funcionales, reflejaban justamente lo contrario.

Para empezar, basta confrontar tales elementos para advertir que eran varios, y no uno, los juzgados que requirieron la adopción de medidas de superintendencia para dotarlos de magistrados en condiciones de fallar y evitar así una situación de gravedad institucional (ver fs. 1 a 19). Desde esta perspectiva tampoco es

Poder Judicial de la Nación

dable advertir a qué apunta la alegación acerca de un objetivo irregular, y por qué se consideró ceñido a la vacante del Juzgado n° 1.

En igual sentido, era fácil advertir que las vacancias existían hace tiempo, porque los concursos correspondientes se encontraban pendientes de definición. Frente a ello, la Cámara fundó (y venía fundando) su actuación en la obligación emanada de las facultades de superintendencia delegadas por el más Alto Tribunal (arts. 118, 120 y concordantes del Reglamento, dec ley 1285/58 y ley 1893), de asegurar el buen funcionamiento de los tribunales de su jurisdicción.

Surgen de allí, además, las razones que condujeron a la adopción de cada sistema, las cuales fueron motivadas en el examen de los recursos disponibles y de la situación concreta que se estaba intentando paliar. Y las propuestas se pusieron en conocimiento de la Corte Suprema, que en algunos casos no avaló la alternativa escogida –que por ende no se aplicó- (fs. 7) y en otras no encontró objeción.

Asimismo, las notas periodísticas adjuntas a la denuncia muestran que Ministros del Alto Tribunal manifestaron públicamente su preocupación por las vacantes sin cubrir –por las vías constitucionales- en el Poder Judicial (ver por ejemplo, a fs. 20/1, artículo titulado “*Lorenzetti sobre el retraso de las designaciones: “Si no hay jueces, no hay justicia”*”; a fs. 25, artículo titulado “*Falta designar más de 200 jueces federales*”).

Es decir:

Con los propios términos de la denuncia se sabía que había un problema generalizado. También lo era la necesidad de evitar que dé lugar a un “*caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia*”, según los motivos que habían llevado a la Corte a adoptar medidas transitorias (ver por ejemplo Acordada n° 10/2008).

Huelga mencionar que la situación crítica de los tribunales era pública y notoria. A título de ejemplo, puede invocarse el informe producido por la

Cámara Nacional de Casación Penal el 31 de agosto de 2010, dirigido al Presidente del Máximo Tribunal, en que se puso en conocimiento que entre el 2 de febrero y el 30 de agosto de ese año se emitieron “1229 resoluciones atinentes a subrogancias de magistrados”, advirtiéndose “con gran preocupación la situación de sobrecarga y desborde jurisdiccional” y que “resulta imperioso urgir la cobertura de las vacantes existentes; y además, la confección, a la mayor brevedad posible, de las listas de conjueces previstas en las leyes 26.372 y 26.376” (publicado en <http://www.cij.gov.ar/nota-5009-Casacion-Penal-reclama-que-se-cubran-las-vacantes-de-jueces.html>).

Entonces, la situación de excepción a que aludían los jueces de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal era pertinente y de ningún modo a ellos atribuible; también era real que tenían atribuciones para (y esencialmente, la obligación de) utilizar las herramientas a su alcance para tratar de evitar consecuencias aún más graves. En definitiva, los fundamentos de sus decisiones son y eran al tiempo de la denuncia objetivamente contrastables y va de suyo que no hay nada objetable en todo ello.

Hasta aquí, cuanto se extrae de lo alegado o acompañado en el escrito promotor.

(iii) No obstante lo anterior, el trámite del sumario prosiguió y fueron incorporándose constancias estrechamente vinculadas a los hechos. Así es como, a la fecha, se cuenta con información previamente requerida por el Juez y la Fiscalía General (o aportada por las Defensas) que –al igual que cuanto se evaluara más arriba- respalda el argumento de que las conductas por las que se impulsó la acción no son penalmente relevantes.

