



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

REGISTRO N° 400/16.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani, como Presidente, y los doctores Mariano Hernán Borinsky y Ángela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 237/251 vta. de la presente causa nro. CFCP 18579/2006/266 del registro de esta Sala, caratulada: **"SKANSKA S.A. s/recurso de casación"** de la que **RESULTA:**

I. Que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 7 de esta ciudad, mediante resolución del 11 de julio de 2007 (fs. 51/59 vta.), resolvió: I. RECHAZAR por improcedente el planteo de nulidad efectuado por la defensa de Javier Azcárate a fs. 1/6 contra los autos interlocutorios de fecha 16/05/07 mediante el cual se convoca a efectos de prestar declaración indagatoria a su defendido y de fecha 18/05/07 a través de la cual se ordena la notificación de dicha convocatoria; II. RECHAZAR por improcedente el planteo efectuado por la defensa de Javier Azcárate en cuanto solicitó la exclusión de los medios de prueba consistentes en la grabación aportada por el Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1 en el marco de los autos 1705/05 y del testimonio prestado por Claudio Corizzo en los presentes actuados; y III. RECHAZAR por improcedente el planteo efectuado por la defensa de Juan Carlos Bos a fs. 11/18 en cuanto solicitó se declare la nulidad de la grabación incorporada a esta causa.

II. Que, llegado el caso a conocimiento de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad (en adelante "C.N.A.C.C.F."), en virtud de los recursos de



apelación presentados por las defensas, aquel tribunal resolvió, con fecha 19 de mayo de 2008 (reg. nro. 532, fs. 214/224 vta.), resolvió: 1) CONFIRMAR el punto I de la resolución obrante a fs. 51/59, en tanto rechaza por improcedente el planteo de nulidad efectuado por la defensa de Javier Azcárate contra los autos interlocutorios de fecha 16/05/07 y de fecha 18/05/07; 2) REVOCAR los puntos II y III de la resolución obrante a fs. 51/59 en todo cuanto deciden y fuera materia de apelación; 3) EXCLUIR como medio de prueba la grabación secuestrada con motivo del registro llevado a cabo en la sede de la empresa Skanska con fecha 15/07/07, la copia acompañada por el apoderado de dicha empresa -17/05/07- y el testimonio de Claudio Corrizo en lo que al contenido de dicha grabación se refiere; 4) DECLARAR LA NULIDAD del llamado a prestar declaración indagatoria a Claudio C. Corizzo obrante a fs. 1555, la consecuente intimación que luce a fs. 3672 y los actos que son su consecuencia.

III. Que contra el punto "2)" y "3)" de dicha resolución de la C.N.A.C.C.F., el titular de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (en adelante, "F.N.I.A.") interpuso recurso de casación (fs. 237/251 vta.), el que tras haber sido denegado por el "a quo" (fs. 253/253 vta.), fue concedido por la Sala III de esta Cámara, con motivo de la queja articulada por el representante de la F.N.I.A. (reg. nro. 568/09 del 07/05/09 de dicha Sala -fs.370-). Posteriormente, el Fiscal General a cargo de la F.N.I.A. hizo su presentación escrita con el propósito de mantener dicho recurso casatorio (fs. 375).

Asimismo, a fs. 376/379 vta., se presentó el Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal (en adelante, "C.F.C.P."), con el propósito de adherir al recurso articulado por la F.N.I.A.

IV. Que la representación de la F.N.I.A. comenzó por señalar en su recurso que lo articulaba





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

"en forma subsidiaria", "para el caso en que el Sr. Fiscal de Cámara Moldes no h[ubiera] interpuesto similar remedio". En respaldo de su legitimación subjetiva, invocó lo prescripto por los arts. 45 inc. 'c' -último párrafo- y 48 de la ley 24.946 y por los arts. 31.8 y 45.5 del Reglamento Interno de la F.N.I.A. aprobado por Res. P.G.N. nro. 18/05. Con idéntico propósito hizo alusión a la Resolución P.G.N. nro. 112/03, mediante la cual el Procurador General "resolvió instruir a los fiscales del MPF para que 'ante la sustanciación de un proceso penal en el cual se investiguen hechos cuya naturaleza y presuntos responsables encuadren en las previsiones de los artículos 45 incs. a) y b) y/o 48 de la LOMP, coetáneamente a su primera intervención' comuniquen a esta Fiscalía la existencia de dicho proceso para que 'tome la intervención necesaria establecida en los artículos 45 inc. c) y 48 de la LOMP'".

