



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

Sala II - CFP 12152/2015/27/CA5

MARRODAN, Flavia M. y otros

s/procesamiento

Juzgado 11 - Secretaría 22

//////////nos Aires, 11 de noviembre de 2016.

VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I. Que las presentes actuaciones se elevaron a conocimiento del Tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos por las defensas técnicas de Cristina Fernandez de Kirchner - Dr. Carlos Alberto Beraldi-; Pedro Martín Biscay -Dres. Alejandro Rúa y Paula Honisch-; Sebastián Andrés Aguilera -Dres. Cosme Victorio Rombolá y Elena Carubin-; Miguel Angel Pesce -Dra. Andrea Casaux-; Alejandro Vanoli Long Biocca y Flavia Matilde Marrodan -Dras. Ana García y Sheila Borzani Papel-; Alejandro Formento y German David Feldman -Dr. Hernán Canessa-; Juan Miguel Cuattromo -Dr. Ignacio Zunino-; Axel Kicillof -Dr. Guillermo Acuña Anzorena-; Cristian Alexis Girard, Guillermo Mario Pavan y David Rene Jacoby -Dr. Nicolás Corleto-; y Bárbara Emilia Domatto Conti y Mariano Beltrani -Dr. Agustín Alsina; contra la decisión adoptada por el Sr. Juez de grado cuya fotocopia se encuentra agregada a fs. 471/543 de este incidente, a través de la cual dispuso los procesamiento de los nombrados en orden a sus responsabilidades en el hecho *prima facie* calificado como infracción 173, inciso 7°, en función del artículo 174, inciso 5° del

Código Penal, ordenando el embargo de sus bienes hasta cubrir la suma de quince millones de pesos.

II. En líneas generales las defensas confluyen en un argumento central: la naturaleza política del tema en debate hace que debiera hallarse excluido de todo examen jurídico penal. Pero también, han sido en su mayoría coincidentes en punto a que el *a quo* ha omitido evaluar los elementos presentados en sus descargos.

El Dr. Beraldi agregó que la resolución se inscribe en la maniobra de carácter delictivo que es objeto de investigación de la causa CFP 4211/16 de trámite por ante el Juzgado n° 12 de este fuero. Deriva de ello que lo decidido se trata de un acto irritó. Además de hallarse sin fundamentos válidos y con una arbitraria imputación, sostiene que se ha soslayado que el supuesto perjuicio es el resultado de la intervención del actual gobierno.

Por su parte, los Dres. Rúa y Honisch sostuvieron que existen diferencias en la imputación entre la indagatoria y el procesamiento. Que este último es arbitrario y erróneo en lo que atañe a la interpretación de las normas del Banco Central de la República Argentina –artículo 18 de la Carta Orgánica- y de la Constitución Nacional –art. 75, inciso 11-, expidiéndose erradamente sobre cuestiones políticas.

A su turno, los Dres. Rombolá y Carubin también se hicieron eco del argumento vinculado al error de información del juez en materia de operatoria monetaria macroeconómica, que se revela ante su insistencia en afirmar que “precio de mercado” es el de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

Nueva York, o pretender tomar como referencia el mercado paralelo, extralegal, marginal.

Para la Dra. Casaux, la resolución se encuentra teñida de razones políticas donde no interesa la prueba de descargo, pues la decisión se hallaba pre concebida. Señala que se mutó la imputación de vender contratos a valores inferiores a modificar los límites. Sostuvo que la resolución está plagada de desaciertos técnicos, como por ejemplo la afirmación de que el BCRA fija la cotización del dólar futuro cuando en realidad el BCRA interviene en el mercado donde se fija la cotización. Asimismo, atacó el encuadre jurídico asignado al hecho.

Este último aspecto también fue cuestionado por los Dres. García y Borzani Papel, quienes aludieron a la imposibilidad de atribuir coautoría a quienes no detentan la administración de los bienes, a la vez que tampoco se especificó ni la modalidad de la figura reprochada ni su momento consumativo más allá de una hipótesis. Señalaron que el valor de los futuros estaba en línea con el presupuesto 2016 aprobado por ley 27.198, en tanto que el mecanismo de precio es el mismo que el adoptado en el año 2005. Por último, aludieron a la razonabilidad de los aumentos de las posiciones abiertas a poco que se repare en la incertidumbre típica que genera en los mercados todo período electoral.

El Dr. Canessa propició la nulidad de lo decidido por basarse en definiciones económicas erradas, dogmáticas y arbitrarias.

En similares términos se expidió el Dr. Zunino, para quien la resolución carece de rigor técnico, se encuentra

basada en elementos parciales, testimonios no objetivos y artículos de prensa, omitiendo valorar gran cantidad de prueba relevante.

El Dr. Acuña Anzorena pone énfasis en que la doctrina económica aún no se pone de acuerdo sobre lo que es precio de mercado, sin perjuicio de lo cual para la justicia parece clara la respuesta. Señaló que es el propio Sr. Juez quien reconoce que la operatoria no tuvo fines delictivos, sino el de mantener el tipo de cambio, utilizándose para ello un instrumento legal de política monetaria. Concluyó afirmando que los perjuicios son, en definitiva, producto de la devaluación.

En su oportunidad, el Dr. Corleto afirmó que el *a quo* efectuó una valoración equivocada, sin pruebas y con una mala interpretación de las normas reguladoras de la Comisión Nacional de Valores, no logrando acreditar ni mínimamente la supuesta subordinación a que alude. Agrega que se ha soslayado que la intervención dominante y monopólica del BCRA es en varios mercados y con diferentes instrumentos a través del tiempo.

Finalmente, el Dr. Alsina afirmó que el fallo tiene estricta motivación política, encontrándose anclado en artículos periodísticos y unos pocos testimonios. No sólo contiene errores conceptuales sobre temas económicos sino también sobre temas jurídicos, tanto en lo que hace al dolo como a la coautoría y responsabilidad objetiva. Concluye señalando que el perjuicio económico es, en todo caso, achacable al actual gobierno.

Por último, es de indicar que todas las partes cuestionaron subsidiariamente el monto del embargo fijado por considerarlo excesivo.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

III. El primer examen se relaciona con la validez de la decisión adoptada por el *a quo*, atendiendo a los planteos que las defensas han introducido en torno a ello.

Sobre tal cuestión, se observa que los agravios de las partes no provienen de la falta de fundamentación o arbitrariedad sino en sus diferencias con la lógica valorativa seguida por el Sr. Juez de grado al evaluar las constancias que lo llevaron a resolver de modo contrario a las pretensiones de las defensas, mas dichas circunstancias resultan ajenas a la instancia de nulidad propiciada y encontrarán adecuado cauce de tratamiento dentro del examen propio de la apelación deducida.

Se impone, por ende, el rechazo de la sanción propiciada.

IV. El Dr. Martín Irurzun dice:

IV.a- Mucho es lo que se ha hablado sobre la existencia de esta causa, siendo eje de los debates el acierto o no de una investigación penal que tuviera como finalidad el examen de la licitud de la venta de contratos de dólar futuro por parte del Banco Central de la República Argentina, en las condiciones en que aconteciera.

En rigor, el objeto de la pesquisa no fue cuestionar la legitimidad de la venta de contratos de dólar a futuro, sino que se orientó a determinar si tales operatorias fueron llevadas a cabo en violación a lo dispuesto en su Carta Orgánica, en beneficio de terceros y perjudicando el patrimonio de la entidad, introduciéndose luego como dato a relevar la regularidad de las modificaciones de los límites preexistentes en los mercados para fortalecer la posición vendedora del

Banco Central de la República Argentina y sin exigir garantías razonables -conf. fs. 1/8, 10 y 20-.