En cuanto a las subrogancias:

- En la nota del 27 de noviembre de 2012 de la Corte Suprema, informa que “no existen reglamentaciones para la realización de sorteos informáticos

Poder Judicial de la Nación

con el fin de lograr la designación de jueces subrogantes, toda vez que la ley 26.376 no establece que las cámaras deban proceder mediante este tipo de sorteo” (fs. 189 del ppal.).

- Por su parte, de las fotocopias del Expte. de Superintendencia n° 2770/09 “*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal s/ subrogancia Juzgado n° 1 del fuero*” (reservado en autos), surge que la vacante se produjo en 2009 (fs. 1); entonces se propuso convocar al Magistrado jubilado siendo ello avalado por la Corte Suprema (fs. 4, fs. 17 y fs. 18).

En septiembre de 2011 el Tribunal de Superintendencia dejó sin efecto esa convocatoria -por renuncia del Magistrado-. Ante ello, el pleno explicó que el sistema rotativo usado excepcionalmente “...*(que fue también empleado en otros juzgados), ha generado una sobrecarga de tareas que afecta a todos los titulares de los demás juzgados. La alternancia a cargo de un juzgado conspira sin duda contra la eficacia de la adecuada prestación del servicio de justicia, toda vez que se hace muy difícil la adaptación entre los jueces subrogantes y los funcionarios y empleados del juzgado vacante. Resulta trabajoso mantener la coherencia en la tramitación de las causas frente a la disparidad de criterios en temas jurídicos y de procedimiento, amén del disgusto que esto genera entre los litigantes y abogados que actúan en este fuero.*” y que “*esta Cámara ha agotado ya todas las alternativas permitidas y que, ante la gravedad institucional de no poder asegurar la prestación adecuada del servicio de justicia con relación a la vacante que se producirá...*”, disponiéndose solicitar a la Corte que habilitara la designación de un secretario como subrogante (ver fs. 35 y 36, y oficio del Presidente Guarinoni de fecha 4 de noviembre de 2011, fs. 74/6).

Luego, el Alto Tribunal rechazó dicha propuesta y por ello se mantuvo el sistema rotativo que venía utilizándose (fs. 77, 90, 108, 110). Por acuerdo plenario, se dispuso en marzo de 2012 que los autos para sentencia se remitieran a la

oficina de distribución de expedientes para su clasificación y distribución equitativa (fs. 126).

El 11 de septiembre de 2012, el Tribunal de Superintendencia, desarrollando argumentos análogos a aquellos que motivaran la propuesta del 4 de noviembre de 2011 (*o sea, nada novedoso*), modificó el sistema respecto de los autos para sentencia y luego de consultar las estadísticas de los juzgados y establecer sobre esa base cuáles jueces estaban en condiciones de subrogar para el dictado de sentencias, sorteó (constancia del 5/9/12 obrante a fs. 242 y aclaraciones formuladas a fs. 333 y sptes. del *expte. n° 119/12* del Consejo de la Magistratura) entre los magistrados Tettamanti y Asis de Soto quiénes subrogarían en los Juzgados n° 1 y 7; el resultado se dio en ese orden (fs. 239/4).

Todo fue puesto en conocimiento de la Corte, que contestó que se trataba de funciones delegadas en la Cámara, por tanto no susceptibles de aprobación (fs. 263).

Posteriormente, el Dr. Tettamanti renunció, quedando sin efecto su convocatoria (fs. 280 y 290) y el Tribunal de Superintendencia dispuso retomar el sistema rotativo el 11 de octubre de 2012 (fs. 291); hasta que el pleno resolvió modificar esa modalidad *–resaltando que se empleó desde 2007 para distintas subrogancias–* y designó a Horacio Alfonso para intervenir en los expedientes del Juzgado n° 1 (fs. 292).

Como se ve, el trámite demuestra la intensa tarea de búsqueda y análisis que rodeó la adopción de todas las herramientas que pudieron estimarse factibles para atemperar los efectos de una situación generalizada y prolongada de vacantes; asimismo, que aquellas fueron modificándose en razón de circunstancias no atribuibles a los Camaristas (sea renuncia del magistrado convocado, rechazo de la propuesta formulada a la Corte, imposibilidades funcionales por cúmulo de trabajo o inconvenientes prácticos, etc.)