El impugnante encauzó su presentación recursiva, bajo la alegación de los dos supuestos previstos por el art. 456 del C.P.P.N. Sustancialmente, postuló que el pronunciamiento del *a quo* cuestionado no satisface las exigencias de motivación requeridas por el art. 123 del C.P.P.N. y que en dicha resolución no se ha aplicado correctamente el principio constitucional en juego (prohibición de la autoincriminación -C.N., art. 18-). Acotó que, sobre la base de dicha aplicación errada de la garantía constitucional en cuestión, el *a quo* interpretó equivocadamente las reglas previstas en el ordenamiento procesal para la incorporación en estas actuaciones de prueba por vía testimonial y documental (arts. 239, 240, 241, 244 -a contrario sensu-, 232 y ccdtes.), en violación de lo dispuesto por el art. 2 del C.P.P.N.

Desde la perspectiva expuesta, el recurrente solicitó que se case la decisión cuestionada, por su arbitrariedad y fundamentación errónea.

Hizo reserva de caso federal.

V. Que durante el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentaron los doctores Fernando Lucuy y Juan Sebastián Serra, en ejercicio de la asistencia técnica de Claudio Cayetano Corizzo. En lo sustancial, dicha defensa solicitó: a) que se declare que el punto dispositivo nro. 4) de la resolución cuestionada se encuentra firme por falta de impugnación; b) que, para el hipotético caso de que se entienda que la adhesión formulada por el señor Fiscal General ante esta instancia alcanza la anulación del mencionado punto dispositivo 4), se la rechace porque no existió recurso que impugne dicho extremo al que se pudiera adherir y, subsidiariamente, que se declare inadmisibles dichas adhesiones por falta de fundamentación (cfr. fs. 396/403).

VI. Que suscitada una contienda negativa de competencia entre las Salas III y IV de esta C.F.C.P. en las presentes actuaciones, el pleno del Tribunal, resolvió declarar que las causas nro. 18.579/06 del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 7 y la nro. 1705/05 del registro del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario nro. 1 -acumuladas por conexidad- debían quedar radicadas en la Sala IV de esta C.F.C.P. (Reg. Nro. 656/11 del 02/06/11 de la Secretaría General de esta C.F.C.P. -fs. 453/454 vta.-).

VII. Que se fijó la audiencia prevista por los arts. 465 -último párrafo- y 468 del C.P.P.N.

Las defensas particulares de Claudio Cayetano Corizzo y Javier Azcárate presentaron breves notas. La asistencia técnica del primero de los nombrados reiteró la solicitud efectuada en términos de oficina (cfr. fs. 484/486 vta.). La defensa del segundo solicitó el rechazo del recurso de casación articulado en autos y, que en consecuencia, se convalide y ratifique en su totalidad el fallo impugnado (cfr. fs.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

487/492 vta.).

La representación de la Oficina Anticorrupción, en su carácter de parte querellante, también presentó breves notas (cfr. fs. 493/499). En lo sustancial, hizo alusión a circunstancias vinculadas con el objeto y trámite de las ya aludidas causas nros. 1705/05 y 18.579/06 -acumuladas por conexidad-, en cuyo marco destacó la relevancia de la resolución dictada por la Sala I de la C.N.C.C.F. con fecha 10 de noviembre de 2011, por la cual se dispuso el sobreseimiento de varios imputados en la causa.

VIII. Una vez que las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas, esta Sala declaró inadmisibles el recurso de casación formulado por la F.N.I.A. y la adhesión formulada por el Fiscal General ante esta instancia (cfr. fs. 501/511, reg. 1534/12, rta. 6/09/12).

Ambos presentaron recursos extraordinarios, los cuales también fueron declarados inadmisibles (cfr. reg. 2561/12, rta. 27/12/12).

Ante ello, ambas partes presentaron recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El tribunal superior hizo lugar a ambas quejas, declaró procedentes los recursos extraordinarios, dejando sin efecto la sentencia apelada, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo allí resuelto (cfr. fs. 567/vta. y 613/615 vta.)

