



## INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N°1, con domicilio en mi público despacho de Av. Comodoro Py 2002, 5º piso, de la Capital Federal (domicilio electrónico CUIF 51000002058) en la causa FSM 2253/2012/5/CFC4, del registro de la Sala III, caratulada: “Yofre, Juan Bautista y otros s/recurso de casación”, se presenta y dice:

### I. Objeto.

Vengo por el presente a interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Ley 48, contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que resuelve: I.- Hacer lugar al recurso de casación de la defensa de Juan Bautista Yofre y, en lo que fuere a tinente, a los de las defensas de Carlos Pagni, Daniel Reimundes, Roberto García y Néstor Ick; y con efecto extensivo a los encartados Héctor Alderete, Pablo Carpintero y Edgar Mainhard; II.- Sobreseer a Juan Bautista Yofre, Héctor Alderete; Pablo Carpintero; Daniel Reimundes; Roberto García; Carlos Pagni; Néstor Ick y Edgar Mainhard, en relación a los hechos por los cuales habían sido indagados (reg. 213/16).

El recurso también se dirige contra los sobreseimientos dictados en orden al delito de encubrimiento porque en el estado actual de

las actuaciones no es posible determinar si las acciones penales correspondientes estarían prescriptas para todos o para algunos de ellos.

## II. Requisitos del recurso

### A. Sentencia definitiva. Superior tribunal de la causa.

La decisión que aquí se impugna en tanto sobresee a los imputados y pone fin al proceso, es equiparable a sentencia definitiva, como exige la ley 48.

B. También se trata de una resolución que proviene del tribunal superior de la causa, en tanto emana de la Cámara Federal de Casación Penal, que es “tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48” (CSJN, M. 812. XLIII; REX, “Méndez, Ángel Isidro y otros s/recurso de casación”, 12/08/2008).

C. Las cuestiones federales fueron introducidas en tiempo oportuno y mantenidas. En el caso, existen dos que dan lugar a muchas otras:

C.1. La primera es una cuestión federal simple, porque se cuestiona la interpretación de una ley federal, la N° 13.985, y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria al derecho que esta parte funda en esa norma (Fallos: 315:615).

C.2. Pero además, la sentencia incurrió en varias situaciones que considero califican para las causales de la conocida doctrina de la arbitrariedad de sentencias elaborada por la Corte, porque:



*Ministerio Público de la Nación*  
*Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

C.2.1. la Cámara Federal de Casación Penal no estaba habilitada para expedirse sobre el fondo del asunto, como efectivamente lo hizo, porque estaba frente a una resolución de una cámara de apelaciones (un procesamiento sin prisión preventiva confirmado) que no era equiparable a sentencia definitiva. Para hacerlo, confundió los requisitos de “sentencia definitiva o equiparable a tal” con el de “cuestión federal”; y fue autocontradictoria con su propia actitud en una oportunidad similar anterior en este mismo caso, cuando el 24 de agosto de 2010 declaró mal concedidos los recursos de casación interpuestos por las defensas contra el auto de la Sala I de la Cámara de San Martín que confirmó el rechazo de las nulidades planteadas, porque la resolución impugnada no era equiparable a sentencia definitiva (reg. 1221/10).

C.2.2. Y porque al hacerlo (aun suponiendo que tuviera competencia para hacerlo), en lugar de limitarse a revocar un auto de procesamiento, avanzó sobre el fondo y dictó el sobreseimiento por todos los hechos imputados bajo cualquier calificación legal posible, de un modo en que dejó en letra muerta las disposiciones del Código Penal que obligan a perseguir los delitos de acción pública cuando su producción luce manifiesta (arts. 274 y 277 CP).

Adelanto la observación: es que aunque se considerase correcto que con la interceptación de correos electrónicos no podía haber delito de espionaje reiterado porque se trataba de comunicaciones que no afectaban el bien jurídico de la ley 13.985 y, con ello, que no podía haber

asociación ilícita para cometer esas actividades de manera indeterminada (art. 210 CP), como igualmente la Casación tuvo semiplenamente probada la interceptación de esos correos, y como eso constituye otro delito (art. 153 del CP) aunque éstos sean de acción privada (art. 73 del CP), la empresa criminal para cometerlos también da lugar al título de asociación ilícita. Esto demuestra que aunque no hubiera podido confirmar el procesamiento por esa calificación legal, jamás podría haber sobreseído. Debería haber mandado a reanudar la investigación bajo ese parámetro o norte normativo.

Lo mismo cabe para los encubrimientos por receptación, porque la correspondencia o comunicaciones recibidas si no procedían del delito de espionaje, procedían del de violación de secretos (art. 153 del CP según ley 23.077, vigente al momento de los hechos). El encubrimiento no exige que el delito precedente sea de acción pública.

