

INFORMAN.

Excma. Cámara Federal:

CARLOS DANIEL FROMENT y ANDRÉS AGUSTÍN GRAMAJO, abogados defensores de **Carlos Humberto Ben**, en la causa **1614/2016**, manteniendo el domicilio constituido en Pedro del Castillo n.º 1435, CABA, ante V.E. nos presentamos y decimos:

I.- OBJETO.

Que venimos a presentar memorial sustitutivo de la audiencia oral señalada para el día de la fecha, de conformidad al emplazamiento cursado a esta Defensa, en los términos del **art. 454, CPPN** (conf. Acordada 59/08 de esa Excma. Cámara Federal), manteniendo y mejorando los fundamentos del recurso de apelación oportunamente deducido contra el decisorio de fecha 12 de junio de 2017 dictado por el señor Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal n.º 7.

Por las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente habremos de desarrollar, solicitamos de esa Excma. Cámara que proceda a revocar y dejar sin ningún efecto el decisorio apelado.

II.- EL DECISORIO APELADO. SUS PRETENSOS Y SÓLO APARENTES FUNDAMENTOS.

Tal como lo hemos adelantado en el escrito de apelación, el decisorio en crisis dispuso la inhibición general de bienes de Carlos Ben y de distintos familiares del mismo, éstos últimos ni siquiera imputados en la causa, tras ponderar los siguientes extremos:

a) El objeto de estas actuaciones, donde se investiga el posible pago de “sobornos” a “funcionarios públicos” en el marco de obras adjudicadas por la razón social “AGUAS Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.” (en adelante, AySA), la que habría abonado *sobreprecios*, y la contratación de empresas vinculadas a Carlos BEN.-

b) La existencia de una sociedad constituida en Panamá por la esposa e hijas de nuestro defendido Carlos Humberto BEN, lo que constituiría, a criterio del *a quo*, un “*indicio de una ingeniería sofisticada, tendiente a ocultar activos de procedencia ilícita*”.

c) La referencia efectuada por el señor Fiscal en orden al marco dentro del cual se habrían llevado a cabo las operatorias investigadas, a partir de los efectos que en la República Argentina habrían tenido los hechos conocidos como *Operación Lava Jato*, los que se encuentran analizados por la Justicia Federal en la República Federativa del Brasil.

d) La necesidad de asegurar los bienes y ganancias que habrían sido el resultado de las conductas ilícitas imputadas a Carlos BEN , para eventuales decomisos.

e) Lo establecido en el **art. 518, CPPN** y en el **art. 23, Código Penal**.

f) Que resulta suficiente para decretar medidas cautelares la *mera probabilidad* sobre los hechos investigados, vale decir “*las adjudicaciones de las obras*” que habrían involucrado “*cifras*”

millonarias que en gran parte fueron abonadas”, a través de “actos administrativos” y de la intervención de “otros funcionarios públicos”.

g) La urgencia de la medida reposa en la necesidad de evitar *“maniobras tendientes a desprenderse de activos provenientes del delito”, lo que “puede frustrar su posterior recuperación por parte del Estado”.*

h) La vigencia de compromisos internacionales del Estado argentino, en función de la Convención aprobada por ley 25.632.

i) La complejidad de la causa.

j) La ausencia de una medida menos lesiva que permita cumplir los objetivos referidos en el mismo decisorio apelado.

Tal la línea argumental del decisorio apelado, en el que el mismo magistrado reconoce que medidas como las allí adoptadas *“deben estar previstas en la ley y revisten carácter excepcional”.*

III. LOS AGRAVIOS QUE ABASTECEN LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN OPORTUNAMENTE DEDUCIDO.

Han sido adelantados en el recurso de apelación objeto de la presente mejora, y pueden ser sistematizados, para un mejor orden expositivo, a partir de la siguiente enumeración.

1. La resolución del *a quo* y el régimen de las medidas cautelares de naturaleza patrimonial en el proceso penal.
2. El estado procesal de la causa descripto en el decisorio apelado.

3. El desacertado enfoque jurídico de los actos atribuidos a ex directivos de la sociedad anónima AySA.
4. La inhibición general de bienes decretada en autos a la luz de lo normado en el art. 518, CPPN.
5. La medida cautelar dictada a través del decisorio en crisis en función de lo normado en el art. 23, Código Penal.
6. Agravio subsidiario: la inhibición general de bienes como medida abusiva, desproporcionada, y por ende ilegítima e injusta.

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA PATRIMONIAL EN EL PROCESO PENAL.

Se desprende del decisorio apelado que el *a quo* procura, a través de la adopción del *temperamento cautelar* dispuesto en perjuicio de nuestro defendido BEN, asegurar los efectos de una eventual sentencia condenatoria que podría llegar a dictarse una vez agotadas las etapas naturales de sustanciación de todo proceso criminal, vale decir que se evite la consumación de los efectos de los supuestos ilícitos, y se posibilite el oportuno decomiso de los bienes que hayan servido como instrumentos o bien como efectos de aquellos.

Nadie puede dudar que el proceso penal debe orientarse hacia la satisfacción de tan loables propósitos.

Del mismo modo, resulta incuestionable la importancia que tiene para "*afianzar la Justicia*" el hecho de que los responsables de delitos penales cumplan efectivamente las penas -especialmente las restrictivas de la libertad ambulatoria en los delitos graves- que les

impongan los magistrados competentes observándose el debido proceso legal.

Ahora bien, la importancia que tiene para nuestro régimen jurídico la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines que persiguen alcanzar las disposiciones constitucionales y legales en materia penal en ningún momento debe prescindir de los postulados derivados de **la presunción de inocencia**, en cuya virtud el funcionamiento de las medidas cautelares en el proceso penal -sean las mismas restrictivas de la libertad ambulatoria, o bien de otras libertades y derechos constitucionales, tales como usar y gozar de bienes, en tanto a través de tales acciones se asegura el derecho a la vida, a la subsistencia, a la salud y al bienestar- ostenta particularidades muy específicas claramente ajenas al funcionamiento de las providencias precautorias en los procesos extra penales en general.

En efecto, el interés del Estado en asegurar la vigencia de la Ley y del Estado de Derecho, estableciendo un sistema normativo e institucional dispuesto para la aplicación de penas a aquellos que cometan delitos, encuentra un límite infranqueable en las normas del debido proceso legal que sólo autorizan la atenuación del principio de inocencia -a través de la aplicación de remedios interinos previos a la sentencia condenatoria- en determinados supuestos, en excepcionales circunstancias, y con definidos alcances.

Del mismo modo funciona el instituto cautelar patrimonial en el proceso penal, puesto que aún cuando se trate de medidas que no afecten la libertad ambulatoria del imputado, está claro que privar a un justiciable del derecho de disponer de los bienes de su patrimonio (con los cuales naturalmente cuenta para su

subsistencia, para la atención de su salud, para su propio bienestar y el de su familia, vale decir todos derechos básicos amparados constitucionalmente), mientras rige el principio de inocencia, de ningún modo puede ser justificado por el sólo hecho de que, eventualmente, sus bienes podrían ser decomisados, o bien alcanzados por indemnizaciones civiles derivadas de una hipotética sentencia condenatoria.