IX.- Recibidas nuevamente las actuaciones, en la etapa prevista por los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., se presentaron en audiencia oral la F.N.I.A., el Fiscal General ante esta instancia y la defensa de Azcárate (cfr. fs. 641); los últimos dos, a su vez, presentaron breves notas (cfr. fs. 629/636 y 637/640 Vta.).

En aquella audiencia, la F.N.I.A. reafirmó la arbitrariedad de la resolución recurrida, la que a su



vez entiende que manifiesta una inadecuada exégesis de la garantía de la autoincriminación.

Rechazó la distinción entre investigaciones judiciales y parajudiciales propuesta por el *a quo*. Afirmó que no existe norma que impida la investigación privada paralela a la judicial y que no se presenta en la causa prueba alguna que permita afirmar, como lo hizo el *a quo*, que Azcárate fue engañado para declarar.

En esa línea manifestó que las objeciones son mayores en torno a la anulación del testimonio de Corizzo. Afirmó que no se puede suprimir parte de la realidad, sino que lo que cabe es valorarla.

En apoyo de su postura cita jurisprudencia nacional y extranjera. Hace reserva del caso federal

El Fiscal General ante esta instancia, Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, ratificó lo expresado por la F.N.I.A. en función a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta causa. A su vez, en virtud del tiempo transcurrido en el trámite de este incidente de nulidad, solicitó se imprima al presente la celeridad del caso.

Finalmente, la defensa de Azcárate negó la participación de su defendido en las conversaciones. Que de ellas se advierte que quien habla fue engañado para expresar lo que fue grabado. Que en las auditorías también existe el derecho a no declarar. Que es un despropósito analizar la grabación pues es, actualmente, una prueba inútil. Hizo reserva del caso federal.

Superada esta etapa, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitieran su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Ángela Ester Ledesma.

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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

I. Que en cuanto a la admisibilidad de la vía casatoria intentada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como tribunal superior del país, ya ha declarado en autos su viabilidad.

En este sentido, expresó: *"...la comunicación que ordena el artículo citado [48 de la ley 24.946] permite a la F. I. A. sostener su potestad de intervención en el ejercicio directo de la acción pública en procesos penales, cuando advierta que el fiscal competente ante el tribunal que lleva el proceso tuviere un criterio contrario a su prosecución"* (Fallos: 335: 622, considerando 7º) (confr. fs. 614 vta.), y agregó: *"...la falta de recurso por parte del Fiscal Federal competente contra la decisión de la cámara de apelaciones, que implica el apartamiento de un elemento probatorio cuya relevancia es mantenida por la F.N.I.A., debe ser equiparado a un 'criterio contrario a la prosecución de la acción', conforme con la exégesis que este Tribunal practicó de los arts. 45, inc. c, segundo párrafo, y 48 de la ley 24.946 expuesta en el considerando anterior"* (confr. fs. 614 vta./615).

II. Con respecto al fondo del asunto sometido a revisión de esta instancia, cabe señalar que el objeto del recurso es que se revise la decisión adoptada por el *a quo* de excluir de la prueba del expediente la grabación de las conversaciones mantenidas por el auditor interno de la empresa SKANSKA S.A. (Claudio Corizzo) con el Gerente Comercial Javier Azcárate y el testimonio de Corizzo que las reseña.

Aquella grabación fue obtenida, mediante el secuestro ordenado por el titular del entonces Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1 (actual Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 9) y luego remitida a la justicia federal.

En este sentido, como recuerda el *a quo* por la sentencia que viene recurrida, Claudio Cayetano



Corizzo era auditor interno de Skanska S.A. Debido a su función, para el mes de abril de 2005, y a propósito de la incursión practicada en la sede de la empresa por orden del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 1, le fue encomendado iniciar una investigación sobre la contratación y pago a proveedores y subcontratistas con relación a los contratos de los proyectos "Acueducto Río Colorado" y "Gasoducto TGS y TGN", a efectos de establecer si existieron irregularidades en las compras hechas al proveedor Infinit Group S.A., así como también si existían otros proveedores cuya genuinidad pudiera arrojar dudas o sospechas.

En el marco de esa investigación interna, que transcurrió -según señala el *a quo*- en paralelo al desarrollo del expediente penal tributario, el auditor mantuvo entrevistas con varios ejecutivos de la empresa, las que documentó a través de las respectivas grabaciones (cfr. fs. 215 vta./216).