Y tampoco conducía a un sobreseimiento la comprobación de que un posible cambio de calificación de los mismos hechos en esta instancia, configuraría una violación al principio de congruencia entre la imputación y la decisión judicial (derivado del derecho de defensa en juicio, art. 18 CN), porque, a lo sumo, ello habría impedido confirmar el procesamiento bajo una calificación distinta, pero nunca sobreseer.

La intimación a los imputados de haber integrado una asociación ilícita para cometer hechos de espionaje no es más que una calificación jurídica, es decir, la forma en lenguaje penal en que la juez de grado llamó a los hechos. Si los hechos son los mismos, una banda



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

destinada a interceptar comunicaciones electrónicas, no viola la congruencia que eso sea calificado como asociación ilícita para espionaje o asociación ilícita para violar correspondencia electrónica. Aquella imputación en las declaraciones indagatorias no ató a los jueces y de ningún modo habría generado una sorpresa a la defensa que le hubiese impedido ejercer su ministerio.

Esto pone de manifiesto el error en que incurrió la Casación, pues la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín había concedido los recursos de casación interpuestos por las defensas contra la resolución que había confirmado un procesamiento sin prisión preventiva de los imputados y un rechazo de nulidad (del procesamiento de Reimundes), al solo efecto de que la Casación se expidiera sobre los agravios de naturaleza federal planteados por las partes, pero no por todos los demás.

Los autos de procesamiento contaban con el doble conforme y los imputados estaban en libertad, por lo cual faltaba el requisito de resolución equiparable a definitiva por sus efectos ya que no causaban un agravio de imposible o tardía reparación ulterior, que habilitara la competencia de la Cámara de Casación en su carácter de órgano judicial intermedio a los fines del art. 14 de la ley 48.

Ahora, en esta instancia, la apertura de este recurso se basa en una gran confusión al considerar que la invocación de cuestión federal permite sortear el requisito de sentencia definitiva o equiparable a

tal por sus efectos. Son requisitos distintos. De hecho, los precedentes de la Corte que cita son de sentencias finales o de casos de gravedad institucional, doctrina ésta que es la que permite suplir la ausencia del requisito de sentencia definitiva (como el *per saltum* permite sortear el requisito de superior tribunal, etc. etc.).

C.2.3. Por lo demás, al resolver sobre el fondo del caso en forma prematura, el sobreseimiento dictado por la Sala III también resulta arbitrario en tanto lesiona el principio de igualdad de armas, que exige la igualdad entre las partes, equilibrio entre la defensa y acusación. Concretamente, se vedó a la Fiscalía la posibilidad de demostrar los extremos de la imputación, lo cual afecta las potestades constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 299: 17; 308: 1557; 328:1874 y 329: 5323).

C.2.4. La resolución impugnada también resulta arbitraria porque del agravio anterior surge con claridad que se dictó un clásico sobreseimiento por calificaciones jurídicas y no por la inexistencia de delitos de los hechos denunciados (CFCP, Sala I, c. 16.254, reg. 16.254, reg. 20473.1, “Medina, José Ricardo s/rec. de casación”, rta. 30/11/12).

Este grupo de agravios identificados bajo la sigla C.2., constituyen casos de arbitrariedad sorpresiva, no previsibles para esta parte ante un simple recurso de casación de la defensas contra un auto de procesamiento sin prisión preventiva. La Corte Suprema ha sostenido que el planteamiento oportuno del caso no tiene que exigirse al litigante cuando la cuestión nace con la sentencia que se recurre por carecer del debido



fundamento (Fallos: 237: 292; 306: 1663; 310: 1602 y 313: 62) y que no es tardía la cuestión federal no previsible en una oportunidad anterior (Fallos: 299:17).

D. Otros requisitos.

Finalmente, existe gravamen federal y relación directa e inmediata entre la inteligencia de la norma federal que propondré y/o la verificación de las causales de arbitrariedad denunciadas en la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal. Ello es así toda vez que si se interpretase la ley conforme el criterio aquí sostenido y/o se removiese la arbitrariedad, necesariamente habría de cambiar el sentido de la decisión, y quedaría sin efecto el sobreseimiento dictado.

III. Antecedentes – Sentencia recurrida

La Juez a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de San Isidro procesó, el 14 de septiembre de 2012, a Juan Bautista Yofre por los delitos de asociación ilícita, espionaje y sustracción de registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público (arts. 255 y 210 del CP y art. 2 de la ley 13.985); a Pablo Alfredo Carpintero y a Héctor Roberto Guillermo Alderete por los delitos de asociación ilícita y espionaje (art. 210 del CP y art. 2 de la ley 13.985); a Carlos Orlando Pagni, Edgar Walter Mainhard y Roberto Ángel García por los delitos de obtención de secretos por revelación y encubrimiento agravado (art. 222, segundo párrafo, y art. 277, inc. 1, apartado c), e inciso 3, apartado b), del CP); y a Néstor Carlos

Ick y Daniel Manuel Reimundes por encubrimiento agravado (art. 277, inc 1 apartado c), e inciso 3, apartado b), del CP).

Se imputó a Yofre, Alderete y Carpintero, haber interceptado correos electrónicos oficiales y privados de distintos funcionarios del gobierno nacional, cuanto menos desde agosto de 2006 hasta junio de 2008. Ello, con la finalidad de buscar y comercializar datos e información diversa de orden político, económico, social y militar que debía permanecer secreta en función de la seguridad y las relaciones exteriores de la Nación, material que luego giraron a terceras personas que lo adquirieron para darle un fin distinto al que estaba destinado.

El método de los nombrados Yofre, Alderete y Carpintero consistía en la interceptación de correos electrónicos por técnicas de “hacking” y “phishing”, para luego bajar la información obtenida en casillas receptáculos que compartían con Reimundes, García, Pagni, Ick y Mainhard quienes, no obstante poseer conocimiento de que ella había sido ilegalmente conseguida, accedían y hacían uso de ella.

El 23 de agosto de 2013 la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó los procesamientos de los nombrados. En el caso de Yofre descartó la figura de sustracción de registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Respecto de García, Pagni, Ick y Reimundes confirmó el procesamiento en orden al delito de encubrimiento agravado reiterado.



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Las defensas de Yofre, García, Pagni, Ick y Reimundes recurrieron en casación dicha resolución. La defensa de Mainhard adhirió al recurso de Yofre.

El 16 de marzo del presente año, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dictó la sentencia que a continuación se transcribe y que aquí se impugna.

IV. Sentencia recurrida

En el primer voto se expone que la naturaleza de los agravios invocados decidió el trámite del recurso de casación en los términos del artículo 465 primera parte y 466 cuarto párrafo del CPPN y que “más allá del límite puesto al conocimiento de los autos de procesamiento en tanto adolecen del requisito objetivo de ser sentencias definitivas o a ella equiparables, el que se encuentra bajo examen resulta en el caso asimilable a un pronunciamiento de esa naturaleza. La imposible o tardía reparación ulterior de los agravios, la aplicación analógica y extensiva de una ley federal –art. 2º de la ley 13.985- invocada, al igual que la violación al principio de legalidad y la arbitrariedad del pronunciamiento, fueron considerados al tomar la decisión, que se sustentó, por ende en la existencia de una cuestión federal suficiente de ser examinada en esta instancia (Fallos 315:615)”.

Agrega “que abierta como está la instancia, no habrá de limitarse a examinar los agravios contenidos en este recurso de casación,

sino a todas las cuestiones que atañen al proceso y a todos los imputados sometidos a la jurisdicción.”

Como se puede ver, estos razonamientos no se apoyan en ley alguna que los autorice. La Cámara abre su competencia más allá de los agravios de los recursos y del auto de concesión de las apelaciones, y luego, más allá de su competencia apelada que le impedía tratar el fondo del caso en este momento procesal.

Luego de reseñar la resolución dictada por la Cámara Federal de San Martín considera que el *thema decidendum* es la determinación de los alcances del artículo 2 de la ley 13.985.

A ese fin se remite al contexto histórico y político nacional e internacional, al mensaje del Poder Ejecutivo, al debate parlamentario de la ley y al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Fiscal c/Wolf Guerrero, Carlos Guillermo s/ av. infr. Ley 13.985” (Fallos: 315:615).

En ese orden resalta que la intención legisferante fue “defender al Estado de sujetos al servicio de alguna potencia extranjera o a los individuos capaces de vender la patria...”; que se “busca asegurar la defensa de los sagrados intereses nacionales sujetos en la época presente principalmente, a posibles ataques ocultos de agentes y agrupaciones que respondiendo a intereses opuestos a los de la Nación pretendieran debilitar su potencial integral”; la “represión de hechos que hacen fundamentalmente a la seguridad nacional y a la personalidad de nuestro país en el concierto de las naciones”; que “lo que esta ley se propone en virtud de una afirmación argentina, es reprimir y extirpar, si fuera posible, toda acción



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

extraña que quiera minar o socavar, venga de donde venga, los cimientos de la Nación”.

Recuerda el escenario internacional existente en 1950 cuando se sancionó la ley: la post-guerra, los conflictos de EEUU y la ex Unión Soviética, la guerra de Corea, contexto en el que “proliferaban graves actos de traición, espionaje y sabotaje”.