Poder Judicial de la Nación

- Por su parte, las copias del *expte. n° 2762/09* de esa Cámara, formado para cubrir la vacante del Juzgado n° 7 (reservado en autos), reflejan que para ello se siguieron los mismos pasos que respecto del Juzgado n° 1. Igual conclusión se extrae de la resolución del pleno del 20 de diciembre de 2007, donde se dispone utilizar un sistema rotativo para cubrir una vacante en el Juzgado n° 2 y que los autos para sentencia sean remitidos a la oficina de distribución de expedientes para su clasificación y sorteo equitativo (copias a fs. 383/4 del ppal.).

O sea, se trata de las mismas soluciones que fueron adoptadas en 2012 para el Juzgado n° 1, varios años antes.

- Asimismo, en los *anexos documentales "D", "E", "F", "G" y "H"* acompañados por la defensa de Farrel, lucen los listados de los pedidos de prórroga para dictar sentencia efectuados por los magistrados de primera instancia del fuero en lo Civil y Comercial Federal.

En sintonía con lo anterior, pueden verse también las alusiones al cúmulo de trabajo y a solicitudes a la Cámara, que surgen de las declaraciones informativas prestadas por jueces de ese fuero en el marco del *expediente del Consejo de la Magistratura n° 119/2012 "Gagliardi María Lorena s/ su presentación"*.

Todo ello, brinda aval a los motivos de excepción invocados por la Cámara para proceder como lo hizo.

- Cabe mencionar también la *Acordada n° 14/09 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal*, donde se refleja el acuerdo destinado a cubrir un juzgado de primera instancia. Es relevante porque, entre los fundamentos de la decisión, se desarrolla que el Poder Ejecutivo Nacional no realizó la lista de conjueces prevista por ley 26.376 y que no es viable designar a un único juez por el cúmulo de tareas que se extraen de los pedidos de prórroga para dictar sentencia. Por tales razones, se dispone utilizar un sistema rotativo hasta tanto la Corte Suprema

dé aval a la designación de un secretario (ver copias de fs. 425 y 426 del ppal. –Ac. del 2/10 que emplea mismo sistema-).

En igual sentido se cuenta con copia de *Acordada 12/10*, que designa un secretario para subrogar, con aval de la Corte (fs. 427); copia de *Acordada 15/10*, donde se utiliza un sistema rotativo hasta que la Corte apruebe la designación de un secretario (fs. 428/9); copia de *Acordada 9/11*, designando una secretaria para subrogar en un juzgado de primera instancia, con aval de la Corte (fs. 430); copias de *Acordada 9/12*, donde se emplea un sistema rotativo hasta que la Corte apruebe la designación de un secretario (fs. 434).

Repárese en que se trata de otra cámara, que ante la misma situación de excepción, recurre a alternativas – en parte- idénticas. Es que los sistemas no eran novedosos ni en el ámbito del fuero civil y comercial federal ni en otros; cada tribunal buscaba solucionar el problema de la forma que entendía posible y más eficaz.

- Iguales conclusiones se extraen de fs. 442 y sgtes., fs. 448, fs. 452/3, fs. 478 y fs. 493 (todas del ppal.), donde lucen agregadas las respuestas brindadas por la Cámara del Crimen; la Cámara del Trabajo; la Cámara en lo Penal Económico; la Cámara Civil y la Cámara Comercial.

Sucede que, de allí, surgen las diferentes modalidades a que recurren dichos tribunales en su función de superintendencia –*ya sea con sistemas rotativos; decidiendo sobre la base de razones funcionales previa consulta a los magistrados, o según la sede en que se encuentre el juzgado, o por antigüedad en las subrogancias-* para intentar brindar soluciones a las vacantes (ver citas realizadas en el párrafo anterior).

En cuanto al concurso destinado a nombrar magistrados en los juzgados vacantes.