No sin una cuota de interés particular, se ha intentado instalar la idea de que, en rigor, se trata de una discusión ajena al ámbito jurídico penal, pero si bien es cierto que las cuestiones que hacen a la política monetaria son efectivamente asuntos en los que nada tiene que decir esta sede, si corresponde determinar si una decisión de la autoridad pudo haber sido el resultado de un proceder tipificado por aquellas normas penales que específicamente atienden a los casos en que la actividad reprochada gira en derredor de la función pública.

Ello, en tanto la imputación no versa sobre criterios, ideas o políticas de naturaleza económica, monetaria o cambiaria, sino sobre el eventual exceso, abuso o extralimitación en el ejercicio de un cargo público como consecuencia de haberse vendido contratos de dólares a futuro -atribución expresamente conferida por la ley- a un precio que no era el de mercado -como exigía la misma norma-, produciéndose como consecuencia de ello un perjuicio al patrimonio público.

Por ende, aquí no se trata de juzgar criterios de oportunidad, mérito o conveniencia privativos de otro poder del Estado, sino de establecer si la autoridad fue ejercida dentro de los límites impuestos por la ley que fijó, precisamente, cuales eran esos criterios.

Allí habrá de fincar el objeto del presente análisis jurisdiccional.

IV.b- Sentado ello, es oportuno recordar que la intervención del Banco Central de la República Argentina en el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

mercado de futuros se remonta al año 2005, oportunidad en la cual -y, debe decirse, no sin objeciones por parte del área legal- el Directorio decidió participar en el Mercado a Término de Rosario SA -en adelante ROFEX-, incorporándose luego al Mercado Abierto Electrónico SA -de seguido, MAE-.

Dadas sus particularidades y su finalidad reguladora, se impusieron ciertas limitaciones a su actuación: en el Informe 465/7 elaborado el 3 de junio de 2005 por la Gerencia Principal de Operaciones de Mercado, se sostuvo que *“...Las operaciones que pudiera realizar este Banco no deberían ser disruptivas en ese mercado, ya que no quisiéramos ser la única contraparte de un lado del mercado (por ejemplo, como compradores de divisas a futuro), sino que deberíamos ser un actor más (aunque importante) en una de las puntas (o eventualmente ambas). Por ello, se propone que en esta etapa inicial las posiciones abiertas del banco central se limiten a los USD 40 millones, coincidiendo con el tamaño diario del mercado...”*-obrante a fs. 307/12 del expediente 018/20/2005, reservado en caja azul n° 7-,

Los motivos fueron sintetizados por la Gerencia de Análisis del Sistema al señalar que *“...El objetivo de poner límites de operaciones por agente es impedir manipulaciones de mercado, situación por lo cual la intervención del BCRA en este contexto debería limitarse a lo expuesto...”* -informe n° 342/176/05, glosado a fs. 321 del citado expediente-.

Con dichos alcances y con el objetivo de *“...atemperizar los efectos cíclicos que presenten la oferta y la demanda de divisas...”*, el Directorio de la entidad dictó las Resoluciones n° 181 y 375 aprobatorias de la participación del BCRA en

el Mercado a Término de Rosario SA. -ROFEX- y en la rueda de operaciones concertadas a término del Mercado Abierto Electrónico SA-MAE-.

Las particularidades fueron también recogidas en el texto del convenio firmado por el BCRA y el ROFEX el 9 de junio de 2005 (ver fs. 353/4) en tanto en su artículo 10 estableció que “...el BCRA respetará y se atenderá en todo momento a las disposiciones referidas a la integración de garantías y límites a las posiciones abiertas...”, indicándose en su artículo 11 que “...en virtud de la potestad de ente regulador de la moneda y el crédito que recae sobre el BCRA, en miras del cumplimiento de su misión de preservar el valor de la moneda, ROFEX reconoce expresamente que las operaciones que aquel realice con la finalidad expuesta no configuran bajo ningún concepto una manipulación del mercado en los términos del artículo 124 del Reglamento Interno del ROFEX...”.

Este último reza “...Todo participante en el Mercado deberá abstenerse de realizar prácticas o conductas que permitan la manipulación de precios de Futuros y Opciones o defraudar a cualquier interviniente en dicho Mercado. Quedan comprendidas entre dichas conductas cualquier acto por el cual se pretenda: a. afectar artificialmente la formación de precios, cotización, liquidez o el volumen negociado de uno o más Futuros y opciones; b. Inducir a error a cualquier participante en el Mercado mediante declaraciones falsas producidas con conocimiento de su carácter inexacto o a través de la omisión de información cuando estén obligados a prestarla...”.

Durante los años siguientes fueron aumentándose paulatinamente los límites a las posiciones abiertas –conf.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

Resolución 128 del 22 de mayo de 2008, resolución 191 del 11 de septiembre de 2008, entre otras- hasta llegar en el año 2011, fecha en la cual el límite llegó a la suma de diez mil millones de dólares en virtud de que *“...para los mercados es de vital importancia la información contenida en las curvas de tasas, ya que permiten anticipar las expectativas de los tipos de cambio. Esta operatoria a su vez, permite darle previsibilidad al tipo de cambio spot y tiene el beneficio adicional de no producir un efecto negativo en el nivel de reservas internacionales...”* –conf. Resolución 176 del 6 de octubre de 2011-.

Es importante aquí destacar que, días después -el 31 de octubre de 2011-, el Ministerio de Economía daba a conocer el comienzo de las restricciones al libre intercambio de divisas, en tanto que el 22 de marzo de 2012 se sancionó la Ley 26.739 que modificó la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

La situación se mantuvo sin cambios hasta el 29 de septiembre de 2015, momento en que el Banco Central de la República Argentina, atendiendo a que las posiciones abiertas de la entidad ascendían a la suma de U\$S 8567 millones -correspondiendo U\$S 283 millones a los bancos y U\$S 8284 millones al sector no financiero, registrándose un promedio de venta diario de U\$S 200 millones-, dispuso en sesión de directorio 2806 aprobar la Resolución 292 por la que se autorizaba elevar el límite de diez mil millones a quince mil millones de dólares.

Pocos días después -el 27 de octubre- las posiciones abiertas de la entidad trepaban a U\$S 13.729 millones -correspondiendo U\$S 616 millones a los bancos y U\$S 13.113 millones

al sector no financiero-, con lo cual el Directorio del Banco Central de la República Argentina en sesión 2806 aprobó la Resolución 319 por la que se volvió a aumentar el límite a la suma de veinte mil millones de dólares. Ese mismo día fue sancionada la ley 27.198 que aprobó el presupuesto para el ejercicio 2016 y que contenía las estimaciones del valor de la divisa norteamericana para dicho período.

El 30 de octubre, y en vistas del crecimiento de las operaciones en el MAE, el Directorio del BCRA resolvió elevar al 20% las garantías a ser integradas por las entidades a efectos de *“mejorar la posición de respaldo de las nuevas operaciones”*. Mientras tanto, ese mismo día la Comisión Nacional de Valores inició el expediente n° 3344, y previo dictaminar la Gerencia de Asuntos Jurídicos, la Subgerencia de Asesoramiento Legal y la Gerencia General de Asuntos Jurídicos, el Directorio aprobó el mismo 30 de octubre la Resolución 649 a través de la cual subió el porcentaje de las garantías al 20% para todos los mercados y en pesos.