Toma particular relevancia para el *a quo*, como fundamento de su decisión, el hecho que las grabaciones hayan sido efectuadas por una investigación interna de la empresa, en paralelo a la causa penal tributaria y sin el conocimiento de los ejecutivos entrevistados.

En este sentido, aquel tribunal expresó: "... la premisa de haber existido una causa judicial en curso censura la utilización de vías paralelas, para obtener prueba al margen de las garantías de las que goza toda persona imputada dentro de un proceso penal. Una vez que determinado conflicto penal es sometido a la jurisdicción, la finalidad última de averiguación de la verdad no puede alcanzarse sino por las vías acotadas que reaseguren los derechos individuales frente al poder punitivo del Estado. Esto supone no sólo límites y prohibiciones dirigidos a los funcionarios estatales en tanto encargados directos de la investigación sino también la imposibilidad de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

aprovecharse de la actividad privada paralela que no se ajuste a dichas restricciones y que de haber sido realizada por los primeros se reputaría sin más como violatoria de garantías constitucionales” (cfr. fs. 221).

Ahora bien, este es el argumento central en el cual el recurrente basa su objeción y fundamenta la arbitrariedad que alega.

En efecto, por su recurso la F.N.I.A. expresó: “...no se comprende exactamente qué efectos diversos al de otros casos de grabaciones encubiertas –oportunamente convalidadas por la jurisprudencia, incluso por la propia Cámara Federal– realizadas por particulares se derivarían de la predicada ‘parajudicialidad’ sostenida en la Resolución.

En una concepción tradicional, sólo es posible discernir la existencia de prueba colectada en sede judicial y prueba producida fuera del proceso (es decir “extrajudicial” o “extrajudicialmente”) y luego aportada a él. Tanto en uno u otro grupo puede haber prueba válida y prueba excluida.

En este contexto, la idea de ‘parajudicialidad’ aparece, cuanto menos, como una innovación, sobre todo, desde que esa palabra no existe en la lengua española. Sin embargo, en el texto del decisorio no se vislumbra una conceptualización teórica (o una justificación de la pertinencia metodológica) de esta tercera y novel categoría de análisis, lo que obliga a inducir su significado de los considerandos de la resolución que aquí se impugna.

El carácter de **para-judicial** parece derivar del paralelismo temporal entre la auditoría y la causa del fuero penal tributario...

Ahora bien, si se piensa que el motivo de la invalidación es, en definitiva, la obtención bajo engaño de una confesión con el propósito de aportarla al expediente, no se llega a advertir cuál sería la



razón por la que valerse de un medio 'pretendidamente' ardidoso para hacer que otro preste una confesión viciada sería menos censurable antes, que durante un proceso penal...

En este sentido, la concomitancia entre la investigación del fuero penal tributario y la auditoría, a la que la Cámara confiere tanta relevancia, no parece en absoluto decisiva.

Esta idea de parajudicialidad proyecta, sin embargo -incluso por el cariz negativo que connota el prefijo para (vg. 'paramilitar', 'parapolicial')- una sombra de crítica sobre la actividad de la empresa.

Ello, pese a que la realización de una auditoría interna constituía un recurso legítimo de Skanska S.A.

Tanto en el caso que la firma pretendiera saber lo ocurrido puertas adentro en relación a la imputación ventilada en una causa ampliamente difundida (con alto impacto mediático y político), como también en el supuesto de que deseara ejercitar su potestad sancionatoria respecto de los empleados infieles o venales o ejercer en tal caso su facultad de distracto laboral, nada en la causa ni fuera de ella permite considerar ilegítima la decisión de realizar una investigación interna, aun hallándose en curso una causa judicial en el fuero penal" (cfr. fs. 244/245).

III. De cuanto fue reseñado se advierte que, efectivamente, como alega el recurrente, el a quo utilizó como argumento de su decisión una circunstancia irrelevante para evaluar la validez de la prueba, como es si ella fue obtenida por medio del proceso judicial o uno externo, y si éste último fue contemporáneo al judicial.

En este sentido, debemos tener presente que las grabaciones efectuadas por particulares, al igual que cualquier otra prueba producida por particulares, no puede considerarse genéricamente ilegítimas o





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

inadmisibles (cfr. C.F.C.P., Sala III, causa n° 4779, "Vazquez, Enrique s/recurso de casación", reg. 115/05, rta. 3/3/05, y causa CCC 35517/2007/T01/CFC1, "Abramovici, Bernardo s/recurso de casación", reg. 217/15, rta. 4/3/15).