- Del expediente n° 209/2010 del Consejo de la Magistratura formado para tramitar el concurso n° 258 destinado a designar a los jueces de los

Poder Judicial de la Nación

Juzgados nro. 1, 4, 5, 7 y 8 del fuero Nacional en lo Civil y Comercial Federal (reservado en autos), surgen algunos factores que ratifican cuanto se viene desarrollando.

Uno es el largo período que abarcó, cuya obvia consecuencia fue que, mientras tanto, los cinco juzgados vacantes (*y no uno sólo*) requirieron en sede judicial la adopción de medidas transitorias para evitar privaciones de justicia. Otro es que se siguieron los pasos reglamentarios y que, cuando todos los consejeros intervinientes tuvieron que opinar sobre cuestiones atinentes a sus funciones, así lo hicieron. Mal puede extraerse de ello un indicio de estar ante una conducta con relevancia penal.

En efecto, el legajo se inició el 10 de junio de 2010 (fs. 5), llamándose a concurso dos meses después (fs. 36/7). La prueba de oposición se llevó a cabo en octubre de ese año (fs. 111/2); la etapa oral, el 9 de noviembre de 2011 (fs. 552/3). El 22 de marzo de 2012 la Comisión de Selección de Magistrados aprobó el orden de mérito y convocó a las audiencias personales (fs. 660/1), que se realizaron el 2 de mayo siguiente (fs. 750).

Luce a fs. 760 el dictamen de la Comisión de Selección de Magistrados donde se sometió a votación la propuesta del consejero Fera sobre el orden de mérito. Las constancias relativas al asunto revelan que el consejero Agud pidió una postergación que fue denegada, y que luego la iniciativa se aprobó por mayoría (votos de Fera, Córdoba, Urriza, Moreno, Ordiales, Sánchez Freytes y Agud), con la disidencia del consejero Recondo (fs. 759, 760/6, 800). Luego se convocó a los candidatos a una audiencia con el plenario del cuerpo, concretada el 16 de agosto de 2012 (fs. 813).

- Esa información se completa con la *constancia del Consejo de la Magistratura fechada el 4 de octubre de 2012* donde se expresó que en atención a la falta de *quórum* para la sesión del Plenario convocado, se dispuso suspenderla (firmada

por los consejeros Manuel Urriza, Alejandro Fargosi, Alejandro Sánchez Freytes, Ricardo Recondo, Oscar R. Aguad, Mario J. Cimadevilla y Mario Fera); y la *constancia del 11 de octubre de 2012*, en iguales términos (firmado por los Consejeros Manuel Urriza y German E. Krieger) –copias a fs. 115 y 116 del ppal.-.

Hay que hacer un breve alto aquí para enfatizar este asunto.

Es que, según lo apuntado, el motivo por el cual, después de haberse seguido todos los pasos correspondientes, no se votó la terna del concurso n° 258 fue claramente reglamentario; y va de suyo que son ajenas a un análisis de tipo penal las razones por las que uno u otro consejero pudo o no haber asistido a la reunión. Lo propio sucede con las opiniones que pudieran tener, dentro o fuera del recinto en que laboraban, sobre temas propios de la función que cumplen, sea que se coincida o discrepe con aquellas.

De ahí que no exista base objetiva alguna para cuestionar por irregular al procedimiento, ni menos aún para apuntalar aquella indicación inicial según la cual habría concurrido una especie de conexión ilícita entre los actores de este trámite y los del seguido por la Cámara Civil y Comercial Federal para designar subrogantes.

Partiendo de dicha premisa, considero irrelevante rastrear más datos sobre cuanto ya fue documentado a fs. 45/68 del ppal. (sociedades vinculadas a Aldo Héctor Ostropolsky, hermano del denunciado miembro del Consejo de la Magistratura), pues incluso de corroborarse las versiones primigenias en relación a este punto, ello no modificaría las conclusiones precedentes.