Pero también, ese mismo día se formuló la denuncia que dio inicio a esta investigación.

IV.c- Ahora bien. En este apartado, habrá de examinarse si, como se denunciara, las operaciones celebradas durante el año 2015 fueron efectuadas transgrediendo las disposiciones contenidas en la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

Sin adentrarnos en el debate técnico conceptual propuesto por las partes sobre la base de definiciones y variables cuya cabal comprensión -consideran- sólo son asequibles para unos pocos, para el Tribunal existen elementos que, examinados



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

con el más básico de los sentidos, permiten afirmar que efectivamente la venta de dólar futuro en el período investigado se hizo en abierta violación a las normas que rigen su actividad.

Y en este punto, el artículo 18 inciso “a” de la Carta Orgánica -modificada por ley 26.739- estipula que el BCRA podrá “*Comprar y vender **a precios de mercado**, en operaciones de contado y a término, títulos públicos, divisas y otros activos financieros con fines de regulación monetaria, cambiaria financiera y crediticia*” - inciso a-.

Tal como se observa, la citada norma faculta a la entidad a intervenir en el mercado de futuros con fines de regulación. Sin embargo, la misma ley establece un límite muy preciso: su intervención debe ser a precio de mercado.

En torno a ello, la totalidad de las defensas han argumentado que las operaciones se concertaron al precio correspondiente, no siendo acertado considerar el valor que tenía el dólar paralelo, blue, marginal o ilegal, precisamente por fluctuar en base a parámetros ajenos al mercado.

Sin embargo, los elementos recabados en autos dan cuenta que los valores que reflejaron las operaciones concertadas por el BCRA no eran aquellos a los que se refería la ley.

En primer término, por cuanto en las intervenciones de las áreas específicas no se hace referencia a que el precio con el que se operaba en los mercados de futuros ROFEX y MAE hubiese sido el de mercado, tal como exige la norma, sino que señalan que “...La presidencia determina diariamente en el marco del artículo 10 inciso j) de la CO, **los precios de intervención en los mercados a**

término, comunicándosele durante y al final del día las operaciones concertadas, los precios operados, las posiciones acumuladas y los cierres de los mercados...” -conf. Informe de la Subgerencia General de Operaciones n° 468/182/15, obrante a fs. 55 y siguientes del Separador 1 de la caja azul n° 6-.

En este punto, debe decirse que determinar “*los precios de intervención en los mercados*”, no es “*ofertar a precios de mercado*”, como han intentado sostener. Una vez más, si la voluntad del legislador hubiese sido autorizar al BCRA a vender divisas a la “cotización oficial” -que es aquella que fija el propio ente- o al precio estimado en una ley de presupuesto, así lo hubiese establecido

Tampoco es el precio de mercado aquél que refleja la Comunicación A-3500 del 1 de marzo de 2002 -base del cálculo del valor de venta-, por cuanto ésta lo que fija son “*disposiciones para la determinación del tipo de cambio de referencia*”. A tono con ello, la Gerencia Principal de Operaciones de Mercado indicó que “*...el tipo de cambio aplicado para las actualizaciones diarias las define cada mercado según sus métodos de cálculo, mientras que para el cierre de la compensación final se utiliza el Tipo de Cambio de Referencia calculado por este Banco Central (Comunicación A 3500)...*” -conf. Informe 465/017-15, glosado a fs. 19 y siguientes del Separador 1 obrante en la caja azul n° 6-.

En este punto, han sostenido las defensas que la citada base de cálculo -la Comunicación A 3500- es la misma que se viene aplicando hace años, pero omiten mencionar que, a la época de su dictado, no existían las restricciones a la libre comercialización de las



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

divisas que ampliaron considerablemente la brecha cambiaria entre la cotización “oficial” y la “paralela”.

A todo lo expuesto se suma cuanto surge del informe 465/019/15 del 23 de noviembre de 2015 elaborado por la Gerencia principal de operaciones de mercado, en cuanto consigna *“...Por otro lado, dada la definición electoral, se entiende que el Banco Central de operar en los Mercados a Término lo debería hacer a tasas cercanas a las que resultarían de su no participación...”* -conf. Separador n° 5 de la Caja azul n° 6-.

Un dato más que demuestra la falacia argumental de las defensas se encuentra en los listados acompañados por el Mercado Abierto Electrónico -obrantes en sobre marrón que reza “Doc. Aportada por el MAE 23/12/15-. De ellos surge que el mismo día en que el Banco Central de la República Argentina vendía contratos a un determinado precio, los adquirentes colocaban futuros de la misma especie a precios superiores. A modo de ejemplo, el día 23 de octubre de 2015 el BCRA vendió contratos con vencimiento el 29/4/16 a un precio de \$10,8165 -operaciones concertadas con el ICBC, números de secuencia 59.517 y 59.678-, y ese mismo día, el ICBC vendió contratos con idénticos vencimientos al precio de \$ 12,225 -número de registro 1191- y a \$12,2 -número de registro 1196-.

Para todo ello hay una sola conclusión: el Banco Central de la República Argentina no es el mercado, sino un regulador de aquél, tal como establece su Carta Orgánica. El valor que en esa función quiera darle a un objeto de cambio no necesariamente habrá de coincidir con el valor que dicho objeto tiene para el mercado.

Tal es el caso del dólar y la razón del “éxito” obtenido en el mercado de futuros -casi con exclusividad aprovechado por el sector no financiero-.

Dichas circunstancias -y sus consecuencias- eran conocidas por todos los imputados, pese a lo cual -y cada uno desde su lugar- avanzaron hacia el objetivo propuesto por las autoridades del Poder Ejecutivo Nacional a soslayo de la autonomía y del abuso que ello implicaba.

En torno a ello, insistentemente se ha señalado que la operatoria no comprometió las reservas internacionales pues las compensaciones al cierre de los contratos se concretaban en moneda nacional. Sin embargo, dicha circunstancia poco aporta a los fines de la presente, no sólo porque recorta a conveniencia la información -omitiendo indicar de dónde se obtenían los fondos para abonar esas “compensaciones”-, sino porque el núcleo de la discusión radica en el compromiso abusivo generado.

Es así como el proporcionalmente voraz aumento de los límites a las posiciones abiertas -que pasaron de 10.000 millones de dólares a 20.000 millones de dólares en menos de un mes-, y la forma agresiva de intervención de la entidad bancaria en el mercado de futuros -exclusivamente a la venta y en su mayoría antes del cierre diario-, es demostrativo que la finalidad no fue regular sino manipular, en contraposición con las diversas mandas normativas -conf. separador n° 6 obrante en caja azul n° 6-.

IV.d- Sobre la base de lo anterior, es fácil colegir -con el grado de certeza exigido a esta altura del proceso- que se encuentra reunido el cuadro probatorio que habilita el sometimiento a proceso de los imputados.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

En primer término, por cuanto Alejandro Vanoli Long Biocca y Miguel Angel Pesce -en su condición de Presidente y Vicepresidente-, Pedro Martín Biscay, Sebastián Andrés Aguilera, , Flavia Matilde Marrodan, Alejandro Formento, German David Feldman, Juan Miguel Cuattromo, Bárbara Emilia Domatto Conti y Mariano Beltrani -en su carácter de Directores-, tomaron decisiones contrarias a las exigidas por las normas que regulaban su actuación, tanto en lo que hace al fondo -finalidad regulatoria- como a la forma -precio de mercado-, comprometiendo gravemente el patrimonio del Banco Central de la República Argentina.