Por otro lado, como también señala el recurrente, lo único trascendente es si ha existido, o no, un vicio, mediante engaño, en la voluntad de Azcárate de realizar la manifestación que fue registrada; engaño que el *a quo* asume pero que no se encuentra acreditado en el expediente.

En este sentido, el recurrente señala "...el pretendido ardid orientado a obtener una 'confesión' de Azcárate, o a inducir sus dichos de algún modo...no surge del contenido de las grabaciones, de lo declarado por Corizzo, o de alguna otra constancia del expediente.

Es erróneo decir, como lo hace la Cámara, que aciertan las defensas cuando remarcan que la totalidad de la entrevista aparece viciada por una mentira inicial que sirvió como factor condicionante de su realización. No está acreditado que los dichos de Azcárate hayan sido inducidos por el ocultamiento de la grabación como mentira inicial.

Es que, aun cuando Azcárate desconocía que estaba siendo grabado, sabía perfectamente que estaba entrevistándose con el auditor interno de Skanska S.A., así como conocía también la naturaleza de la investigación que éste estaba realizando" (cfr. fs. 246).

Y el recurrente agrega otra circunstancia que fue omitida por el *a quo* en su análisis y que resulta vital al momento de evaluar la validez de esta prueba. Azcárate, independientemente de que resultara grabado o no, carecía de algún tipo de expectativa de confidencialidad de lo que contara a Corizzo, y no estuvo sometido a ninguna presión para expresar lo que manifestó y fue grabado (cfr. fs. 246 vta.).



Aquí se advierte el yerro en la argumentación del *a quo*. Azcárate contó a Corizzo lo que había sucedido sin presiones de ningún tipo, conociendo las consecuencias de sus dichos, pues su relato estaba dirigido a quien la empresa había dado la función de averiguar lo ocurrido.

Es conteste la jurisprudencia en cuanto a que el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro (cfr. Fallos, 313:1305; C.N.C.C.Fed., Sala I, "Raña", rta. 20/4/99; Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala II, "T.T. y otro", rta. 8/09/08; C.A.C.A.T. de CABA, Sala I, "Plácido, Rita", rta. 11/06/04; entre otros que pueden citarse).

Así, en el caso, la grabación se presenta como el respaldo documental de las manifestaciones efectuadas por Corizzo en su declaración testimonial.

La exclusión como prueba de esas conversaciones, sin atender a las singulares características del caso concreto, en el cual un particular pretende corroborar, con los medios que la ciencia y la técnica colocan a su alcance, aquello que puso en conocimiento de la autoridad pública, comporta un exceso en la interpretación que se le asigna a las normas constitucionales que reglan la incorporación de la prueba al proceso (cfr., en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala I, causa n° 838, "Stanislavsky, Jorge O. s/recurso de casación", reg. 1129, rta. 6/9/96).

IV. Por lo expuesto, propongo al acuerdo, hacer lugar al recurso de casación presentado por la F.N.I.A., casar la resolución recurrida en cuanto fue materia de recurso, estar a lo resuelto en primera instancia en cuanto rechazó el planteo de nulidad y remitir para que, con la celeridad que el caso impone, se continúe con la tramitación de las presentes





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

actuaciones. Sin costas en la instancia (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

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

I. Que sorteado el test de admisibilidad del recurso interpuesto en virtud de lo resuelto por nuestro más alto tribunal en el fallo reseñado por mi colega preopinante, habré de adentrarme en el tratamiento de la cuestión de fondo traída a estudio de este tribunal.

II. La problemática que plantea la cuestión, esto es, la exclusión de prueba de cargo cuando su obtención e incorporación al proceso resulta de un procedimiento que se inmiscuye en ámbitos personales protegidos de la coerción estatal, ha sido desarrollada por el pensamiento procesal, bajo el presupuesto de la consideración de la relación existente en la hipótesis entre el Estado, como responsable de la investigación penal, y el sujeto infractor, como destinatario de esa investigación. Y asimismo, en el entendimiento de que existen ámbitos personales, y procedimientos del estado, en los que la protección constitucional es absoluta, y consecuentemente ningún fundamento puede haber para inmiscusiones estatales en esos ámbitos personales, ni para admitir esos procedimientos estatales, de suerte que ni tan siquiera puede admitirse esa intervención, cuando la finalidad que la motiva es el esclarecimiento y la punición de los ilícitos.