III- Hace tiempo viene sosteniéndose que para la procedencia de una excepción de falta de acción como la presente, es necesario que la inexistencia de delito alegada surja en forma evidente y manifiesta (ver causa n° 29.459 “Bazzio”, reg. n° 32.227 del 25/11/10, causa n° 29.392 “Domínguez Ojeda”, reg. n° 32.057 del 19/10/10, causa n° 28.700 “Mulford”, reg. n° 31.088 del 23/2/10, causa n° 27.991

Poder Judicial de la Nación

“Peña”, reg. n° 30.255 del 20/8/09, causa n° 22.151 “Mathov”, reg. n° 23.915 del 7/7/05; causa n° 20.287 “Ancarini”, reg. n° 21.771 del 18/11/03; causa n° 17.590 “Moyano”, reg. n° 18.614 del 27/4/01; causa n° 17.430 “Arce”, reg. n° 18.440 del 1/3/01, entre muchas otras).

Ello sucede cuando la atipicidad de la conducta denunciada resulta en forma palmaria de la mera descripción efectuada en el acto promotor, no requiriendo debate alguno sobre cuestiones subjetivas, hechos controvertidos o producción de prueba (ver Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto R., “Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. “Hammurabi”, Bs. As., 2004, tomo II, pag. 930 y D’Albora, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. “Lexis Nexis”, Bs. As., 2003, tomo II, pag. 715, citado por el juez; doctrina utilizada por esta Sala en causa n° 28.859 “Pinto” reg 31.160 del 11/3/10, entre otras). Así, la manifiesta inexistencia de delito debe surgir con toda evidencia de la denuncia o de lo actuado, existiendo una absoluta irrelevancia penal, no percibida tempestivamente (ver D’Albora, Francisco J. “La inexistencia de delito como excepción no legislada”, ED 121-975).

Desde tales puntos de vista, considero que los impedimentos observados por el juez para proceder –por esta vía- a disponer el sobreseimiento de los imputados, no resultan avalados por la descripción de la hipótesis materia de imputación ni tampoco atendiendo a lo actuado en el expediente.

(1) Ello es así, en la medida en que ha quedado establecido que aquello que se relatara en el escrito promotor no encuadra en una figura penal;

(2) que si era necesario contar con algún elemento probatorio pertinente para saber más acerca de lo que, con las particularidades apuntadas, se señaló como objeto de la instrucción penal, lo cierto es que todas esas constancias ya son conocidas y obran agregadas o anexadas al expediente, sin que aquello que todavía no se consiguió (ya sea, más información acerca de participaciones societarias del

hermano de Daniel Ostropolsky; o sobre el sistema utilizado por alguna otra cámara de apelaciones para subrogancias, etc.) revista entidad para modificar de un modo u otro el cuadro actual.

(3) que frente al argumento de que existieron en un principio hechos controvertidos, es a mi modo de ver irrefutable el plexo de pruebas sobre cómo ocurrieron las cosas. Todo lo que se examinó aquí es unívoco, revelando que los jueces y consejeros denunciados actuaron dentro del marco de las facultades y obligaciones que les impone la ley frente a las situaciones en que tuvieron que intervenir, y que brindaron –cuando tuvieron que así hacerlo- las razones en que fundaron sus decisiones y opiniones.

(4) que, con todo, se presenta un nítido supuesto de sobreseimiento en los términos del art. 336 inciso 3° del CPPN, que impone esa solución cuando “*El hecho investigado no encuadra en una figura legal*”; y la vía promovida es procedente para declarar cuanto por derecho corresponde (sobre esto, ver D’Albora, artículo citado, en especial punto III, pág. 978), desvinculando definitivamente a Ricardo Recondo, Martín Farrel, Oscar R. Aguad (imputados que apelaron aquí) y a Daniel E. Ostropolsky (imputado que planteó igual cuestión y recurrió la decisión adversa en el incidente n° 33.272).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar el planteo de nulidad formulado por las defensas; y revocar el auto en crisis en todo cuanto decide y fuera materia de apelación, haciendo lugar a la excepción de falta de acción promovida por las defensas y, en consecuencia, sobreseyendo a Ricardo Recondo, Martín Farrel, Oscar R. Aguad y Daniel E. Ostropolsky, en los términos del art. 336 inciso 3° del CPPN, por cuanto “*El hecho investigado no encuadra en una figura legal*”, dejando constancia que la formación del presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubieran gozado.

El Dr. Horacio R. Cattani dijo:

Poder Judicial de la Nación

I- Para empezar, coincido con el voto que antecede en punto a que el planteo de nulidad de las defensas respecto del requerimiento de instrucción de fs. 193 del ppal., debe ser rechazado.

Ello pues, incluso sin perder de vista el poco desarrollo allí efectuado, lo cierto es que han quedado suficientemente establecidos los acontecimientos en derredor de los cuales se promovió la pesquisa, sin que los extremos alegados en los recursos conlleven a la sanción propuesta.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause en perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no exista una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia (Fallos 325:1404, 323:929, 311:1413 y 311: 2337, entre otros).

II- De conformidad con la descripción realizada por la fiscalía, se han denunciado –con relación a los acontecimientos vinculados al debate aquí gestado– las siguientes cuestiones:

(1) El procedimiento de designación de jueces subrogantes adoptado en distintas decisiones del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal. Según lo alegado, aquél habría contravenido las directivas que, para la materia, fija la ley 26.376 en su art. 1.

(2) Supuestas maniobras que habrían llevado adelante determinados miembros del Consejo de la Magistratura a efectos de evitar la culminación del proceso de nombramiento de los aspirantes a ser designados al frente del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal n° 1

Pues bien, ambas hipótesis fueron sujetas a medidas de investigación cuyo resultado ha ido incorporándose al expediente, evidenciando diferentes factores en el sentido apuntado por las defensas.

Por un lado, como explicó el voto que antecede, las constancias relativas al procedimiento adoptado por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal para nombrar magistrados subrogantes, indican que las herramientas escogidas no resultaron novedosas ni limitadas a un solo juzgado; que fueron fundamentadas en una situación de excepción, generalizada en el fuero; y que sucesivamente se las puso en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo en algunos supuestos avaladas y en otros no (véase especialmente, fs. 20/1, 25, 189 y 383/4 del ppal.; fotocopias reservadas de los exptes. n° 2762/09 y 2770/09 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal formados por las subrogancias en los Juzgados n° 7 y 1, respectivamente; y anexos documentales “D”, “E”, “F”, “G” y “H” acompañados por la defensa de Farrel).

También se agregaron al expediente informes de varias Cámaras de Apelaciones con diferentes jurisdicciones, de los cuales surge la adopción de alternativas similares, motivadas en circunstancias análogas a las invocadas por el Tribunal de Superintendencia del fuero Civil y Comercial Federal (ver fs. 425/34, 442 y sgtes., 448, 452/3, 478 y 493, todas del ppal.).

Hasta aquí cuanto se conoce sobre esta cuestión. Cabe destacar que, al respecto, el juez entendió pertinente averiguar el sistema empleado por otros tribunales, sin que a la fecha se cuente con aquellos datos (ver fs. 413, 415/22 y 477 del ppal.).

Por otro lado, los antecedentes relativos al trámite del concurso n° 258 destinado a designar magistrados para los Juzgados 1, 4, 5, 7 y 8 del fuero Civil y Comercial Federal no aportan signos de irregularidades, por cuanto se siguieron allí los pasos correspondientes y su avance -o no- obedeció a razones reglamentarias (ver fotocopias de expte. del Consejo de la Magistratura n° 209/2010; y fs. 115 y 116 del ppal.).

Poder Judicial de la Nación

Amén de ello, en torno a este asunto, el *a quo* dispuso profundizar la versión de la parte acusadora que se extrae de la denuncia y a cuyo respecto se aportó la documentación obrante a fs. 45/68 del ppal.(ver exhorto de fs. 402 del ppal., destinado a averiguar en la Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Trabajo de Mendoza, datos sobre conformación societaria de Bliz Media y Jordana S.A.). No consta en el legajo respuesta de lo anterior.