Sobre todo cuando el ordenamiento civil ofrece soluciones normativas que permiten, en la medida en que sean ejercidas por quienes se encuentran legitimados al efecto, hacer cesar actos jurídicos otorgados para impedir la cancelación de obligaciones que eventualmente puedan emerger a partir del dictado de sentencias condenatorias (arts. 338, ss. y ctes., Código Civil y Comercial de la Nación).

Principio de excepcionalidad que ha sido reconocido por la jurisprudencia de nuestros tribunales en orden a merituar la procedencia de medidas cautelares en el proceso penal¹, dejándose sentado que las mismas deben ser interpretadas de manera restrictiva, acotando sus alcances a los supuestos en que las circunstancias concretas de la causa tornan indispensable acudir a la interdicción, de modo que ésta se encuentre justificada por razones cautelares y no aparezca como un adelanto de la sanción que –eventualmente– podría corresponder, lo que la

¹ Conf. CNCrim. y Correccional, Sala VI., “D., J. H. s/ Inhabilitación”, fallo del 23/10/2014.

pondría en contradicción con el invocado principio de inocencia (art.18 C.N.).

Es entonces el grado de "excepcionalidad" en el otorgamiento la característica que diferencia en gran medida las cautelares en el proceso penal del civil que mantiene un criterio amplio de aceptación.

Teniendo en cuenta que sólo la sentencia aborda el mérito real de lo denunciado poniendo fin al procedimiento y concluyendo la controversia, toda decisión que resuelva tanto acerca del procedimiento como del mérito, en tanto no haga un juicio de certeza y no ponga fin a la causa, debe ser excepcional.

Para enmarcar adecuadamente la cuestión traída a nuestro conocimiento, debe recordarse que el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional establece que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso".

Es por ello que las decisiones cuya consecuencia es la limitación del ejercicio de derechos, cuando son dictadas durante el trámite de un proceso penal, resultan excepcionales, debiendo aplicarse un criterio restrictivo, aventando así todo riesgo de que aquellas se conviertan en una pena anticipada.

El ordenamiento procesal penal otorga al juez instructor la posibilidad de decretar las medidas cautelares que considere necesarias a fin de garantizar "la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas" del proceso, aunque circunscribiendo la oportunidad de ejercer dicha facultad, como regla general, al momento de decretar el procesamiento de un imputado. Asimismo, la norma admite, excepcionalmente, su dictado con anterioridad a ese acto procesal, siempre que se encuentren presentes simultáneamente los requisitos legales, es decir, la verosimilitud del

derecho -fumus bonis iuris- y el peligro en la demora - periculum in mora- (art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tradicionalmente se establece que el derecho invocado -o, en realidad, los hechos en los que se funda el derecho en cuestión- debe gozar de un cierto grado de verosimilitud. Si bien no se requiere una acreditación plena -en el caso de un proceso penal, de la ocurrencia del suceso pesquisado y de la participación en él de los encausados-, sí se exige un conocimiento encaminado a obtener un pronunciamiento de probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, es decir, la apariencia de su configuración.

En segundo lugar, debe existir un temor grave y fundado de que durante la sustanciación del proceso, con motivo del transcurso del tiempo que éste insumirá, pueda frustrarse el cumplimiento de la sentencia. El peligro debe ser objetivo y derivar de circunstancias fácticas comprobadas en el sumario.

Requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia².

El parámetro idóneo para dilucidar si, en un caso concreto, se ha configurado la verosimilitud en el derecho es la existencia de la convocatoria a prestar declaración indagatoria del encausado, toda vez que si bien el estándar de probabilidad exigido por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no resulta idéntico al estado de sospecha que exige el artículo 294 del Código Procesal Penal de

² C.S.J.N., "Albornoz c/ M.T.S.S. s/medida de no innovar", rta. 20/12/84.

la Nación, lo cierto es que éste es, indudablemente, demostrativo de aquél, tal como lo ha establecido esa misma Sala I de la Excma. Cámara Federal³).

La determinación de la presencia de los extremos antes mencionados debe efectuarse con suma prudencia, pues las medidas cautelares consisten, en esencia, en restricciones de derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos -ya sea la libertad ambulatoria, en el caso de las medidas de cautela personal, o bien la propiedad, cuando se trata de cautelas reales-, y la regla general que rige en la materia impone que la privación de tales derechos sea consecuencia de una sentencia.

Siguiendo ese razonamiento, no debe perderse de vista que este proceso aún transita la etapa instructoria, que es una fase meramente preliminar y preparatoria del juicio, encaminada a "...corroborar -o descartar- la ocurrencia del suceso que forma parte de la hipótesis de la acusación -el cual debe ajustarse, prima facie, a alguna de las conductas descriptas por los tipos penales vigentes-, a la determinación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aquellos hubieran ocurrido y a la individualización de quienes hayan tenido intervención en el mismo (cfr. art. 193 Código Procesal Penal de la Nación)", para, en su caso, habilitar el avance a la próxima etapa procesal: el plenario.

Así lo ha establecido esa Sala I en la causa n° 45.732, "Fuentealba, Muriel Andrea s/exceptión de falta de acción", reg. n° 1275, rta. 3/11/11, entre otros.

En las palabras de Maier, "...la esencia de la etapa instructoria reside justamente en la finalidad de recolectar los elementos

³ Ver causa n° 41.158, "Vago, Gustavo A. s/apela embargo preventivo", rta. 17/9/08, reg. n° 1061, entre otras.

que, eventualmente, den base a la acusación o requerimiento para la apertura del juicio público o, en caso contrario, determinen la clausura de la persecución penal" (Maier, Julio B., "Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 452).

Son entonces dichos principios los que deben inspirar toda interpretación de las disposiciones legales -tanto rituales como sustanciales- que gobiernan el funcionamiento de la institución cautelar durante el trámite procesal penal, especialmente cuando aquella es desplegada en relación a personas respecto de las cuales, como en el caso, sólo existe una **mera imputación**, desde el momento en que el señor BEN a la fecha no ha sido indagado, ni mucho menos alcanzado por el auto contemplado en el **art. 306, CPPN**.

En tal sentido se ha pronunciado la doctrina⁴:

*"Si bien las medidas cautelares pueden ser dispuestas con anterioridad al auto de procesamiento, **nunca, a mi juicio, puede preceder a la convocatoria en los términos del art. 294 del Código de rito, pues el carácter excepcional de la medida exige -cuanto menos- un grado de sospecha suficiente y no la mera calidad de imputado.***

"En definitiva, es imprescindible que el juez considere al afectado por la medida cautelar, como sospechoso de haber participado en la comisión de un delito, porque si los elementos de convicción no alcanzan para así estimarlo, quedará sin fundamento la adopción de una medida cautelar en contra de su patrimonio, que carecerá consecuentemente de justificación lógica y jurídica".