Y ello se pretende, fundado en las mejores tradiciones "liberales" de limitación del Estado Leviatán que, en pretendida "protección de sus ciudadanos", procede en esas hipótesis excediéndose en su actuación, más allá del ámbito concedido al efecto por los ciudadanos, en correlativa compensación a la renuncia por ellos expresada, al ejercicio de la "violencia privada".

El Estado de derecho se "agota", en esta manera de analizar el problema, en la defensa a



ultranza de esos “derechos subjetivos constitucionales” restrictivos de la intervención del Estado.

Sin embargo, restringir la ubicación del problema de la admisión probatoria en el proceso penal a la relación entre el Estado y el infractor constituye una óptica parcial del problema, y como toda visión restringida de un problema lleva, invariablemente, a soluciones defectuosas.

En la sociedad, además del infractor y el Estado, existen las víctimas y los no infractores, y ellos también tienen derechos.

Y los derechos de las víctimas y los no infractores, constituyen *deberes* para el Estado, que deben ser conjugados con los *derechos* de los infractores, de lo que resulta que *ningún derecho* constitucional es absoluto, sino en todo caso, *siempre*, relativo.

Desde este punto de vista es también un derecho constitucional de las víctimas, y de los no infractores, la reconstrucción de los ilícitos, y es por ello correlativamente deber del Estado, esa tarea de reconstrucción, tarea en el que conforme el principio de libertad probatoria, todo ha de poder probarse por cualquier medio pertinente, y toda restricción a este principio no podrá juzgarse en abstracto, ni resultará en abstracto - salvo posiblemente la coerción directa con fines de investigación -, absoluta.

“La tarea de coordinación de los derechos fundamentales que atañe al Estado de derecho puede, de acuerdo a Kant, consignarse como el establecimiento de las condiciones jurídicas bajo las cuales el libre albedrío de uno y el libre albedrío del otro se pueden conjugar entre sí de acuerdo a una ley general de la libertad. Dentro de la tarea de coordinación del Estado de derecho se encuentra también el cargo de velar por el respeto mutuo a los límites de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

libertad. Por lo tanto, los *deberes fundamentales de protección* confluyen con el fin liberal clásico de la seguridad..." (Cfr. Isensee, Josef. El derecho Constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del estado constitucional liberal. Trad. de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2.014, pág. 80).

El regulativo más importante de contraposición entre los derechos fundamentales y la intervención estatal coactiva en los mismos es la *prohibición de exceso*, expresada en los elementos de la *idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad*. La intervención en un derecho fundamental es admisible en la medida en que resulte adecuada, necesaria y razonable para el fin de protección de los derechos fundamentales (Cfr. Isensee, Josef. Obra citada, pág. 79).

"Los *deberes de protección* de los derechos fundamentales que obligan al Estado a favor de la víctima nunca pueden justificar intervenciones que sean totalmente incompatibles con los derechos fundamentales del *status negativus* de los destinatarios: por ejemplo, la detención ilegal o el maltrato físico o psíquico (Cfr. Isensee, Josef, obra citada, pag. 79 y nota 30).

El único principio constitucional que corresponde analizar como contrapuesto a la obligación estatal de procurar e incorporar a la causa todo elemento probatorio tendiente a la acreditación del objeto de imputación es la proscripción de incorporar a la causa como prueba expresiones del imputado obtenidas de manera subrepticia, esto es, la imposibilidad de utilizar expresiones del imputado como medio de reconstrucción del hecho, cuando estas expresiones han sido obtenidas sin conocimiento del imputado.

La restricción expresada por el principio en ningún caso puede imponer la exclusión dispuesta por

el a-quo, toda vez que simplemente, la restricción solo opera directamente *dentro* del proceso penal, pero no constituye regla de procedimiento que haya de imponerse a toda investigación ajena a la penal, como por ejemplo, a las declaraciones en procedimientos investigativos desarrollados en el marco de organizaciones empresariales privadas.