III- Ahora bien, la excepción de falta de acción por inexistencia de delito promovida por las defensas fue rechazada en la anterior instancia por entenderse ausentes las condiciones necesarias para su acogida favorable, posponiéndose el análisis de fondo sobre los hechos hasta tanto se cuente con un panorama completo para resolver.

A mi modo de ver, sin perjuicio de lo reseñado en el punto precedente, esa respuesta se ajusta a pautas sentadas por reiterada jurisprudencia y doctrina sobre la materia, según las cuales este tipo de planteos sólo proceden cuando la inexistencia de delito surja en forma evidente y manifiesta, al punto que la falta de correspondencia de lo narrado en la denuncia con alguna figura delictiva debe resultar en forma palmaria de la mera descripción efectuada en el acto promotor, no requiriendo debate alguno sobre cuestiones subjetivas, hechos controvertidos o producción de prueba (ver de esta Sala, causa n° 29.459 “Bazzio”, reg. n° 32.227 del 25/11/10, causa n° 29.392 “Domínguez Ojeda”, reg. n° 32.057 del 19/10/10, causa n° 28.859 “Pinto” reg. n° 31.160 del 11/3/10, causa n° 28.700 “Mulford”, reg. n° 31.088 del 23/2/10, causa n° 27.991 “Peña”, reg. n° 30.255 del 20/8/09, causa n° 22.151 “Mathov”, reg. n° 23.915 del 7/7/05, causa n° 20.287 “Ancarini”, reg. n° 21.771 del 18/11/03, causa n° 17.590 “Moyano”, reg. n° 18.614 del 27/4/01, causa n° 17.430 “Arce”, reg. n° 18.440 del 1/3/01; y Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto R., “Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. “Hammurabi”, Bs. As., 2004, tomo II, pag. 930 y D’Albora, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación”, Ed. “Lexis Nexis”,

Bs. As., 2003, tomo II, pag. 71, y D'Albora, Francisco J. "La inexistencia de delito como excepción no legislada", ED 121-975).

Entonces, frente a tales parámetros cabe observar que en el caso: *primero*, se han presentado versiones contrapuestas sobre cómo ocurrieron los acontecimientos -todas primigeniamente reputadas de ilícitas-; *segundo*, que a instancia del acusador se inició una pesquisa y así sus hipótesis han sido efectivamente sujetas a determinadas medidas probatorias; *tercero*, que el resultado de la mayoría de esas diligencias ya consta en la causa, sin que hayan brindado corroboración alguna a las imputaciones formuladas contra los incidentistas (ver Considerando III); y *cuarto*, que amén de lo anterior, todavía restan producirse ciertas evidencias que fueron dispuestas con la finalidad de agotar la averiguación de todas las aristas del caso.

De ahí que el panorama actual me lleve a afirmar que no están satisfechas las condiciones exigidas para receptor favorablemente la pretensión articulada por la vía intentada.

No obstante ello, cabe enfatizar que, una vez completo el cuadro probatorio, corresponderá al juez pronunciarse por los canales adecuados sobre la situación de los encausados, sin que pueda postergarse esa definición en virtud de que existan otras denuncias aún sometidas a medidas de averiguación.

Siguiendo en esa línea, sin perjuicio de las conexidades aceptadas en la instrucción, la acumulación *material* de expedientes con objetos opuestos resulta inconveniente a la hora de dirigir ordenadamente el proceso y expedirse respecto de los diferentes aspectos que se vayan presentando, lo cual se encomienda subsanar una vez devueltas las actuaciones.

IV- Por todo lo expuesto, considero que no debe hacerse lugar al planteo de nulidad formulado por las defensas y confirmar el rechazo de la excepción de falta de acción por inexistencia de delito, encomendando al juez proceder con arreglo a lo apuntado.

Poder Judicial de la Nación

Tal mi voto.-

El Dr. Eduardo G. Farah dijo:

I- Para empezar, coincido con mis colegas preopinantes en punto a que el planteo de nulidad de las defensas respecto del dictamen de fs. 193 del ppal. y lo actuado en consecuencia no puede prosperar pues, habiendo quedado suficientemente establecidos los acontecimientos en derredor de los cuales se promovió la pesquisa, los extremos alegados no conducen a la sanción propuesta, dado el criterio restrictivo que rige la materia (Fallos 325:1404, 323:929, 311:1413 y 311: 2337, entre otros).

II- Superado lo anterior, observo que el rechazo de la excepción postulada por las defensas se compadece con las pautas que reiteradamente fueron establecidas para definir planteos de esta naturaleza, según las cuales aquellos sólo proceden cuando la inexistencia de delito surja en forma evidente y manifiesta (ver de esta Sala, causa n° 29.459 “Bazzio”, reg. n° 32.227 del 25/11/10, causa n° 29.392 “Domínguez Ojeda”, reg. n° 32.057 del 19/10/10, causa n° 28.700 “Mulford”, reg. n° 31.088 del 23/2/10, causa n° 27.991 “Peña”, reg. n° 30.255 del 20/8/09, causa n° 22.151 “Mathov”, reg. n° 23.915 del 7/7/05; causa n° 20.287 “Ancarini”, reg. n° 21.771 del 18/11/03; causa n° 17.590 “Moyano”, reg. n° 18.614 del 27/4/01; causa n° 17.430 “Arce”, reg. n° 18.440 del 1/3/01, entre muchas otras).

Partiendo de esas premisas, la lectura del expediente principal y la documentación reservada muestra que la instrucción es aún incipiente y que, en ese marco, han concurrido versiones contrapuestas sobre cómo ocurrieron los acontecimientos, encontrándose pendientes de incorporación ciertas pruebas ya ordenadas.

En efecto, mientras la hipótesis del acusador sugiere en base a la denuncia que las acciones de los imputados se guiaron por un interés de beneficiar a terceros, ellos han sostenido -aportando determinadas constancias en respaldo de su posición- que actuaron conforme sus obligaciones funcionales. Incluso, la fiscalía ha

impulsado la acción en este mismo legajo para investigar si quiénes formularon la denuncia primigenia lo hicieron falsamente y con miras a presionar o amedrentar a sectores de la justicia o el Consejo de la Magistratura.

Lo relevante aquí es que, desde el comienzo de la causa, todas esas alegaciones cruzadas han sido sujetas a medidas de corroboración. Y si bien coincido con los apelantes en punto a que, hasta el momento, lo actuado tiende *a priori* a respaldar sus versiones –*exclusivamente en punto al mérito de las imputaciones que a ellos atañen*–, también es verdad que la pesquisa transcurre todavía una instancia inicial en la cual resta completar el cuadro reunido mediante las diligencias pendientes, cuyo objeto es terminar de coleccionar los elementos pertinentes (art. 193 del CPPN) para expedirse sobre la cuestión de fondo contando con un panorama completo de todas las aristas y alternativas que ha presentado.

Frente a dicho contexto –*esto es, estado del sumario y condiciones para que sea viable el planteo*–, a mi juicio la respuesta del juez en esta incidencia fue correcta: la excepción de falta de acción no es procedente porque no están satisfechos sus presupuestos propios.

Ello, obviamente, no exime al director de la pesquisa del deber de imprimir al trámite la máxima celeridad al alcance, para averiguar aquello que queda por despejar y, cuando lo anterior ocurra, pronunciarse por los canales correspondientes respecto de los cargos formulados, examinando la totalidad de las evidencias.

Por lo desarrollado, adhiero a la solución propuesta en el voto que antecede, de confirmar el rechazo de la excepción de falta de acción por inexistencia de delito, encomendando al juez que proceda con arreglo a lo apuntado.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

Poder Judicial de la Nación

I- NO HACER LUGAR a las nulidades promovidas por los apelantes.

II- CONFIRMAR la decisión recurrida por cuanto rechazó la excepción de falta de acción por inexistencia de delito promovida por las defensas, sin perjuicio de encomendar al juez que proceda con arreglo a lo apuntado.

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

Fdo: Horacio Rolando Cattani- Martín Irurzun- Eduardo G. Farah.-

Ante mi: Nicolas A. Pacilio. Secretario de Cámara.-

USO OFICIAL