V. EL ESTADO PROCESAL DE LA CAUSA.

⁴ ALMEYRA, Miguel Angel y otros: Código Procesal Penal de la Nación, Comentado y Anotado, tomo III, p.429.

Esta Sala I de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones ha tenido ocasión de establecer cuáles son los recaudos que deben ser observados en forma previa a disponerse una medida cautelar respecto de personas imputadas en una causa penal⁵:

“Conforme lo fundamentaremos a continuación, la resolución impugnada, tal como lo señalaron acertadamente los recurrentes, presenta una fundamentación insuficiente, circunstancia que obsta a su admisión como un acto jurisdiccional válido.

“Ya señaló nuestro colega preopinante que para justificar la imposición de medidas cautelares como las aquí revisadas, deben encontrarse presentes dos presupuestos: la verosimilitud del derecho -fumus bonis iuris- y el peligro en la demora -periculum in mora-, cuya valoración debe efectuarse en forma conjunta. Al respecto, “Calamandrei decía que (las medidas cautelares) ‘tienden a una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de celeridad y la de ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias de cautela procuran, ante todo, hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, sea resuelto más tarde, con la necesaria ponderación en las formas reposadas del proceso’” (Leguizamón, Héctor E., “Derecho

⁵ “García, Alberto Marcelo y otro s/rechazo de la solicitud de levantamiento de medidas”, 24/11/2011

Procesal Civil", ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, tomo II, pág. 543/4).

"Siguiendo esos lineamientos, cabría admitir que las inhibiciones generales de bienes de los peticionantes hubieran sido oportunamente decretadas, fundamentalmente, en virtud de razones de urgencia, más allá de que el grado de verosimilitud de los hechos denunciados resultara escaso. Es decir que, teniendo en consideración el estado embrionario de la investigación -la que amenazaba con insumir un tiempo prolongado, por su complejidad-, su pronto dictado se hubiera estimado necesario para evitar un irreparable perjuicio a la pesquisa que se iniciaba, y para aventar el riesgo de que se frustrara una eventual condena pecuniaria.

"(...) El juez de grado ha omitido señalar cuáles eran los sucesos que formaban parte del objeto procesal, cuál era la conducta presuntamente desplegada por los aquí peticionantes en el marco de aquellos, si tales circunstancias resultaban, a la luz de las probanzas colectadas hasta el momento, verosímiles, y cuáles fueron las razones que lo inclinaron en esa dirección.

"No ha explicado tampoco sobre qué circunstancias objetivas evidenciadas en el sumario se basaba la necesidad de mantener las medidas dictadas, ni fundamentó por qué razón escogió, entre las diferentes alternativas, la inhibición general de bienes.

"Los argumentos sobre los que pretendió apoyar su decisión, que se vinculan con "evitar situaciones que pudieran perjudicar el éxito de la investigación" y "la responsabilidad patrimonial" de los imputados, en

modo alguno alcanzan a satisfacer la exigencia normativa anteriormente indicada.

“Esa falencia generó una seria afectación al derecho de defensa en juicio de los incidentistas, quienes vieron cercenada su posibilidad de criticar el razonamiento desarrollado por el a quo para denegar el levantamiento de las medidas cautelares dictadas sobre su patrimonio.

“La Corte Suprema de Justicia ha establecido reiteradamente la exigencia de que “las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa”, parámetros a los que no se ajusta la resolución en crisis (Fallos 331:1090, entre muchos otros).

“Las circunstancias reseñadas anteriormente nos llevan a considerar que el auto impugnado no configura una derivación razonada del derecho aplicable al caso y de las constancias incorporadas a la causa, por lo que se impone, entonces, su invalidación, al igual que todos los actos posteriores que son su consecuencia, debiendo el a quo dictar un nuevo pronunciamiento de conformidad con los lineamientos expresados precedentemente.”

Sentado lo anterior se impone analizar si los extremos invocados por el a quo en el decisorio apelado reúnen, a la luz del estado de la causa, suficiente verosimilitud como para abastecer nada menos que la **inhibición general de bienes** de nuestro defendido en relación a los hechos que aparecerían investigados en esta causa, en las condiciones establecidas por la jurisprudencia de ese Tribunal de Alzada.

Se impone, con total nitidez, una respuesta negativa.

El a quo no ha incorporado, en el auto apelado, ninguna referencia al grado de verosimilitud que otorga a los hechos bajo investigación, ni ha afirmado la existencia de un riesgo de que la demora en adoptar medidas precautorias pudiera perjudicar la pesquisa o frustrar eventuales reparaciones patrimoniales. No incluyó ni las premisas, ni las conclusiones, ni el camino lógico que transitó en su razonamiento.

Sólo se ha hecho mención allí, en forma genérica, a aspectos de la investigación que, como lo reconoce el propio magistrado, exhibe una reconocible complejidad que, a la fecha, lejos se encuentra de haberse despejado, sobre la base de una investigación extranjera que ninguna relación ha tenido, hasta donde ha podido saberse, con el desempeño de la sociedad AySA, y mucho menos con nuestro defendido.

A ello debe agregarse que buena parte del requerimiento fiscal llevado adelante en esta causa han sido, más allá de los puntuales cuestionamientos que esta Defensa ha formulado sobre la base de prueba documental allegada a la causa que a la fecha no ha sido siquiera ponderada, como tampoco ha sido despachado el pedido formulado por esta Defensa para que se disponga la realización de una prueba pericial sobre los hechos materia de pesquisa, los informes de la Auditoría General de la Nación y de algunos integrantes del Centro Argentino de Ingenieros.

Sobre los primeros informes, cabe remarcar que, a diferencia de AySA, la Auditoría General de la Nación constituye un organismo público de la Constitución Nacional, cuyos integrantes son funcionarios públicos, y que si los mismos hubiesen verificado algún

delito en la realización de las obras allí auditadas, claramente debieron denunciarlo a la Justicia, lo que jamás ocurrió, detallándose exclusivamente cuestiones de naturaleza administrativa no constitutivas de delito alguno.

En lo que concierne al informe de algunos integrantes del Centro Argentino de Ingenieros, nos remitimos a lo expuesto a las manifestaciones efectuadas por esta Defensa, debiendo remarcarse que dicho informe no es del Centro Argentino de Ingenieros como institución privada, sino que documenta la opinión de algunos de sus integrantes.

De modo pues que no existen en la causa elementos suficientes que, debidamente ponderados por el magistrado *a quo* justifiquen la adopción del excepcional mecanismo cautelar puesto en marcha a través del decisorio apelado.

Nuestro máximo Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones la exigencia de que "las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa" (Fallos 331:1090, entre muchos otros). En lo concerniente a ello, se ha precisado que "La motivación 'constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia... es la enunciación de las premisas del silogismo que concluye en los puntos resolutivos... una comprobación lógica para controlar a la luz de la razón, la bondad de una decisión surgida del sentimiento; es la racionalización del sentido de justicia...' (Calamandrei, Proceso y Democracia, p. 115 y ss)" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray,

Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo I, pág. 361).

En ese contexto debe remarcarse que, como lo venimos sosteniendo, aún no se ha convocado a los cautelados en este proceso a prestar declaración indagatoria.

Y dicha convocatoria no se ha materializado debido a que, claramente, no existe ningún mérito para adoptar semejante trayecto procesal, dado que desde los albores de esta causa esta parte ha venido presentando prueba documental y fundadas manifestaciones relativas a los hechos materia de pesquisa, refutando puntualizadamente las especulaciones que, sobre la base de un dictamen fiscal desprovisto de fundamentos serios, se han desarrollado en estas actuaciones.

En el decisorio en crisis, como en el requerimiento fiscal, se ha aludido a la existencia de una persona jurídica constituida en el extranjero por familiares del Doctor BEN, sin siquiera invocarse, fundadamente, la existencia de actos financieros, jurídicos, patrimoniales o comerciales que, verosímilmente demostrados, permitan inferir alguna vinculación entre el desenvolvimiento de aquella persona jurídica y los hechos atribuidos a nuestro asistido.

No se trata, dicho punto, de una controversia sobre los alcances y efectos que podría tener la constitución de una sociedad comercial en el extranjero por algunos miembros de la familia del Doctor Carlos BEN, puesto que ni el Fiscal, ni el *a quo*, han siquiera esbozado la existencia de alguna actividad financiera, o comercial, o jurídica, o patrimonial de dicha sociedad, o de sus socios, de modo tal que no existe forma de vincular, en el presente estadio de la causa, aquella

manifestación societaria con los hechos investigados en estas actuaciones, y/o con los efectos patrimoniales de los mismos.

Remarcar el lugar de constitución de dicha sociedad comercial, como el domicilio denunciado por sus socios, en lugar de indicar siquiera qué actos, o qué bienes, o cuáles disposiciones patrimoniales ligarían a dicha persona jurídica con el Doctor BEN, ciertamente no auxiliar en modo alguno al decisorio en crisis, quien pese a la extensión material de sus considerandos, lejos se encuentra de erigirse en un acto jurisdiccional válido apto para surtir efectos jurídicos en un proceso penal.

Debemos coincidir, sí, con el señor Juez de Primera Instancia, en el otorgamiento de una reconocible “complejidad” de la causa; pero dicha cualidad en modo alguno puede perjudicar a la persona de nuestro defendido, en la medida en que dicha complejidad no obedece al accionar de los imputados en estas actuaciones, sino a la naturaleza de las cuestiones que aparecen allí imbricadas, por tratarse ellas de derivaciones inherentes a sendas obras de gran envergadura, sumamente arduas, especialmente para los operadores jurídicos, frente a quienes se evidencia una realidad que excede nuestro conocimiento científico.

Pero ninguna complejidad puede invocarse para justificar la adopción de una medida cautelar cuando ni el Ministerio Público ni el Juzgado de Primera Instancia han podido identificar siquiera una transferencia bancaria, o un movimiento financiero, o un desplazamiento patrimonial, que permita otorgar abrigo bastante a la hipotética e inexistente “ingeniería” financiera invocada en el decisorio en crisis.

La inexistencia de aquel indicador conduce a escudriñar las constancias de la causa incorporadas al legajo hasta el día del dictado de la medida apelada, análisis que inexorablemente arroja como resultado que ni remotamente nos encontramos frente a un supuesto excepcional que autorice a aplicar el mecanismo excepcional de las medidas cautelares patrimoniales en el proceso penal.

La ausencia de una hipótesis fáctica mínimamente delimitada respecto de la actuación nuestro asistido BEN impide afirmar la verosimilitud del derecho exigida por la norma. En otras palabras, mal puede sostenerse el grado de comprobación de una conducta cuyo contenido aún se desconoce.

De lo expuesto hasta aquí se desprende que al momento de dictarse la medida precautoria cuyo levantamiento se peticiona por conducto del recurso de apelación aquí abastecido no se encuentran configurados en autos los presupuestos legales que demandan que el derecho invocado resulte verosímil, y que exista peligro en la demora, circunstancia que torna inválido el resolutorio en crisis.

La complejidad de los sucesos pesquisados - reconocida por el propio magistrado instructor- genera el riesgo de que, en el afán de seguir supuestas hipótesis delictivas, se caiga en una postura cercana al derecho penal de autor, donde adquiere mayor relevancia la identificación de "quiénes son" los imputados, que la determinación de "qué es lo que ocurrió", y -luego- "quién lo hizo", lo que resulta contrario al esquema que surge de nuestro sistema constitucional.

El seguimiento del dinero percibido por empresas contratistas de una sociedad anónima con participación estatal sólo puede estar motivado por la sospecha previa de su origen ilícito, la cual debe apoyarse, a su vez, sobre variables objetivas evidenciadas en las constancias incorporadas en el sumario. **De lo contrario, la investigación se reduce a una pesquisa patrimonial incausada.**

Adviértase que la sola existencia de una persona jurídica constituida fuera del país por parte de familiares de nuestro asistido no alcanza para considerar "verosímil" la participación en delitos de dicho ex directivo de una firma constituida bajo las normas del Derecho Privado, si no existe elemento alguno que autorice a inferir que el dinero proveniente de los hechos atribuidos al Doctor BEN hubiera ingresado a aquella empresa.

Es ese -el camino del dinero espúreo- el extremo cuya dilucidación debe procurarse, y el cual debe servir de guía para orientar y ordenar debidamente la presente investigación, algo que a la fecha, claramente, no se ha verificado.

Entonces, el errado direccionamiento que se le ha impreso a esta investigación, y la incorporación asistemática de la información colectada durante la misma, se traduce, para quien se sumerge en las constancias del sumario, en una quimera.

Es en dicho contexto que la medida cautelar dispuesta en perjuicio del Dr. BEN y de los miembros de su familia parecen inscribirse en una suerte de anticipado escarmiento orientado a debilitar la situación procesal de quien, lo reiteramos, lejos de escudarse en la "complejidad" de la

causa, no ha hecho otra cosa que *aportar en sus extensas presentaciones efectuadas, información y elementos probatorios destinados a facilitar la tarea del magistrado y del propio Ministerio Público.*

VI. EL DESACERTADO ENFOQUE JURÍDICO DE LOS ACTOS ATRIBUIDOS A EX DIRECTIVOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA “AySA S.A.”

Consideración independiente merece la referencia que formula el *a quo*, a la hora de abastecer el decisorio apelado, tanto a la naturaleza jurídica pretensamente *estatal* de los actos de la razón social AySA, como a la condición de supuestos *funcionarios públicos* de sus directivos, y, consecuentemente, la calidad de *actos administrativos* a las acciones desplegadas por aquella sociedad anónima.

Ello así por cuanto en el resolutorio en crisis se ha hecho especial hincapié en los indicios que vincularían a los imputados con delitos cometidos a través o por intermedio de funcionarios del Estado Nacional que habrían recibido “sobornos” de empresas extranjeras, desconociéndose que en el particular caso de AySA dicha empresa no integra la estructura orgánica de la Administración estatal, ni conforma una empresa del Estado respecto de cuyo accionar pueda predicarse la acción delictiva de funcionarios públicos.

Tales aseveraciones evidencian, así, un desconocimiento del *a quo* sobre la naturaleza jurídica de AySA, y los alcances del régimen jurídico de la concesión a cargo de dicha sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

Sabido es que en el año 1997, tras la privatización de Obras Sanitarias de la Nación (OSN), el servicio de agua potable en la Argentina fue privatizado, concediéndose la explotación de dicho servicio público a una empresa privada ("AGUAS ARGENTINAS S.A.")

Tras trece años de actuación de dicha empresa, se dispuso el cese de dicha concesión, encomendándose la prestación del referido servicio público una **sociedad anónima con participación estatal mayoritaria creada por el Decreto 304/2006 -ratificado por ley formal del H. Congreso de la Nación n° 26.100-**.

Dicho reglamento de necesidad y urgencia dispuso la constitución de una sociedad anónima con el objeto de prestar el servicio de agua potable y de desagües cloacales en el área concesionada, es decir, Capital Federal y diecinueve partidos de la provincia de Buenos Aires, denominada "Agua y Saneamientos Argentinos S.A." (AySA.).

El capital social se asignó en un 90% al Estado Nacional y el 10% restante a los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada, por el cual integraban como accionistas la empresa concesionaria anterior.

Quedó establecido allí que la nueva sociedad habría de regirse por las normas y principios de Derecho privado, no siéndole aplicables los regímenes de procedimientos administrativos, de contrataciones del Estado, de obras públicas ni, en general, normas o principios de Derecho Administrativo, salvo las de control que establece la Ley de Administración Financiera 24.156 . En la misma línea, se determina que las relaciones con el personal se regirán por la Ley de Contrato de Trabajo 20744 y los convenios colectivos celebrados con las asociaciones gremiales representativas de dicho personal (arts. 11 y 8).

Por su parte, el Ministerio de Planificación Federal ejerce la titularidad de las acciones del Estado Nacional, supervisa el desenvolvimiento de la sociedad y aprueba su plan de acción y presupuesto (arts. 2 y 9), manteniéndose de ese modo un régimen jurídico específico el que de ningún modo puede ser equiparado al desenvolvimiento de una empresa del Estado, y mucho menos a un organismo público estatal.

Es importante repasar los considerandos del Decreto 304/2006 para corroborar que las afirmaciones del *a quo* son absolutamente desafortunadas a la hora de calificar a los responsables de AYSA como “funcionarios del Estado”, y a sus actos como “administrativos”, como si AYSA formase parte o hubiese formado parte de la Administración Pública estatal, desconociendo las diferencias entre una empresa del Estado (como lo era ENTEL, por caso) y una sociedad anónima donde el Estado es meramente accionista (como Aerolíneas Argentinas S.A. o AYSA S.A.).

Se sostuvo en dicho Decreto:

“Que para la normal continuidad de la prestación del servicio público de servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales del área atendida hasta el día de la fecha por Aguas Argentinas S.A., resulta oportuno disponer la creación de un ente jurídico que tenga bajo su responsabilidad la operación del servicio.

“Que a tal efecto se considera que la sociedad anónima es la figura jurídica más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio y lograr la adaptación necesaria frente a los cambios o contingencias del caso, garantizándose así la continuidad y regularidad de la prestación.

Vale decir que se creó una sociedad anónima que reemplazó a otra en la concesión de un servicio público, con la particularidad de que la mayoría del capital es integrado por el Estado, dando origen a un patrimonio distinto y separado del Estado Nacional.

Todo ello quedó reflejado en el Acta Constitutiva y los Estatutos Societarios de AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANÓNIMA aprobados en el artículo 3 del Decreto 304/06, reglamento administrativo que, ratificado legalmente, también dispuso la inscripción de AYSA S.A. ante la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA y demás Registros Públicos pertinentes (art. 6, Decr. citado).

Establece acta constitutiva de AYSA S.A.:

ARTICULO 1º- La Sociedad se denomina "AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANÓNIMA "(AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS S.A.). Se registrá por estos Estatutos y por lo previsto en el Capítulo II, Sección V, Artículos 163 a 307 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1.984).

Como puede observarse, AYSA S.A. tiene un régimen propio que la margina de cualquier juicio de valor que pueda formularse a partir de la aplicación de las normas, principios y procedimientos propios del Estado como tal.

Ello ha quedado perfectamente evidenciado durante el trámite parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.100 a través de la cual se ratificó el DNU 304/2006, donde los legisladores que acompañaron dicho proyecto dejaron aclarado lo siguiente⁶:

⁶ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Sesión del 5/4/2006, Diputado SNOPEK.

“También hemos escuchado algunas opiniones respetables sobre el tipo societario elegido. Se comenta por allí que tal vez sea por la agilidad, y en esto algo de razón hay. También se comenta que a lo mejor podría ser más apropiada una empresa del Estado o con participación estatal mayoritaria, de las tipificadas en la ley 19.550; esto también podría ser. Pero cuando se va a tomar una decisión de esta naturaleza es adecuado y necesario -como en el caso anterior- tener en cuenta cuáles fueron los resultados de los casos paradigmáticos que se han dado en la Argentina respecto de ese tipo de sociedades.

“Estudiando el tema apunté algo que incluso me lo hizo recordar una compañera de bancada, y es que en casi todos los casos en que se ha trabajado con una sociedad del Estado, ha sido el conjunto de la comunidad el que en definitiva -a través de esa sociedad del Estado- ha terminado pagando las cuentas de los eventuales errores o deficiencias.

“Todos los pleitos y las acciones administrativas encarados en ese tipo de casos han terminado irremediablemente, de acuerdo con la experiencia que tenemos en la Argentina, perjudicando al conjunto de la comunidad, principalmente a los que menos tienen, porque a los que más tienen casi no les molesta oblar un poco más o un poco menos. En cambio, a los que menos tienen puede significarles una afectación importante para la cobertura de sus necesidades básicas.

Entonces, entendemos que es mucho mejor -y el Poder Ejecutivo lo han creído así- el esquema de la sociedad anónima.”

Interpretación que también fue reconocida por legisladores que no acompañaron el proyecto de ley allí analizado⁷:

⁷ Diputada Elisa María Avelina Carrió.

“El señor diputado Snopek fue muy claro. ¿Por qué el gobierno elige una sociedad anónima de derecho privado, sujeta enteramente a la ley 19.550, sin crear una sociedad del Estado o por lo menos una sociedad con participación estatal mayoritaria? Como señalara el señor diputado, el gobierno elige aquella opción porque, en caso de crisis, el Estado no es responsable. ¿Qué quiso decirnos? Que si la empresa tiene problemas eventualmente irá a la quiebra como una sociedad anónima y sus empleados tendrán que verificar sus créditos en un juicio comercial común; y el Estado no será responsable porque ésta no es una sociedad del Estado sino una sociedad anónima regida por el derecho privado. No importa que las acciones pertenezcan al Estado, porque la estatalidad de una sociedad está determinada por su régimen jurídico y no por su participación accionaria”.

Se trata de una sociedad anónima que tiene la particularidad ostentar como accionista principal al Estado Nacional, lo que en modo alguno modifica la naturaleza jurídica de una persona jurídica inscrita en la Inspección General de Justicia, con personal regido por la ley de contrato de trabajo y con normas propias en materia de celebración y ejecución de contratos.

Consecuentemente, las referencias efectuadas en el decisorio apelado al accionar de empresas privadas en relación a funcionarios del Estado tampoco edifican sustento alguno para otorgar a la medida cautelar decretada la necesaria motivación que justifica el dictado de una inhibición general de bienes en perjuicio de personas que ni siquiera han sido citadas a prestar declaración en los términos del art. 294, CPP.

Siendo entonces que el discurso argumental que conforma el desarrollo de los considerandos del decisorio apelado alude, en forma reiterada, a la existencia de una investigación de sobornos a funcionarios públicos -que no son tales- y en relación a hechos cometidos en perjuicio de una empresa del Estado -que tampoco es tal-, para dictar, sobre dicho cauce, una medida cautelar, la desvirtuación de semejante aspecto esencial, a partir de la interpretación auténtica de las normas que establecen el régimen jurídico de la empresa AySA S.A., conmueve definitivamente los fundamentos escogidos por el magistrado para adoptar el *temperamento* cautelar en crisis.

VII. LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES
DECRETADA EN AUTOS A LA LUZ DE LO NORMADO EN EL ART. 518,
CPPN.

Edicta el art. 518, CPPN:

“Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición.

Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen.”

Claramente el texto legal ha sido redactado atendiéndose a la naturaleza excepcional del instituto que nos ocupa.

En primer lugar, la normativa ha sido inserta en el capítulo correspondiente a la ejecución de las condenas pecuniarias que pudieran dictarse al cabo de un proceso penal, estableciéndose una garantía para que dicha sentencia no se torne ilusoria.

Asoma entonces una primera cuestión: los hechos que resultan materia de pesquisa en la causa no dieron lugar, a muchísimos años de su ocurrencia, a ninguna acción civil -ni en sede penal, ni en ningún otro fuero- dirigida por AySA -mucho menos por el Estado Nacional que sólo tiene los derechos derivados a su condición de accionista en dicha sociedad anónima- contra nuestro asistido, habiendo transcurrido largamente los plazos legales para el ejercicio de acciones orientadas a hacer efectivas responsabilidades de los directivos de aquella sociedad anónima, ya se les endilgue una gestión irregular, ya les pretenda atribuir la comisión de algún ilícito que dé lugar a responsabilidad civil. Cabe remarcar que fueron aprobados todos los Balances de AYSA durante toda la gestión de Carlos Ben, inclusive el Balance del año 2015 por las actuales autoridades de la Empresa. Los mismos se encuentran incorporados en el principal.-

De esa manera queda patentizada la ausencia de toda razón vinculadas a “futuras indemnizaciones” como causal para justificar la adopción de una medida cautelar en perjuicio de nuestro asistido.

¿Quiere decir ello que una medida cautelar puede, de todas formas, sin mayores condicionamientos, disponerse para asegurar una pena pecuniaria, o las costas del proceso?

En absoluto.

La legislación ritual exige que dicha medida sólo puede ser adoptada al disponerse el procesamiento del imputado: **no antes.**

Y sólo autoriza la inhibición general de bienes cuando se demuestre que el imputado no tiene bienes suficientes para cubrir, mediante embargo, los conceptos antes referidos.

En el caso que nos ocupa, se ha decretado la inhibición general de bienes sin que el Doctor BEN haya sido siquiera citado (no ya procesado) a prestar declaración indagatoria, y sin que previamente se haya demostrado la insuficiencia de sus bienes para cubrir montos a embargar que, de paso, tampoco se conocen.

Claramente el decisorio en crisis se exhibe, en plenitud, como completamente desprovisto de fundamentos jurídicos que le doten fuerza de pronunciamiento judicial válido.

Finalmente, tampoco existen elementos de convicción que justifiquen, de la manera exigida por el párrafo final del citado art. 518, CPPN, la adopción de medidas cautelares antes del procesamiento del imputado.

Ello así por cuanto la jurisprudencia del fuero ha dejado sentado que la verosimilitud exigida para dictar una medida cautelar contra un imputado no procesado, exige que, al menos, dicho justiciable sea convocado a prestar declaración indagatoria, a fin de que se verifique, siquiera, el grado de sospecha exigido en el art. 294, CPPN, el que, claramente, no se reúne en esta causa en relación a nuestro asistido.

En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del fuero⁸:

“Es requisito de procedencia de toda medida cautelar la verosimilitud en el derecho invocado, extremo que en materia procesal penal implica, como mínimo, la convocatoria del imputado a prestar declaración indagatoria en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación.”

El mismo Tribunal, sentó el siguiente criterio en otro precedente⁹:

“Teniendo en cuenta el carácter de excepcional de este tipo de disposiciones y el estado del proceso, el Sr. Juez debió evaluar y explicitar los argumentos por los que considera verosímil el derecho que la querrela reclama, el motivo de la urgencia de su dictado o el peligro que implicaría la demora, cuales son los elementos de convicción que la justifican, conforme se desprende del artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación, como también la pertinencia de imponer una contracautela”.

Solución que viene siendo sostenida desde antaño por el mismo Tribunal¹⁰:

“(…) En principio, las medidas cautelares en sede penal no pueden disponerse antes del formal llamado a indagatoria, aún cuando en algún caso excepcional quepa hacerlo (c.36.972 "Rosas Carlos Alberto s/ estafa", Sala V, rta. 10/6/2009), siempre que concurren las circunstancias que lo habilitan (la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora). Procesalmente no nos hallamos en la primera hipótesis porque el juez no

⁸ CNACCF, Sala II, causa 20.056.

⁹ CNACCF, Sala II, causa 29,153, “Natalutti, Claudio R.”, decisorio del 11/11/2008.

¹⁰ Causa nro. 12.064, "DR. QUIJANO GUESALAGA, D. s/ apel. emb. Preventivo", decisorio del 8/04/96.

hizo lugar al pedido de indagatoria que formuló el fiscal (ver fs...). Dicha circunstancia socava la verosimilitud en el derecho invocada, por cuanto no existe prueba suficiente que individualice a ese bien como integrante del acervo hereditario en la sucesión que tramita por ante la justicia civil. (...) el tribunal resuelve: Confirmar la decisión cuya copia obra a fs. (...) en cuanto fuera materia de recurso."

De ningún modo dicho precepto ritual puede ser interpretado ni ejercido como si fuese una supuesta carta blanca que se otorga al Juez, quien al momento de valorar la situación concreta no puede convertirse en un acto de arbitrariedad, muy por el contrario, la apreciación de los hechos y sus circunstancias deben respetar los principios de sentido común y lógica jurídica y normativa que impera en toda resolución de importancia.

Algo que, claramente, no se ha verificado en la especie.

La función cautelar ubica al juez en condiciones de emitir un pronunciamiento de resonancias en muchos casos idénticas o similares al que se llegaría en la etapa definitiva. Por ello debe imperar la conciencia clara de la posible irreparabilidad del perjuicio que habría de seguirse en caso de no adoptarse la medida y, quizá, de la misma irreparabilidad de adoptársela.

Estas características delimitan una actividad que no puede regirse por un criterio amplio de admisión sino restrictivo

Siendo las medidas cautelares una excepción a los principios básicos que deben regir el proceso penal por cuanto implican una proyección de probabilidad de culpabilidad, el acatamiento a los recaudos legales se impone como una obligación de ineludible guarda, extremo que claramente no se ha observado en el caso.

VIII. LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA A TRAVÉS
DEL DECISORIO EN CRISIS EN FUNCIÓN DE LO NORMADO EN EL
ART. 23, CÓDIGO PENAL.

También ha invocado el *a quo* la vigencia de lo normado en el art. 23 del Código Penal para justificar la medida cautelar decretada en perjuicio de nuestro asistido.

Se refiere, evidentemente, el magistrado al agregado introducido a dicho precepto sustancial por el art. 1° de la ley 25.815, en cuanto dispone lo siguiente:

“El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

“El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.”

Tal como ha quedado redactado, desde entonces, el art. 23 del Código Penal, autoriza a los magistrados penales a disponer medidas cautelares al sólo efecto de:

a) asegurar el *presumible* decomiso de bienes que hayan sido instrumentos o efectos relacionados con los delitos que se investigan; o

b) hacer cesar un delito o sus efectos, o bien evitar la consolidación del provecho o la impunidad de los autores del delito.

Fijando una condición específica: que la medida debe asegurar los derechos del damnificado por dichas medidas, como de terceros, a través de una oportuna restitución de los bienes o bien de una indemnización.

Sobre el particular, se impone liminarmente remarcar que la sanción de dicha reforma del **art. 23** en modo alguno libera al magistrado de observar el cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales precedentemente analizados, en la medida en que el legislador que modificó el citado precepto sustancial dejó vigente lo normado en el **art. 518, CPPN**, por lo que la adopción de medidas cautelares en el proceso penal, aún con sustento en lo establecido en el citado **art. 23** debe ser precedida de una demostración acabada de la verosimilitud en el derecho y del peligro en la demora que justifique semejante mecanismo de excepción.

A ello cabe agregar, de conformidad a lo que surge de los antecedentes parlamentarios de la sanción de la **ley 25.815**, que en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Honorable Senado de la Nación, donde se aconsejó a dicho cuerpo parlamentario la aprobación del proyecto de ley revisado por la Honorable Cámara de Diputados (expediente CD 36/03) se dejó establecido expresamente que:

“Por cierto que las medidas cautelares procederán cuando el decomiso sobre los bienes o derechos que ellas restrinjan

provisoriamente sea *presumiblemente aplicable, para evitar que se utilicen arbitrariamente*".

La puntualización así efectuada durante el trámite parlamentario evidencia, sin ambages, la preocupación del legislador sobre el modo en que el precepto así sancionado debe ser aplicado por los magistrados, remarcándose que, en función de la propia letra de la disposición legal así modificada, toda decisión cautelar debe ser sustentada en la demostración cabal sobre el **presumible decomiso** que habría de recaer, oportunamente, sobre los bienes alcanzados por dichas medidas cautelares.

Algo que en este caso ni siquiera se ha esbozado, desde el momento en que en el decisorio en crisis ni siquiera se ha mencionado cuáles son los bienes cautelados que, por su vinculación a los hechos investigados en la causa, deben ser alcanzados por la medida cautelar decretada, tanto en función de un *presumible decomiso* como a raíz de su utilización para asegurar los efectos de un determinado delito.

Es importante remarcar que la doctrina de los autores se ha ocupado de advertir sobre el modo en que debe ser ejercida la función cautelar que se reconoce a través de la reforma introducida en el **art. 23, Código Penal**¹¹:

"De peligrosa interpretación resulta además la facultad del juez que posee a partir del último párrafo del artículo en examen, ya que puede dictar también medidas cautelares, destinadas a "hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o obstaculizar la impunidad de sus partícipes". ¿Con ello no habilita a que el juez formule con poco asidero cualquier tipo de medida cautelar?

¹¹ Antecedentes Parlamentarios, citado, p. 266.

“Vemos así que que, además de quitarle al artículo el carácter de pena accesoria que poseía antes de la reforma, otorga al juez un peligroso grado de discrecionalidad durante la instrucción de la causa, mezclando así los conceptos de condena y procedimiento en la parte general del Código Penal.”

Con independencia de ello, debe remarcarse que la norma legal analizada claramente se refiere a medidas cautelares **sobre determinados bienes** que el magistrado debe señalar en forma inequívoca como vinculados a los delitos investigados, a fin de pronunciar a su respecto medidas específicas tales como el embargo, o bien el secuestro.

Pero en absoluto puede justificar dicho precepto sustancial la aplicación de la genérica medida de inhibición general de bienes, como la dictada a través del auto apelado, en tanto dicha medida no se orienta a cautelar uno o más bienes determinados, sino a impedir a la persona ejercer sus derechos sobre la totalidad de los bienes que integran su patrimonio.

Así lo ha interpretado la doctrina¹²:

“En el nuevo esquema que plantea la reforma, los requisitos validantes de las medidas de aseguramiento son que ellas y los objetos sobre los que recaigan, tengan algunas de las siguientes características o sirvan a ciertos fines:

- *Que sean instrumentos o efectos relacionados con el accionar antijurídico.*
- *que en tal condición estén sujetos al eventual decomiso al momento de la sentencia.*

¹² BULIT GOÑI, Roberto: “Ley 25815: Reformas al decomiso y encubrimiento...”, Antecedentes Parlamentarios, citado, p. 286.

- que puedan hacer cesar la comisión del delito o sus efectos.
- que sirvan para evitar que se consolide su provecho; o
- que dificulten la impunidad de sus partícipes.”

Frente a ello deviene incuestionable que la invocación efectuada por el magistrado *a quo* acerca de lo normado en el art. 23, Código Penal, como sustento de la inhibición general de bienes decretada perjuicio de nuestro defendido BEN, resulta a todas luces **inapropiada, en la medida en que no existe, ni ha sido materia de la menor alusión, el señalamiento de los bienes de dicho imputado que podrían ser alcanzados por las hipótesis referidas en el precepto analizado, resultando extraña a dicha normativa una medida cautelar que, por lo dicho, no se refiere a ningún bien en particular, sino lisa y llanamente a impedir a una persona disponer y ejercer sus derechos tanto sobre bienes registrables, como sobre sumas de dinero y derechos en general (obsérvese que la medida apelada ha sido dispuesta para su ulterior comunicación no sólo a los Registros de la Propiedad, sino también al Banco Central de la República Argentina y a la Caja de Valores), por lo que la materialización de aquella cautelar virtualmente colocará al Dr. BEN y a su familia en una situación de imposibilidad total y absoluta de disponer de sus bienes, aún de los recursos indispensables para asegurar su subsistencia.**

IX. AGRAVIO SUBSIDIARIO: LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES COMO MEDIDA ABUSIVA, DESPROPORCIONADA E INJUSTA.

En los capítulos que anteceden hemos proporcionado los fundamentos que, a criterio de esta Defensa, motorizan el agravio central que subyace a la impugnación recursiva así mantenida, vale decir que en el estado de la presente causa resulta a todas luces infundada la adopción de medidas cautelares respecto de nuestro asistido Carlos Humberto BEN.

Resta abordar, en el presente acápite, el agravio subsidiario referido en el epígrafe, en función del cual aún cuando hipotéticamente se analice la posibilidad de adoptar algún *temperamento cautelar* respecto de nuestro defendido, claramente el mismo no puede ser el escogido por el *a quo*, en la medida en que, a su respecto, tampoco concurren los extremos fijados en el ordenamiento vigente para adoptar, sin más, la inhibición general de bienes del referido BEN y de su entorno familiar.

Ello así por cuanto, como ha quedado dicho, en la causa ni siquiera se ha invocado -mucho menos acreditado- que los bienes del Doctor BEN no resulten suficientes para cubrir los indeterminados importes que, hipotéticamente, debería cubrir dicha cautelar, del mismo modo en que tampoco se ha demostrado, pese a la ligera invocación del *a quo*, la inexistencia de otras medidas alternativas medios lesivas para los derechos del Doctor BEN.

Básicamente la inhibición general de bienes de quien aún no ha sido citado siquiera a prestar declaración indagatoria en una causa penal, en el contexto que venimos desarrollando a lo largo de esta pieza recursiva, restricción que se hace extensiva a miembros de su familia, vulnera el principio de proporcionalidad que debe imperar en esta materia.

Cuando hablamos de proporcionalidad, en realidad nos estamos refiriendo a una especie en particular de la razonabilidad jurídica, lo que se entiende como la equivalencia debida, en las circunstancias particulares del caso concreto, que deben guardar los medios empleados con el fin perseguido.

Recordemos que la razonabilidad es un juicio concreto sobre la correspondencia en cuanto a los medios escogidos para resultar tanto hábiles para la obtención de un determinado fin como congruentes respecto de los valores constitucionales en juego.

Adoptada constitucionalmente en los arts. 28 y 99, inc. 2º, de nuestra CN, se encuentra incorporada a nuestro derecho especialmente respecto de los producidos por autoridades públicas de un principio general aplicable a toda la actividad jurídica estatal, sea la misma judicial, administrativa o legislativa.

Se trata, pues, de una equivalencia o, mejor aún, concordancia entre la situación tutelable y la medida que pretende resguardarla, sin entrar en otros criterios de eficiencia (mejor resguardo, menor intervención estatal, menor perjuicio transitorio que causar, entre otros).

En materia de medidas cautelares se impone no solo que el medio dispuesto por la jurisdicción sea adecuado, sino que también resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y el con mayor respeto al contenido esencial de los derechos involucrados en el particular. Podríamos decir que la razonabilidad resulta, así, el nivel más estricto y exigente respecto de cualquier proporcionalidad jurídicamente apreciada.

La materia cautelar es la actividad preventiva que, enmarcada en la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.

Sentado lo cual cabe colegir que la inhibición es pertinente cuando únicamente cuando no se conocen bienes del deudor o no cubren el crédito reclamado (cfr. Fenochietto Arazi, "Código Procesal...", T. 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 735).

Las medidas cautelares deben respetar el principio de proporcionalidad, a fin de no provocar perjuicios innecesarios a la persona afectada (Rivas, Adolfo A., Medidas cautelares, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Bs. As., 2007, p. 52).

Tiene dicho la jurisprudencia del fuero:

"Ahora bien, esta Sala lleva dicho en reiterados precedentes que la inhibición general de bienes "...se presenta en nuestro ordenamiento procesal como una medida subsidiaria al embargo, y [que] resulta operativa -de conformidad con lo dispuesto por el art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación- ante la inexistencia o insuficiencia de bienes en poder del cautelado y, por tanto, sólo subsistirá en la medida que no sea plenamente garantizado el monto fijado..."¹³

¹³ Causa n° 28.173 "Granillo Ocampo, Raúl E. s/queja ap. denegada" del 25/8/09, reg. n.° 30.264, y sus citas."

La inhibición general de bienes se presenta en nuestro ordenamiento procesal como una medida subsidiaria al embargo, y resulta operativa -de conformidad con lo dispuesto por el art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación- ante la inexistencia o insuficiencia de bienes en poder del cautelado, y por tanto, sólo subsistirá en la medida que no sea plenamente garantizado el monto fijado. Resulta claro, entonces, que su imposición solo puede ser entendida como consecuencia del resultado negativo obtenido en oportunidad de la diligencia de embargo.

En definitiva, la restricción al derecho de propiedad impuesta judicialmente a quien está sometido a un proceso penal, debe adecuarse al debido proceso sustantivo, esto es, debe ser razonable.

La observancia del principio de razonabilidad condiciona la totalidad del proceso por lo que, en cada caso, los órganos judiciales deben hacer la ponderación adecuada entre los medios y los fines, teniendo en cuenta el grado de afectación de los derechos e intereses que colisionan con la medida ordenada.

Finalmente y como otra demostración de arbitrariedad y de indiscriminación de la medida apelada, se decretó la inhibición a los padres de CARLOS BEN AMBOS FALLECIDOS.

X. CASO FEDERAL.

Para el caso de que las pretensiones entronizadas a través del presente recurso de apelación no sean receptadas por V.E., venimos a impetrar formal planteo del caso federal en los términos del art.

14, Ley 48, y en directo resguardo de los derechos y garantías contemplados en los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 33, 43, 75 inc. 22, ss. y ctes., Constitución Nacional.

De igual modo formulamos expresa reserva, en idéntico supuesto, de acudir, por conducto de los recursos disponibles al efecto, ante la Excma. Cámara Federal de Casación Penal.

XI. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicitamos de V.E.:

- 1) Que a mérito de los agravios desarrollados precedentemente, se deje sin efecto el decisorio apelado.
- 2) Que se tengan presentes las reservas efectuadas en el capítulo X de esta postulación procesal.

Proveer de conformidad,
SERÁ JUSTICIA.


CARLOS DANIEL FROMENT
ABOGADO
Tº 17 - Fº 746 C.P.A.C.F.


ANDRES AGUSTIN GRAMAJO
ABOGADO
Tº 124 Fº 440 C.P.A.C.F.
Tº XLIX Fº 210 C.A.S.J.