Aquí, y a diferencia de lo argumentado, debe decirse que no se trata de asignar una responsabilidad objetiva inadmisibles para el derecho penal, sino que cada uno de los Directores responden individualmente por su propia actuación: todos han participado de la reunión de directorio en la que se aprobó la primera ampliación de los límites -Resolución 292-, y también -a excepción de Feldman, que se encontraba en misión oficial- intervinieron en la segunda ampliación -Resolución 319-, encontrándose todos ellos en conocimiento cabal de los volúmenes y precios a los que el Banco Central de la República Argentina operaba en los mercados de futuros. Tal circunstancia torna irrelevante el argumento basado en la oposición a la devaluación que pudieran haber manifestado en diciembre de 2015, tal como argumentara en su defensa Cuattromo.

Pero también, todos los elementos colectados dan cuenta que las operaciones concertadas por la entidad fueron consecuencia de la línea de actuación decidida por la titular del Poder Ejecutivo Nacional y el Ministro de Economía en colisión con lo

dispuesto por el artículo 4° de la Carta Orgánica que específicamente establece que *“...En el ejercicio de sus funciones y facultades, el banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional, ni podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación...”*.

El inicio de las restricciones cambiarias en octubre de 2011, la modificación de la Carta Orgánica a través de la ley 26.739 sancionada el 22 de marzo de 2012, y las designaciones de los directores del Banco Central -todas ocurridas entre fines de 2013 y mediados de 2015- y de la Comisión Nacional de Valores -años 2014 y 2015-, son indicios suficientes que evidencian que todo cuanto hubieron de realizar los responsables de administrar el Banco Central de la República Argentina fue la materialización de decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional, tanto de quien se encontraba a cargo -Cristina Fernandez de Kirchner- como de quien estaba al frente de la cartera de Economía -Axel Kicillof-.

Mas dicha responsabilidad también queda en evidencia a partir de los alcances de la maniobra: los volúmenes negociados a diario entre septiembre y octubre de 2015 y su nivel de agresión en lo que respecta al porcentaje de participación en el mercado de futuros transcendía del ámbito del Banco Central, pues fue necesario que organismos actuantes bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional - como la Comisión Nacional de Valores, también dependiente del Ministerio de Economía- dictara normas para permitir que las operaciones alcanzaran el objetivo propuesto. Basta repasar la secuencia producida el 30 de octubre entre el Banco Central de la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

República Argentina y la Comisión Nacional de Valores *ut supra* evaluada.

En este punto, la afirmación efectuada por este último en punto a que “...es *perfectamente legal que el Banco Central opere en el mercado y que fije el precio que le parezca conveniente...*” es palmariamente contraria a lo dispuesto por la Carta Orgánica, demostrando que, en rigor, la autonomía no era tal, y la finalidad de operar bajo tales parámetros nada tenía que ver con la regulación cambiaria sino que, como más adelante reconoce el nombrado, el objetivo era evitar que “...se produjera una *mega-devaluación inmediata de la moneda por causa de una corrida cambiaria...*” -conf. descargo de fs. 1145/94-. En similares términos se expidió Fernandez de Kirchner al afirmar que lo que se buscó fue proteger el valor de la moneda “ya que su depreciación produciría los efectos más desfavorables sobre la actividad económica en general” -conf. escrito de fs. 1230/9-.

En estos términos, resulta irrelevante cuanto señalara Marrodan en orden a los datos que figuraban en los balances semanales que presentaba el BCRA durante el año 2015. Es que, aún cuando no hubiera certeza sobre el curso de los acontecimientos tras la asunción de nuevas autoridades, para los mercados -e incluso para los funcionarios del propio Banco Central de la República Argentina- la corrección del precio era ineludible.

Ello explica la imperiosa necesidad de multiplicar exponencialmente la intervención de la entidad en el mercado de futuros elevando al doble y en menos de un mes -entre el 29 de septiembre y el 27 de octubre- el volumen de fondos públicos a

comprometer en el mercado con la sola finalidad de estirar un tiempo más lo inevitable.

Este último aspecto se ve reforzado por los testimonios recabados en autos, los cuales dan cuenta que la política del Banco Central de la República Argentina era seguir los designios del Poder Ejecutivo Nacional, afirmándose que lo que debía evitarse era *“desviarse del cálculo teórico del precio futuro”* -fs. 1342/4-, como así también que *“estuvieran alienados el spot y los futuros”* -fs. 1345/7-. Pero también, surge de ellos que *“...una forma de ver que el spot estaba atrasado es que había controles para la compra del mismo porque a ese precio la demanda hubiera sido mayor...”* -fs. 1345/7- y que *“...la política de las autoridades era mantener alineado el mercado de cambios para no generar expectativas de devaluación...”* -fs. 1348/50-.

No es casual entonces que el mayor volumen negociado de contratos de futuros se diera entre los meses de septiembre, octubre y noviembre y tuvieran vencimientos durante el corriente año 2016, como así tampoco que para frenar la demanda se necesitara finalmente aceptar la propuesta del área técnica de, cuanto menos, aumentar el porcentaje de garantías.

Y en este punto, la intervención en los hechos de las autoridades a cargo de la Comisión Nacional de Valores queda en evidencia a poco que se repare que la pausada marcha del citado órgano de control tuvo frente a la potente intervención del Banco Central de la República Argentina en los mercados de futuros se modificó inmediatamente cuando las autoridades de este último decidieron aumentar las garantías para frenar la demanda de los convenientes contratos de futuros: el mismo día en que el Directorio del



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

BCRA resolvió elevar al 20% las garantías a ser integradas por las entidades a efectos de *“mejorar la posición de respaldo de las nuevas operaciones”* en lo que respecta a su intervención en el MAE, la Comisión Nacional de Valores inició el expediente n° 3344, solicitó y obtuvo dictamen de la Gerencia de Asuntos Jurídicos, de la Subgerencia de Asesoramiento Legal y de la Gerencia General de Asuntos Jurídicos, y, finalmente, el Directorio -conformado por Cristian Alexis Girard, Guillermo Mario Pavan y David Rene Jacoby- se reunió y aprobó ese mismo 30 de octubre la Resolución 649 a través de la cual subió el porcentaje de las garantías al 20% para todos los mercados y en pesos - conf. expediente n° 3344/2015 Modificación Normas Garantía de Contratos-.

Dicha celeridad, sin embargo, no se verificó cuando el ROFEX modificaba las condiciones de operación en el mercado. Fue recién el 30 de noviembre de 2015 que los nombrados Girard, Pavan y Jacoby -previo requerir la opinión del Presidente del Banco Central de la República Argentina- dictaron la Resolución 17.909 a través de la cual dispusieron *“...interrumpir transitoriamente la apertura de nuevas posiciones sobre contratos de futuros de dólar...”* en el ámbito de los mercados autorizados en razón de que *“...la operatoria de Contratos de Futuros de Dólar se vienen desarrollando en un contexto de **anomalía desde el 20/11/2015...**”* -conf. fs 20/2 del expediente 3666/2015 Mercado a Término de Rosario SA s/hecho relevante 27/11/2015-.

En conclusión, lo que esta investigación ha permitido tener por acreditado es que, siguiendo instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional -tanto de Fernandez de Kirchner como de Kicillof-,

las autoridades del Banco Central de la República Argentina, con la necesaria intervención de las de la Comisión Nacional de Valores, vendieron en un muy breve período de tiempo un volumen descomunal de contratos de futuros en dólares a valores ficticios, obligando de esa forma abusivamente a la entidad y, por consiguiente, a la sociedad como soberana de los bienes públicos.

Es por las razones expuestas que, habiéndose conformado el cuadro de certeza exigido en esta instancia del proceso, la homologación de los procesamientos dictados se impone, debiendo sólo agregarse que, con la provisoriedad que caracteriza su discernimiento y sin perjuicio de cuanto sobre el punto defina el tribunal de juicio que eventualmente pudiera intervenir, la calificación legal asignada luce acertada.

IV.e- Idéntica suerte habrá de correr el examen de los montos de los embargos, pues las sumas a las que arribó el magistrado lucen acordes a los conceptos cuya eventual satisfacción tiende a cubrir de conformidad con las pautas valorativas contenidas en el artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación, debiendo solo agregarse que las partes no han desarrollado con suficiencia argumentos que permitan controvertir la valoración efectuada en la pieza recurrida.

V. El Dr. Eduardo Farah dijo:

Adhiero en un todo al voto precedente y a ello agrego las siguientes consideraciones.

V.a- Primero:

1) El primero de los agravios que todas las defensas, sin excepción, han expuesto contra la resolución de primera instancia, es que las operaciones de venta de dólares a futuro realizadas



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

por el BCRA en los meses de septiembre a noviembre de 2015 respondieron a una decisión de política económica (monetaria/cambiaria) que no es judicialable, pues se basó en criterios de oportunidad, mérito y conveniencia de una autoridad del Estado (el BCRA) que otra (el Poder Judicial) no podría controlar a riesgo de afectar la división de poderes prevista en la Constitución Nacional.

2) Lo primero que salta a la vista frente a semejante pretensión es que esa noción, propia del sistema republicano y en la que se asienta el concepto acuñado jurisprudencial y doctrinariamente de “cuestiones políticas no judiciales”, ya no incluiría solo a las tradicionales autoridades Ejecutiva, Legislativa y Judicial sino que -por vía legal- sumaría una más (el BCRA) como consecuencia de la autonomía que a ese organismo concede su Carta Orgánica respecto de la primera de ellas.

Más allá de los dudosos e imprecisos alcances de esa autonomía legalmente conferida -a los que habré de referirme más adelante- lo importante aquí es determinar si les asiste razón a los apelantes en punto a que el Juez de primera instancia construyó una imputación penal a partir de un cuestionamiento a decisiones de política económica (monetaria/cambiaria) sobre las que no tiene autoridad; o si, por el contrario, esa imputación fue legítimamente realizada en tanto afínica en un abuso en el ejercicio de sus facultades por parte del BCRA respecto de lo que estaba autorizado por la propia ley que rige su constitución y funcionamiento.

En suma, lo que aquí importa es si el Poder Judicial puede revisar o no lo que se hizo en este caso. Y mi respuesta es que sí y que el agravio expuesto por los apelantes debe ser desestimado.

3) Años atrás me tocó, como juez de la Sala I de esta Cámara, analizar la validez constitucional del Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Islámica de Irán en el contexto de una acción de amparo interpuesta por representantes de la AMIA-DAIA en el marco de la investigación del atentado del año 1994. El primer obstáculo opuesto a esa pretensión por parte del Gobierno Nacional era el mismo que aquí se aduce: precisamente, que se trataba de una “cuestión política no judicialable” porque el acuerdo con Irán había sido celebrado en ejercicio de atribuciones privativas del Poder Ejecutivo para el manejo de las relaciones exteriores y la celebración de tratados con naciones extranjeras que no podían ser revisadas judicialmente. Y la respuesta que se dio, en sentencia hoy firme, fue que ello no era así porque el acuerdo había excedido los límites de las atribuciones constitucionalmente conferidas al Poder Ejecutivo al invadir la competencia asignada al Poder Judicial en la investigación y juzgamiento de un crimen federal, condicionando el ejercicio pleno de la jurisdicción de los jueces de la causa.

En este caso el planteo de las Defensas parte de la misma premisa, a través de la cual se pretende ocultar el verdadero significado de la acusación: ni más ni menos que un abuso de poder. Y es que esa acusación no versa sobre criterios, ideas o políticas de naturaleza económica, monetaria o cambiaria sino sobre el exceso o extralimitación en el ejercicio de un cargo público como consecuencia de haberse vendido dólares a futuro (atribución expresamente conferida al BCRA por la ley) a un precio que no era el de mercado, como



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

mandaba -también expresamente- la misma ley, produciéndose como consecuencia de ello un cuantioso perjuicio al patrimonio público.

Dicho de otro modo: no se juzga aquí, a la luz de las previsiones del delito de administración fraudulenta del art. 173, inc. 7º, del Código Penal, otra cosa que la denunciada violación a la letra de la ley que es Carta Orgánica del BCRA, que prescribe que el organismo puede operar o intervenir en el mercado de futuros “a precios de mercado”.

El criterio de mérito fue prefijado de antemano por el legislador, del mismo modo que en otras ramas del derecho público dicho legislador también establece límites de carácter patrimonial o pecuniario para evitar excesos a la discreción del poder administrador en sus contrataciones u obras públicas.

Puesto que es la misma ley la que condiciona las potestades de regulación monetaria y cambiaria asignadas al BCRA, imponiéndole límites a su capacidad de intervención en el mercado de futuros al disponer que esa atribución debe ser ejercida “a precios de mercado”, de lo que se trata aquí no es, entonces, de juzgar criterios de oportunidad, mérito o conveniencia privativos de otro poder del Estado sino de constatar o descartar que la autoridad haya sido ejercida en los límites impuestos por la ley que fijó precisamente, en forma previa, cuales eran esos criterios.

En ese mismo sentido es que se ha dicho que *“Todo acto político producido por los órganos del Estado está fundado en normas de competencia que distribuyen el poder y lo organizan. Por virtud de dichas normas ... los actos políticos están limitados a no ser otra cosa que lo previsto en las normas (las normas de competencia*

suelen establecer también el procedimiento a seguir para realizar los actos). Si el órgano deforma la competencia que lo hace órgano, ya no es libre para comportarse como tal; él tiene poder en razón de su competencia (otorgada por la norma), que regula (establece) el ámbito dentro del cual es “libre”. Por lo tanto, el exceso (salirse de) en el ejercicio de la competencia por parte de los órganos políticos, engendra una cuestión justiciable, esto es, puede ser juzgada a la luz de las normas de la Constitución ... Precisamente, el artículo 116 CN al referirse a “todas las causas”, significa que es el Poder Judicial el encargado de dirimir las llamadas “causas políticas” y no otro, porque el texto no distingue y no atribuye a otro poder el ejercicio de ese control. Solo dentro de este contexto es correcto hablar de plena justiciabilidad (no en el sentido de que los jueces tomen decisiones políticas, sustituyendo a los órganos que realizan actos de ese tipo), y sólo en tal sentido es correcto sostener que la inadmisibilidad de la justiciabilidad de los excesos en el ejercicio de la competencia por parte de los órganos públicos equivale a negar el Estado de Derecho y establecer el gobierno basado en la sola voluntad de los hombres” (conf. Humberto Quiroga Lavié, Derecho Constitucional Argentino, Ed. Rubinzal – Culzoni, tomo I, página 568).

Como anticipé, entonces, el primero de los agravios debe ser desestimado.

V.b- Segundo:

1) El segundo de los agravios que las Defensas, en su mayoría, han expresado respecto de la resolución apelada, tiene que ver precisamente con el meollo de la cuestión que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

arriba se señaló, esto es, con el “precio” de venta de los dólares por parte del BCRA.

Se aduce que ese precio respondía a la “cotización oficial” para un sinnúmero de otras operaciones; que dicha cotización se ajustaba a la estimación del valor del dólar efectuada en la Ley de Presupuesto aprobada por el Congreso Nacional y a las demás políticas económicas del gobierno nacional de entonces; que no es dable tomar en cuenta a los fines comparativos el precio del “dólar paralelo” en tanto es “ilegal” y representativo de una porción minúscula de operaciones, como así tampoco el valor del llamado “contado con liquidación” o el del “dólar bolsa” por su especificidad y escasa representatividad del volumen operado; y que, en realidad, y en última instancia, el fraude al patrimonio público no lo cometieron las autoridades del gobierno saliente el 10 de diciembre de 2015 sino las nuevas que asumieron en esa fecha a raíz de la decisión política de levantar el “cepo cambiario” y “devaluar” el peso argentino frente al dólar, produciéndose por esa razón, y no por la operatoria originalmente instrumentada, el perjuicio sufrido por el BCRA.

No es menor destacar que, si hay algo en lo que están de acuerdo ambas posiciones (la de los denunciantes, que recogió el Juez de primera instancia en la decisión recurrida, y la de los imputados que aquí apelan) es que aquí hubo un fraude descomunal al patrimonio público y la disidencia afinca en quién tiene la culpa, que se atribuyen recíprocamente unos a otros.

Corresponde, entonces, dilucidar el asunto puesto a discusión.

2) Previo a ello, es preciso formular una aclaración. La alusión de las defensas a la denuncia de la actividad de los compradores que acudieron al sistema no posee, a los efectos de esta decisión, la entidad que aquellas alegan; por ende, no corresponde darle aquí abordaje, en virtud de dos sencillas razones.

Una, que esas cuestiones son objeto de otro expediente sustanciado ante otro juzgado del fuero. La segunda, que - por cuanto se expone en la presente- las disquisiciones que, en uno u otro sentido, puedan llegar a hacerse sobre dicho asunto, no modifican en nada las conclusiones que, sobre el carácter delictivo de la maniobra puesta en marcha por los procesados y la atribución de responsabilidad sobre ellos, habrán de formularse aquí.

3) Hecha esa aclaración, parto de la base de que el quid de la cuestión, relativa al precio de venta de los dólares a futuro por parte del BCRA, gira en torno a lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 24.144: *“El Banco Central de la República Argentina podrá: a) comprar y vender a precios de mercado, en operaciones de contado y a término, títulos públicos, divisas y otros activos financieros con fines de regulación monetaria, cambiaria, financiera y crediticia ...”* (Inciso sustituido por art. 10° de la Ley N° 26.739 B.O. 28/03/2012).

Como puede verse claramente, la norma en cuestión faculta al BCRA a intervenir en el mercado con fines de regulación, y lo autoriza expresamente a esos fines a vender divisas (en el caso, dólares estadounidenses).

Sin embargo, la misma ley recorta esa potestad fijándole un límite muy preciso: el precio de venta ha de ser el de mercado, no otro.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

Cualquiera sea el método de interpretación aplicable, es claro que se trata de una norma potestativa/restrictiva.

Así, desde el punto de vista literal o semántico, la norma otorga al BCRA una potestad (“*podrá*” ... vender, en operaciones ... a término, divisas) pero establece un límite o condición para su ejercicio (“*a precios de mercado*”).

Atendiendo a su finalidad o interpretación teleológica, cada uno de esos términos tiene su propio sentido o razón de ser. El de la potestad está expresamente señalado en la norma, al decir que es “*con fines de regulación monetaria, cambiara, financiera y crediticia*”. El del límite está implícito en el tenor mismo de la condición puesta (“*a precio de mercado*”). El legislador ha querido evitar que, so pretexto de intentar bajar el precio de una divisa o contener su alza en el mercado para influir de ese modo en otros órdenes de la economía, el BCRA oferte sus propias divisas a un valor que ocasione una pérdida considerable a su patrimonio. El legislador ha querido proteger el patrimonio de la entidad estableciendo un límite a la discrecionalidad de sus autoridades: regular el mercado sí, pero no a costa de la integridad patrimonial del organismo.

Y desde un punto de vista sistemático, esta interpretación es armónica con otras disposiciones de la propia Carta Orgánica del BCRA. Así, la Ley 24.144 (texto según Ley 26.739), en algunos casos otorga facultades discrecionales sin poner límites estancos (ej. “fijar las tasas de interés y demás condiciones generales de las operaciones crediticias del banco” -art. 14, inc. c-, o “establecer relaciones técnicas de liquidez y solvencia para las entidades financieras” -art. 14, inc. d-), pero en otros casos -como en el que está

aquí en análisis- establece condiciones a las que el organismo debe atenerse, restringiendo su discrecionalidad (ej. cuando prescribe que podrá determinar las sumas que corresponde destinar a capital y reservas, pero que para ello debe obrar “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38” -art. 14, inc. f-; o cuando lo faculta para otorgar redescuentos a las entidades financieras por razones de iliquidez transitoria “hasta un máximo por entidad equivalente al patrimonio de ésta” -art. 17, inc. b-; o cuando lo autoriza a otorgar adelantos en cuentas a las entidades financieras por iliquidez transitoria “siempre y cuando la suma de los redescuentos y adelantos concedidos a una misma entidad no supere, en ninguna circunstancia, el límite fijado en el inciso anterior” -art. 17, inc. c-; o cuando lo faculta para hacer adelantos transitorios al Gobierno nacional “hasta una cantidad equivalente al doce por ciento de la base monetaria” -art. 20-).

Por fuera de la propia Carta Orgánica del BCRA, ese mismo tipo de límites aparece también impuesto en innumerables normas de derecho administrativo, como son todas aquellas que regulan el modo y las condiciones en que deben practicarse y llevarse a cabo las licitaciones y obras públicas. En estos casos, como en el que es objeto de esta resolución, los funcionarios, que aprecian la oportunidad, el mérito o la conveniencia de ejecutar tal o cual obra pública, no actúan en base a su solo arbitrio, sino que deben respetar las condiciones y límites impuestos por las normas legales y reglamentarias que rigen la materia.

4) Está bien explicado, a mi juicio, en la resolución de primera instancia, como es que las autoridades del BCRA violaron ese límite legalmente establecido.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

El BCRA, a través del Mercado a Término de Rosario S.A. (“ROFEX”) y del Mercado Abierto Electrónico S.A. (“MAE”), entre los meses de septiembre y noviembre de 2015, vendió dólares a futuro a un precio aproximado de entre \$ 10,50 y \$ 11,50 a los plazos que pedía el sector privado (contraparte), entre febrero y junio de 2016.

Las autoridades del BCRA, en el momento de celebrarse esos contratos, sabían que en los mercados que no tenían injerencia estatal (tanto los mercados de Nueva York -EEUU- a través de la operatoria conocida como “contado con liquidación” como el mercado de capitales local a través de la operatoria denominada “dólar bolsa”), la divisa cotizaba en ese mismo momento a un valor de entre \$ 14 y \$ 15 y más.

Dicho de otro modo, el BCRA ofreció en el mercado cobertura vendedora a sabiendas de que, cuando lo hacía, ya el dólar valía en el mercado más de un 40 % del precio de venta en un innumerable cantidad de casos.

Es elocuente de ese desequilibrio, la observación efectuada en el voto precedente acerca de que, el mismo día en que el BCRA vendía dólares a futuro a un determinado precio, algunas de las entidades bancarias adquirentes colocaban esos activos a precios notoriamente superiores entre algunos de sus clientes (vgr., caso del ICBC que, el día 23/10/15, compró al BCRA dólares con vencimiento al 29/4/16 a un precio de \$ 10,8165, y en la misma fecha los revendió con idéntico vencimiento a \$ 12,225, compartiendo así el margen de ganancia con su comitente), pues ello pone en evidencia un

elemento de juicio decisivo en el análisis: el BCRA era el único vendedor a esos precios.

Y en ese orden de ideas, es preciso tener en cuenta que al ser el BCRA el único vendedor de futuros en los términos señalados, a precios sometidos a una cotización cambiaria de naturaleza administrativa (y no de mercado), es evidente que las operaciones concertadas vulneraron, además, los principios tuitivos de la Ley 26.831 de Mercado de Capitales, en especial el de “transparencia”, lo que revela, por un lado, la responsabilidad del Directorio de la Comisión Nacional de Valores en esta operatoria, en tanto dicha Comisión tenía el deber de supervisar, inspeccionar, fiscalizar y hasta sancionar a todas las personas físicas o jurídicas que, por cualquier causa, desarrollen actividades relacionadas con la oferta pública de títulos y valores y que ejecutaran actos que afectaran esa “transparencia”; y por el otro, la actuación necesariamente mancomunada del BCRA -actuando conforme a las políticas del gobierno nacional- y de la CNV, como entidad autárquica actuante dentro de la órbita del Ministerio de Economía.

5) Frente a las objeciones señaladas por los apelantes, es preciso señalar que si -como pretenden- el legislador hubiera querido autorizar al BCRA a vender divisas a la “cotización oficial” que fijare el propio ente o al precio “estimado en la Ley de Presupuesto”, así lo hubiera previsto expresamente, o lo hubiera dejado de algún modo a criterio del organismo o, en última instancia, no hubiera dicho nada. Por el contrario, el legislador dispuso, expresamente, algo bien distinto, como se dijo, para limitar esa discrecionalidad.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

Hay en esto, a mi juicio, además, una reflexión adicional que hacer, en vistas de la insistencia de los apelantes sobre el carácter “ilegal” de cualquier valor que se asignara al dólar que no fuera el de la cotización oficial.

Al receptar el Código Procesal Penal el método de la sana crítica para la evaluación de la prueba, el legislador impuso a los jueces la obligación de apreciar la evidencia *“de buena fe ... conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común ...”* y, en ese orden de ideas se ha dicho que esas reglas *“... son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica con las de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la razón y a un conocimiento experimental de las cosas ... La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento ... Los principios de la experiencia no se presentan en el proceso como información, exposición o expresión de percepciones sensibles ... no se averiguan en el proceso, sino que mediante ellos se indagan hechos. No se necesitan de que se les presente, y se sustraen, por su naturaleza, a una comprobación conforme a la prueba procesal ... El conocimiento adquirido a través del tiempo por los hombres permite investigar y comprobar hechos conforme al modo ordinario de suceder de las cosas ...”* (conf. Raúl Washington Abalos, Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, Tomo 2, página 404 y siguientes).

Pues bien: sobre tales premisas es dable concluir que eso que en las apelaciones las defensas llaman “ilegal” o “paralelo” no es otra cosa, en realidad, que el criterio que el hombre común ha aplicado en situaciones de emergencia o inestabilidad económica para asignarle un valor real a las cosas, a sus propiedades, a sus deudas, a sus proyectos y a sus ingresos, entre tantas otras cosas, por fuera de lo que pretendiera imponer la autoridad de un modo ficticio. No hace falta demostrar nada al respecto. Nuestra propia experiencia nos recuerda cuál era el valor real de nuestro peso argentino respecto del dólar, más allá de la voluntad de la autoridad económica de turno. Todos, indefectiblemente, entre septiembre y noviembre de 2015, reconocíamos que el valor del dólar estaba entre \$ 14 y \$ 15.

Una respuesta distinta, desde mi punto de vista, no puede ser sostenida con buena fe.

6) Para finalizar este punto creo necesario explicitar que, comprobada a mi juicio de un modo claro la infracción a la norma, de la que se derivó un perjuicio concreto al patrimonio público como está bien explicado en la resolución de primera instancia y en el voto al que adhiero, solo resta analizar si existe alguna justificación para obrar de ese modo.

Ya he señalado que la propia ley dice que, aun cuando el BCRA haya perseguido o tenido en miras fines de regulación monetaria, cambiaria, financiera y crediticia cuando decidió vender divisas a futuro, el precio de venta debió ser el de mercado y no el que le dio en las operaciones analizadas, de modo que todo lo que los imputados en sus indagatorias o en sus apelaciones señalan sobre dichos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

fines perseguidos es superfluo o inútil. El BCRA no podía apartarse del “precio de mercado” aún con esos fines.

Por otro lado, es preciso señalar que, aun cuando se admita que el Estado pueda, en circunstancias extraordinarias, disponer a pérdida o aun gratuitamente de sus bienes para satisfacer necesidades básicas o impostergables de sus habitantes, este no es el caso: no es el BCRA un organismo destinado a paliar situaciones sociales de emergencia; los compradores de dólares a futuro del caso no fueron, precisamente, habitantes con necesidades básicas o impostergables; y no advierto otras razones que expliquen por qué se dio a unos pocos lo que se negaba a muchos a través del “cepo” cambiario vigente en forma simultánea con la operatoria en análisis.

De modo que no encuentro, de momento, con los elementos aportados a la causa, justificación alguna para proceder del modo ya indicado.

V.c- Tercero:

El tercero de los agravios expuestos en las apelaciones tiene que ver con el modo como el Juez *a quo* ha estimado configurado el hecho que reputó constitutivo del delito de administración fraudulenta en los términos del art. 173, inc. 7º, del Código Penal, y con la forma en la que cada uno de los imputados ha tomado participación en él.

1) Me remito, en primer término, a los argumentos expuestos en el voto precedente en lo que atañe tanto a la modalidad comisiva del delito (haber obligado abusivamente al BCRA frente a terceros mediante la violación de un expreso deber legal), cuanto a lo expresado en punto a la finalidad perseguida por sus autores,

dada la representación inequívoca del resultado dañoso que estos necesariamente tuvieron y la voluntad demostrada de llevar adelante la operatoria pese a las objeciones que ella ofrecía.

Dadas las características de la operatoria a futuro y la reglamentación que rige la mecánica y efectos de los actos cumplidos tanto para el BCRA cuanto para los adquirentes, el perjuicio a la propiedad quedó consumado en cada caso con la celebración de cada contrato, lo que torna irrelevantes a los fines del delito imputado, las consideraciones formuladas por los apelantes acerca de las decisiones económicas adoptadas posteriormente por las autoridades que asumieron el 10 de diciembre de 2015. En ese sentido se ha dicho que *“aquí la consumación no recaba el perjuicio efectivo por medio de la atención de la obligación a cargo del patrimonio: basta con que se lo haya `obligado`, es decir, con que se haya hecho nacer la posibilidad del perjuicio que puede materializarse en el correspondiente pago”* (conf. Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, ed. Astrea, 1988, Parte Especial, Tomo I, página 520).

Se debe señalar, asimismo, que la diversidad de contratos celebrados en el período comprendido entre septiembre y noviembre de 2015 no multiplica por ello el delito en función del art. 55 del CP, que es el de una única administración fraudulenta en los términos del precedente “Pompas” de la C.S.J.N (Fallos, 325:3255). Y también que, como consecuencia de que el art. 1 de la Carta Orgánica del BCRA dispone que “El Estado nacional garantiza las obligaciones asumidas por el banco”, está correctamente aplicado el agravante previsto en el art. 174, inc. 5, del Código Penal referido a los fraudes cometidos en perjuicio de la administración pública.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

2) También adhiero a los argumentos expuestos en el voto precedente para fundar la responsabilidad que “prima facie” corresponde asignar al Presidente y Directores del BCRA (coautores del delito en tanto, como administradores de los fondos del organismo, tomaron parte en la ejecución del hecho -art. 45 del Código Penal- mediante la normativa e instrucciones precisas emitidas para las ventas de dólares a futuro) y la de los Directores de la Comisión Nacional de Valores (como partícipes necesarios en tanto brindaron, a través de su directa intervención y la disposiciones dictadas por el organismo, una cooperación sin la cual el hecho no pudo haberse cometido -art. 45 del Código Penal-).

Párrafo aparte merece la situación del entonces Ministro de Economía Axel Kicillof y de la ex Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner.

Una primera cuestión a considerar radica en las previsiones formales de la Carta Orgánica del BCRA. Es cierto, como afirman insistentemente sus defensas, que la norma confiere al organismo el carácter de una “entidad autárquica” y dispone que “en el ejercicio de sus funciones y facultades el Banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional” (arts. 1 y 4 “in fine”). Pero también hay otra realidad: la misma ley establece que el banco deberá actuar “en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional” (art. 3). Frente a ello, es notorio que la operatoria que se ha descripto en esta pieza no fue una más en la práctica diaria del organismo; se trató de una decisión que comprometió extraordinarias sumas de dinero del Estado y que respondió -por fuerza de las evidencias lo digo- a una línea que, desde antes, venían

imponiendo las máximas autoridades del Poder Ejecutivo sobre todo aquellas dirigidas a contener el alza de la divisa norteamericana. Si es seguro -como lo es- que Fernández de Kirchner y Kicillof conocieron, con relación de inmediatez, la puesta en marcha y las consecuencias que tendría la maniobra, entonces, por pura lógica, resulta razonable concluir que aquella respondió a una indicación previa de su parte, como dice expresamente el Dr. Irurzun en su voto.

De ahí que el sentido común conduzca a concluir que los hechos respondieron a un actuar mancomunado y a aceptar así, con el grado de provisoriedad propia de esa etapa procesal, la propuesta de confirmar el procesamiento dictado en primera instancia.

Al respecto, ya dije más de una vez que “La lógica del avance de un proceso penal podría explicarse sencillamente de este modo: lo que es “posible” (es decir, verosímil) determina el inicio de la investigación, lo que es “probable” conduce al procesamiento de un individuo o a su envío a juicio y la “certeza” es lo único que permite su condena; al tiempo que la certeza o la duda (agotados todos los esfuerzos probatorios) es lo que lleva a su sobreseimiento o absolución” (conf. mi voto en CFP 777/2015/CA1 “Nisman, Alberto s/ denuncia”, del 26/3/15; y CFP 7111/2010/14/CA7 “Ministerio Público Fiscal s/ legajo de apelación”, del 14/7/2015; entre otros).

Como anticipé, lo vital pasa porque hay pruebas suficientes para sostener que, en concreto, Cristina Fernández de Kirchner y Axel Kicillof tomaron parte central en la decisión de dar curso a la maniobra de defraudación contra el patrimonio del BCRA. Existen indicios específicos de lo anterior; también datos tales como la



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

dimensión y especial tenor de la operatoria y la práctica habitual que solía emplearse para asuntos de esa naturaleza, que impiden llegar, a esta altura, a una conclusión distinta.

Es cierto -los agravios de las defensas lo dejan en evidencia- que las responsabilidades penales aquí discernidas seguirán siendo materia de discusión. Pero eso no afecta a la corrección de los procesamientos resueltos en consecuencia. Para su dictado basta con que, como sucede en la causa, la hipótesis de cargo tenga aval en los elementos colectados, de modo acorde con el estándar de probabilidad que el art. 306 del Código Procesal Penal exige para permitir el avance del caso hacia siguientes fases del enjuiciamiento. Con arreglo a esta estructura del sistema procesal, será misión de un -eventual- debate oral, generar un ámbito de mayor confrontación, inmediatez y contradicción, que sirva de marco propicio para un más profundo abordaje de las objeciones planteadas. Ésa, por cierto, es la esencia de dicha etapa y no la de ésta, que está prevista -justamente- como preparatoria y con la idea de evitar prolongaciones desmedidas que la desnaturalicen, frustrando todos los intereses legítimos en juego, el de los imputados, el de los acusadores y el de la propia comunidad que espera una respuesta en tiempo y forma sobre los hechos de relevancia institucional, como el presente.

V.d- Cuarto:

Comparto, finalmente, la propuesta de confirmar el monto de los embargos ordenados en la resolución recurrida, por las razones expresadas en el voto precedente.

Por lo demás, reiterando mi adhesión al resto de las consideraciones efectuadas por el Dr. Irurzun, voto por confirmar la resolución apelada en cuanto decide y fue materia de apelación.

Es en virtud de lo expuesto que corresponde y por ello este Tribunal **RESUELVE:**

I. NO HACER LUGAR a la nulidad de la decisión obrante en fotocopias a fs. 471/543 de este incidente, de conformidad con los argumentos desarrollados en el Considerando III de la presente.

II. CONFIRMAR el punto dispositivo I de la resolución que en fotocopias se encuentra agregada a fs. 471/543 de este incidente, en cuanto **DISPONE** los **PROCESAMIENTOS** de Cristina Fernandez de Kirchner, Pedro Martín Biscay, Sebastián Andrés Aguilera, Miguel Angel Pesce, Alejandro Vanoli Long Biocca, Flavia Matilde Marrodan, Alejandro Formento, German David Feldman, Juan Miguel Cuattromo, Bárbara Emilia Domatto Conti, Mariano Beltrani, Axel Kicillof, Cristian Alexis Girard, Guillermo Mario Pavan y David Rene Jacoby en orden a sus responsabilidades en los hechos *prima facie* calificados como infracción al artículo 173, inciso 7° en función del artículo 174, inciso 5° del Código Penal -artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación-.

III. CONFIRMAR el punto dispositivo II del citado decisorio en cuanto **MANDA TRABAR EMBARGO** sobre los bienes de los nombrados hasta cubrir la suma de quince millones de pesos, de conformidad con lo indicado en el Considerando IV.e- de la presente -artículo 519 del Código Procesal Penal de la Nación-.

Regístrese, hágase saber y devuélvase.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL - SALA 2
CFP 12152/2015/27/CA5

El Dr. Cattani no firma por encontrarse en uso de licencia. Conste.-

Laura V. Landro

Cn° 37.726; Reg n° 42.057

EDUARDO GUILLERMO
FARAH
JUEZ DE CAMARA

MARTIN IRURZUN
JUEZ DE CAMARA

LAURA VICTORIA LANDRO
Secretaria de Cámara