Por lo demás, la declaración no fue realizada de forma subrepticia, y consecuentemente el contenido de las expresiones, no han sido obtenidas de manera fraudulenta en el procedimiento administrativo de la firma, sino específicamente como parte de un procedimiento de investigación, o sea, en investigación de supuestas irregularidades que podrían suponer consecuencias desdorosas para el declarante. Sin embargo, el declarante se ha sometido al interrogatorio de manera voluntaria. La grabación de la declaración está relacionada con la fuerza probatoria de sus expresiones en el marco del procedimiento de la empresa privada, pero de ningún modo empaña su contenido, toda vez que esa misma declaración hubiere podido ser documentada mediante un simple acta, sin que ello menguara administrativamente su fuerza probatoria en ése ámbito.

Finalmente corresponde advertir que, ninguna de las reflexiones aquí realizadas sobre la legitimidad de la incorporación de la prueba al proceso penal debe trasladarse a la *valoración* que de esa prueba corresponda realizar, tópico sobre el que no corresponde aquí expedirnos.

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, casar la sentencia traída a estudio en cuanto fuera materia de recurso, estar a lo resuelto en primera instancia en cuanto rechazó el planteo de nulidad y remitir para que, con la celeridad que el caso impone, se continúe con la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

tramitación de las presentes actuaciones. Sin costas (arts. 456 inc. 2, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así voto.-

La señora Juez **Angela E. Ledesma** dijo:

Sellada como viene la cuestión y a fin de evitar mayores dilaciones, sólo habré de hacer las siguientes aclaraciones.

Tengo para mí que todo el desarrollo de la presente incidencia es conjetural, producto de un procedimentalismo ancestral que ha minado la justicia.

En primer lugar, un acto procesal sólo puede ser declarado inválido, si ha sido presupuesto indispensable de una resolución judicial que genera un gravamen al interesado. Esto es lo primero que habría que analizar.

Así, conforme el desarrollo de las actuaciones, tal como surge de la decisión recurrida, el Juez López Biscayart, no ha utilizado el elemento cuestionado al resolver la situación procesal de los funcionarios (v. auto de mérito de fecha 22/5/07), de modo tal que la investigación que tramitara ante la justicia penal tributaria transitó carriles independientes respecto de esa prueba (cfr. fs. 221vta). De igual manera en el fuero federal, tampoco se hizo alusión a ella en la oportunidad de dictar los autos de mérito, según surge del confronte de la decisión del Juzgado Nacional en lo Criminal Federal n° 7 en la causa N° 18.579/06, caratulada "Skanska S.A. y otros s/defraudación contra la administración pública y otros" de fecha 17/12/2010.

En segundo lugar, se advierten serias deficiencias en la estrategia de la acusación. El fiscal ante la instancia no consideró que aquella prueba fuera indispensable para cuestionar la investigación y sólo fue la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas -que no logró la unidad de criterio exigida por el art. 1 de la ley 24.946-, la que recurrió, con el agravante de haberse



limitado a expresar durante la audiencia en esta Cámara, que la prueba era “fundamental y determinante”, sin expresar por qué ni para qué. Pero tampoco el agravio surge con claridad del primitivo recurso de casación deducido en el año 2008 (cfr. fs. 237/251).

En definitiva, estamos otra vez frente a una investigación hundida en el tiempo, en el fárrago del “trámite”, donde en la confusión de roles que el actual Código Procesal Penal de la Nación permite, se generaron disidencias entre acusadores: el juez de instrucción, que no utilizó la prueba y advierte que no se han dado los presupuestos procesales para excluirla -ello más allá del acierto o no de las objeciones de las defensas, cuyo tratamiento eventualmente sólo puede darse si aquella sentare las bases de una decisión jurisdiccional- y por otra parte dos acusadores (fiscal y F.N.I.A.)- en cuya cabeza debió haber una clara estrategia investigativa, que aún no se han puesto de acuerdo.

Tal es mi voto.

Por ello, en virtud del acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, **CASAR** la resolución recurrida en cuanto fue materia de recurso y **ESTAR** a lo resuelto en primera instancia, en cuanto rechazó el planteo de nulidad.

II. REMITIR para que, con la celeridad que el caso impone, se continúe con la tramitación de las presentes actuaciones.

III. Sin costas en la instancia (art. 530 y 531 C.P.P.N.).

IV. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, oportunamente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
CFP 18579/2006/266

comuníquese (Acordada CSJN 15/13 -Lex 100-) y remítase, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

ÁNGELA ESTER LEDESMA

Ante mí: