

## Planteo De Falta De Accion Querella Afip Asociacion Illicita

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Planteo de falta de acción. Querella. AFIP. Asociación ilícita

Se hace lugar al recurso de

casación interpuesto por la querella (AFIP-DGI) y se anula la resolución que hizo lugar al planteo de falta de acción y la apartó de su rol de querellante, por entender que la Administración Federal de Ingresos Públicos se encuentra legitimada para intervenir en calidad de acusadora particular, en los términos del artículo 82 del Código de forma y 23 de la Ley 24769.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de marzo de dos mil dieciséis, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Mariano Hernán Borinsky, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° CPE 990000201/2005/TO1/2/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada "M., V. R. y otros s/ recurso de casación". Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca; ejerce la defensa de V. R. M., los doctores Edgardo David M. y José Antonio Aguirre; la defensa de G. A. y L. R. de A., la señora Defensora Pública Oficial Coadyuvante doctora Brenda Palmucci; la defensa de W. G. S. y L. Z., el Defensor Público Oficial Coadyuvante doctor Julio E. López Casariego; la defensa de R. F. O., el doctor Roberto Horacio Hawila; la defensa de S. C. C., la Defensora Pública Oficial doctora Matilde M. Bruera; la defensa de M. E. R. de A. y J. A. R., el Defensor Público Oficial doctor G. L.; la defensa de M. N. D., los doctores Luis Careri y Gisela Ramperti; la defensa de M. F., la doctora Marta Susana Cardinale; la defensa de Á. O., los doctores Jerónimo Barbosa y Gladys Arcuso; y representa a la parte querellante (AFIP-DGI), las doctoras Mónica Patricia Borgonovo y Alicia D. Pared Mella. Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: doctor Eduardo Rafael Riggi, doctora Liliana Elena Catucci y doctor Mariano Hernán Borinsky.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo: **PRIMERO:** 1.- Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz del recurso de casación interpuesto a fs. 53/64 por la querella (AFIP-DGI), contra la resolución de fs. 38/42 dictada por el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1, en cuanto resolvió: "I. HACER LUGAR al planteo de falta de acción de la AFIP-DGI formulada por la Defensa de la imputada V. R. M., los Dres. Edgardo David M. y José Antonio Aguirre y, en consecuencia, APARTAR de su rol de QUERELLANTE en relación a la imputación que pesa respecto de los enjuiciados en autos en relación al hecho por el que fuera elevada la causa a juicio (arts. 82, 339 y concordantes del CPPN)". 2.- El Tribunal de mérito denegó a fs. 65/vta. el remedio impetrado, extremo que motivó la presentación directa obrante a fs. 101/113 vta., la que fue concedida por la Sala I de esta Cámara a fs. 114/vta. 3.- La parte querellante (AFIP-DGI) encuadró su recurso en la causal prevista por el inciso segundo del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, al entender que "en el decisorio atacado se verifica una inobservancia del artículo 82 CPPN (relacionado con el art. 167, inciso 2°), lo que resulta en una inobservancia del art. 18 de la Constitución Nacional, el cual consagra implícitamente el derecho a la jurisdicción de toda persona a obtener en el marco de un proceso legal una sentencia útil a sus legítimos intereses". Sostuvo que "en el decisorio impugnado se priva a este organismo fiscal del derecho de querellar en la presente causa, en franca contradicción con las prescripciones de los artículos 82 y ss. CPPN y art. 23 de la ley 24.769, que facultan a esta AFIP, dado su carácter de particular ofendida por el delito investigado, a ser parte en el proceso". Alegó que "la maniobra investigada incluía entre los delitos que cometía, la creación de sociedades ficticias con las cuales se generaron facturas apócrifas que posibilitaron la evasión de impuestos nacionales por parte de terceros y que tales conductas perjudicaron irremediabilmente al Fisco Nacional, situación que bajo ninguna circunstancia debe quedar impune". Por ello, consideró que "el decisorio impugnado es violatorio del derecho que le asiste a esta parte de obtener un pronunciamiento útil a sus legítimos intereses y (...) aparta a este organismo de ejercer el rol de parte querellante en una causa que conforme el objeto procesal de la misma posee una estrecha vinculación con la comisión de delitos tributarios, lesiona el interés legítimo de la AFIP en ejercer la acción penal". Agregó que "el derecho de defensa en juicio comprende el derecho a la jurisdicción, entendiéndose por ello, el derecho de esta parte de acudir a la justicia y obtener de ella una sentencia útil". En ese sentido, destacó que "son diversas las leyes particulares que legitiman a organismos estatales diferentes, para intervenir como querellante en procesos penales, con sus mismas facultades, deberes y responsabilidad -sin desplazar al Ministerio Público Fiscal-. Y esto es lo que ocurre, en el caso del artículo 23 de la ley 24.769, en cuanto le acuerda dicha facultad al organismo recaudador". Consideró que "en el caso de los delitos tributarios uno de los bienes jurídicos protegidos es la hacienda pública, la ley faculta al Estado a constituirse en parte del proceso como querellante, en tanto resulta el particular ofendido por la conducta delictiva imputada". Asimismo, afirmó que "este organismo se encuentra legitimado para continuar en su rol de parte querellante en este proceso (...) con independencia de las

funciones atribuidas al Ministerio Público Fiscal. Ello así pues (...) no existe identidad absoluta de intereses y funciones entre los mismos que permita concluir que en estos casos se 'duplique' o (...) se 'interponga' la intervención estatal?. Formuló reserva del caso federal.

4.- Superada la etapa procesal prescripta por el artículo 454 (en función del 465 bis) del ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

SEGUNDO: 1.- Liminarmente, debemos tener presente que -conforme se desprende de la presente incidencia- en estas actuaciones se atribuye a los imputados el 'haber integrado una asociación, con una actuación mínima operada durante el período comprendido entre los años 1996 y 2003, destinada a la creación de sociedades comerciales que carecerían de actividad económica real y solamente se encontrarían asentadas en sus actos constitutivos o con registros de actividades que serían inexistentes, careciendo por ende durante el mentado lapso de capacidad para ejecutar su actividad económica, por lo que se entendió que estas empresas debían reputarse apócrifas, habiendo sido utilizadas las mismas, en principio, como medio para generar facturas falsas, gracias a las cuales se habría logrado la evasión de tributos nacionales por parte de terceros usuarios contribuyentes?' (cfr. resolución recurrida).

La conducta reseñada fue calificada en los requerimientos de elevación a juicio formulados por la querrela (AFIP-DGI) y por el Ministerio Público Fiscal, como constitutiva del delito de asociación ilícita previsto en el artículo 210 del Código Penal.

2.- Ahora bien, la concreta cuestión sometida a resolución de esta Alzada en esta oportunidad, no es otra que la legitimidad para actuar en el marco de este proceso en carácter de parte querellante en los términos del artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

Debemos tener presente al respecto que nuestro sistema jurídico penal se asienta sobre la noción de bien jurídico, concepto que podría definirse como aquellos intereses generales de la sociedad que por su importancia y significación resultan merecedores de la máxima tutela que el ordenamiento normativo prevé: la sanción penal. Este concepto, asimismo, presupone que toda lesión a un bien jurídico no lo es tan solo contra una persona o grupo de personas, sino contra la sociedad toda; y ello así por cuanto la titularidad de los bienes jurídicos corresponde a todo el cuerpo social. Dicho en otros términos, los bienes individuales de los que son titulares las distintas personas que componen la sociedad son asumidos por el ordenamiento jurídico como bienes generales, y en tal carácter son merecedores de la protección del Estado en su condición de único legitimado para el ejercicio de la violencia (cfr. causa n° 3751 caratulada 'Etchecolatz, Miguel O. s/ recurso de casación', reg. n° 540/02 del 25/09/2002).

Así, sostiene Vélez Mariconde que 'nadie puede negar que el delito es un atentado al orden jurídico social, un ataque al Estado, de modo que éste es realmente el ofendido y el titular de la pretensión represiva emergente del delito?' (Conf. 'Derecho Procesal Penal', Ed. Lerner, tomo I, pág. 292, Buenos Aires, 1969).

No obstante ello, resulta a nuestro juicio por demás evidente que la noción de bien jurídico en el sentido expuesto no excluye considerar la situación de las personas contra las que se dirige el ataque, quienes en virtud del instituto de la querrela asumen la legitimación activa para intervenir en el proceso penal. En tal sentido, Obarrio expresa que 'No es posible desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable?', en tanto que en opinión de Carrara el delito hiere el derecho que al ofendido le da la naturaleza y no la sociedad, de tal suerte que ésta, aunque se organice jurídicamente, no puede privarle a aquél de la 'facultad ilimitada de provocar la defensa pública y lograr la protección del Estado?'. Esta posición -que sin desconocer que el delito ofende a todo el cuerpo social contempla la posibilidad de que la víctima, en su condición de especialmente afectada por el delito, se erija en acusador particular- además de contar con el apoyo de la doctrina mayoritaria, es la que finalmente fue receptada por el legislador.

Empero, repárese que la fórmula elegida por el legislador establece los requisitos o exigencias legales para obtener la legitimación activa, que en lo que aquí concierne se refieren a que la solicitud de investirse de tal carácter provenga de la persona 'particularmente ofendida por un delito de acción pública?'. Es necesario precisar, entonces, cuál es la significación que corresponde otorgar al concepto de 'particularmente ofendida?', para poder así determinar si en el caso la Administración Federal de Ingresos Públicos se encuentra habilitada en los términos de la ley para intervenir como acusadora en relación al delito de asociación ilícita atribuido a los imputados.

Tradicionalmente se ha dicho que '...dicha condición es propia de la persona que, de modo especial, singular, individual y directo se presenta por el daño o peligro que el delito comporte...?' (Conf. Francisco D'Albora, 'Código Procesal Penal de la Nación?', 4° edición, Edit. Abeledo Perrot, 1999, pág. 177); y que el daño ocasionado por el delito '...ha de recaer, especial, singularmente, sobre dicha persona...?' (Raúl Washington Abalos 'Código Procesal Penal de la Nación?', Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, Tomo I, pag. 227).

Al respecto, esta Cámara Federal de Casación Penal ha señalado que '...comúnmente se ha hecho una distinción entre los conceptos de 'ofendido' y de 'damnificado'. Al primero siempre se le ha reconocido legitimación para constituirse en parte querellante, por cuanto es el titular del bien jurídico tutelado que el hecho delictuoso lesiona, y por ende, se erige como persona que ha sufrido las consecuencias del delito de un modo directo e individual, resultando ser el sujeto pasivo del delito. El 'damnificado', en cambio, si bien no es el titular del bien jurídico afectado por el ilícito, es quien ha recibido un perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar. De este modo, no se protege solamente el bien jurídico tutelado por la norma penal y que aparece violado por la conducta que constituye el contenido de la imputación, sino que no quedan excluidos aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente...?' (Conf. Sala IV, causa n° 1379 caratulada 'Gómez, Jorge Ernesto s/recurso de

casación?, reg. 1946/99, rta. el 15/7/99 -el resaltado nos pertenece-). La doctrina que fluye del pronunciamiento precedentemente citado coincide con lo que al respecto señala D'Albora, en cuanto a que "...la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitiva, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos, siempre que derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querellante...? (?Código Procesal Penal?, 4° edición, Ed. Abeledo Perrot, 1999, pág. 177). También ha sido este el criterio sostenido por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en el sentido de que "...la apelación al bien jurídico protegido a los fines de determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitiva, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos? (Conf. causa n° 7931 caratulada San Vicente S.A. s/ falta de acción?, reg. 8717, rta. el 20/4/92; en igual sentido, causa n° 23729, ?Negri, Carlos María ser tenido por parte querellante?, reg. 494, rta. el 11/8/92 y causa n° 19763 caratulada ?Taiana, Jorge y otros s/ denuncia?, reg. n° 461, rta. el 24/10/86).

3.- Fijados los criterios rectores, y habiéndose encuadrado en los requerimientos de elevación a juicio la conducta presuntamente cometida por los imputados como constitutiva del delito de asociación ilícita previsto en el artículo 210 del Código Penal, debemos recordar que la referida figura legal se encuentra comprendida en el Título VIII dedicado a los delitos contra el orden público y, en consecuencia, tal es el bien jurídico que protege. De esa manera hemos sostenido en una de nuestras anteriores intervenciones en el marco de esta causa, que la mera existencia de la empresa criminal pone en crisis las expectativas sociales sobre el acatamiento del derecho y se constituye en un factor determinante para que la tranquilidad pública -entendida como confianza de la sociedad en el respeto que han de generar las normas jurídico penales- se vea afectada (cfr. causa n° 5023 ?Real de Azúa, Enrique Carlos s/ recurso de casación?, reg. n° 1558/06 del 21/12/2006). Ahora bien, no obstante el carácter colectivo que se advierte en el bien jurídico tutelado -por cuanto no recae sobre un individuo en particular-, no queda excluida la posibilidad de que la comisión del delito pueda haber afectado de manera particular -en el caso concreto- a una persona determinada. Ello es así, pues no podemos soslayar que la finalidad perseguida por la asociación ilícita investigada en autos no habría sido otra que la evasión de impuestos por parte de diversos contribuyentes, actividad esta que sin lugar a dudas habría afectado a la agencia recaudadora nacional. Similares consideraciones hemos efectuado, aunque en relación al delito de cohecho previsto en el artículo 256 del Código Penal, en la causa n° 11.684, caratulada ?Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación? (reg. n° 473/11 del 20/04/2011), en la que afirmamos que ?el acto corruptor que caracteriza a la figura penal tuvo por finalidad una acción u omisión de la autoridad que en forma mediata o indirecta repercute sobre otros bienes jurídicos vinculados a víctimas determinadas, en circunstancias que tal situación puede dar lugar a que aquellas resulten ?particularmente ofendidas', pues se ven afectadas por el efecto subsidiario?.

1 Debemos recordar, asimismo, cuanto sostuviéramos en la causa n° 2709 ?Besa, Sandra y otros s/ recurso de casación? (reg. n° 64/2001 del 28/02/2001) y más recientemente en causa n° 346/2013 ?Herman, Pablo Ariel s/ recurso de casación? (reg. n° 74/15 del 12/02/2015), en las que con cita de Mario A. Oderigo y Francisco J. D'Albora sostuvimos que ?el carácter de ofendido por el delito, sólo se requiere hipotéticamente, puesto que si se exigiera la previa comprobación, ello equivaldría, para iniciar y proseguir el proceso, la demostración de la realidad del delito, que es, precisamente, lo que se debe investigar en el proceso. En síntesis: es particular ofendido, a los efectos de querellar, quien lo sería si el delito se hubiera cometido en la forma en que es presentado como tema de investigación (conf. Mario A. Oderigo, ?Derecho Procesal Penal', T. 1, pag. 236, 2° edición actualizada, 1975. En igual sentido Francisco J. D'Albora en ?Código Procesal Penal de la Nación', pag. 178)?.

En razón de los argumentos expuestos, conceptuamos que en relación al hecho que se encuentra investigado y juzgado en estos actuados, la Administración Federal de Ingresos Públicos se encuentra legitimada para intervenir en calidad de acusadora particular, en los términos del artículo 82 del Código de forma y 23 de la Ley 24.769.

4.- Por último, en atención a los cuestionamientos efectuados por las defensas en las breves notas presentadas, debemos indicar que la admisibilidad del recurso casatorio bajo estudio ya ha recibido tratamiento por parte de la Sala I de esta Cámara en el resolutorio de fecha 09/12/2014 (obrante a fs. 114/vta.), a cuyos argumentos -por compartirlos- nos habremos de remitir. Asimismo, no debe perderse de vista que si bien en el precedente Arce (Fallos: 320:2145) la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que la garantía constitucional del derecho a recurrir ante un tribunal superior ha sido consagrada sólo en beneficio del inculcado, ello no obsta -y así lo indicó el Alto Tribunal en el precedente citado, aunque en lo referido al Ministerio Público Fiscal- a que mediante la legislación procesal se conceda tal derecho en determinadas circunstancias a las demás partes del proceso. Ello es lo que ocurre en el presente supuesto, en tanto las previsiones de los artículos 435, 457 y 460 del Código de forma habilitan a la querrela a recurrir decisiones como la aquí cuestionada.

5.- Por todo lo expuesto, en definitiva, propiciamos al acuerdo y votamos por: I) Hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos; y II) Anular la resolución de fs. 38/42 de la presente Incidencia, dejándola sin efecto (artículos 456 inciso segundo, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Tal es nuestro voto. La señora juez doctora Liliana Elena Catucci dijo: Atento el tiempo que lleva el expediente, la etapa en que se encuentra, y la estrecha vinculación con los delitos

tributarios por los cuales la querella sí se encontraría afectada, me adhiero a la solución propuesta por el Dr. Eduardo Riggi. Tal es mi voto. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que comparto en lo sustancial las consideraciones realizadas por mi distinguido colega, Dr. Eduardo Rafael Riggi, a las que adhirió la Dra. Liliana Elena Catucci, en sentido concordante con diversos precedentes de la Sala IV de la C.F.C.P. (causas Nro. 970/2013 ?DI BIASE, Luis Antonio y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad? -Reg. Nro. 1420.14.4, rta. 04/07/2014- y Nro. CFP 13345/2012/1/CFC1 ?Pretensio querellante: AFIP s/legajo de apelación?, Reg. 774/2015, rta. 28/04/2015, entre otras, de aplicación al caso en lo pertinente). Por lo expuesto, de conformidad con lo propiciado por el señor fiscal ante esta instancia, doctor Javier Augusto de Luca, adhiero a la solución propuesta en el voto que lidera el Acuerdo, sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Tener presente la reserva de caso federal.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos; y II) ANULAR la resolución de fs. 38/42 de la presente Incidencia, dejándola sin efecto (artículos 456 inciso segundo, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada de la CSJN 42/2015) y remítase al Tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado por: LILIANA CATUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION Firmado por: EDUARDO RAFAEL RIGGI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION PENAL Firmado por: MARIANO HERNAN BORINSKY, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION Firmado (ante mí) por: MARIA DE LAS MERCEDES LOPEZ ALDUNCIN, SECRETARIA DE CAMARA

Correlaciones: [Ley 24.769](#) - BO: 15/01/1997 Corvalán, Juan G. - Condiciones objetivas de punibilidad y montos de la ley 24769 - Compendio de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación - Tomo 11, Página 227 - Septiembre de 2007- . 007021E