En función de ello afirma que “el bien jurídico tutelado por la ley especial es la incolumidad de la Nación que, asociado a ese marco histórico político, explica la severidad de sus disposiciones y el apartamiento de los principios tradicionales del derecho penal.”

Luego destaca que la vida pacífica de la Argentina a nivel internacional contribuyó a la casi inexistencia de situaciones de espionaje lo cual explica la falta de precedentes “por ello se hace necesario acudir a los principios generales que inspiran nuestro derecho penal, al par que a pautas de metodología interpretativa.”.

Aquí me detengo para introducir una anotación. Desde 1950 hasta aquí tuvimos dos conflictos internacionales (uno, el limítrofe con Chile y, el otro, el de Malvinas e Islas del Atlántico Sur con Gran Bretaña). De modo que no es correcto lo que allí se señala. A ellos se deberían sumar los casos corrientes de espionaje sin guerras mediante resueltos por vía diplomática. Una cosa es que no haya jurisprudencia o que no se procesen judicialmente, y otra que no existan casos espionaje...

Señala la resolución aquí impugnada que en el debate parlamentario de la ley se expuso que para lo secreto “se requiere que sea una «noticia», el conocimiento de una cosa, noción, información de cosa abstracta, que no puede confundirse con la cosa o el documento que eventualmente la contenga, sin excluir, por otra parte, que se refiera a cosa o documento.” Y que esa calidad o condición “...debe resultar de una voluntad explícita o implícita del Estado, manifestada antes de que se realice por el sujeto activo de la infracción penal, la búsqueda, la revelación, la remisión o el aprovechamiento, y debe permanecer o subsistir al momento que tal ocurra.”.

Afirma que en la causa “ninguna voluntad del Estado en ese sentido se ha encontrado”.

Luego toma otra línea argumental y razona que la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación Argentina requiere la publicidad de sus actos, sin perjuicio de aquellos que resulten de necesaria reserva o secreto porque se vinculan con la seguridad interna o las relaciones internacionales del Estado (Fallos: 322:2139).

Cita a Badeni, quien sostiene que: “...existen datos que al momento de su producción no deben ser difundidos. Ciertas reuniones secretas de los órganos gubernamentales son necesarias. También existen documentos públicos cuya difusión no se compadece con los intereses del Estado o con la reserva que sobre ellos garantiza la ley a los particulares. Pero de todas maneras, su reserva o secreto deben ser transitorias o constituir una razonable excepción a la regla general de la publicidad,



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

mientras perduren las razones de orden público que justifican tal medida” (Libertad de Prensa, pág. 360 y ss., Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2002).

Considera el voto que: “el desaprensivo análisis hecho en las decisiones examinadas conduciría a la arriesgada conclusión de que toda la información del dominio de un funcionario público, reviste necesariamente la categoría de un secreto de estado cuya vulneración conlleva un acto de espionaje sancionable bajo las previsiones de la ley 13.985.”

Sostiene que la información o noticia “secreta” del artículo 2º de la ley de espionaje es aquella que el Estado determine explícita o implícitamente por legítimas razones de interés nacional.

La norma alude a noticias, documentos, informaciones u objetos de orden político, social, militar o económico que deban permanecer secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación; agrega que “si lo que se ‘debe’ es resguardar a la Nación de la divulgación de un secreto que pueda afectar sus altos bienes jurídicos, se deriva naturalmente que su transmisión es rigurosamente secreta, confidencial y reservada”; en ese orden resalta el “desprotegido y descuidado envío por correo electrónico” verificado en la causa.

Recuerda que el Modelo de Política de Seguridad de la Información vigente para todos los Organismos de la Administración

Pública reglamenta la seguridad del envío de información por sistemas electrónicos de oficina; implementa controles criptográficos para la protección de información en base a un análisis de riesgo efectuado, con el fin de asegurar una adecuada protección de su confidencialidad e integridad (art. 10.3 y ss.) y prevé sanciones para el propietario de la información frente al incumplimiento de dicha política, de naturaleza administrativa y en su caso penal cuando su conducta constituya un comportamiento considerado delito en el Código Penal y leyes especiales (art. 12.4).

Destaca que ninguno de quienes eran poseedores de esas informaciones les dio la relevancia de secreto de estado con posible afectación de la seguridad nacional, la defensa o las relaciones exteriores de la Nación.

Afirma que el cotejo del contenido de los correos electrónicos permite vislumbrar que el bien jurídico protegido por el artículo 2º de la ley 13.985 no había sido alcanzado, ni por su carácter ni por su forma de comunicación.

En ese orden expone que la Juez Federal atribuyó a Yofre haber procurado y obtenido ilícitamente 267 correos electrónicos de diversos funcionarios del gobierno nacional y que, “sin embargo, en el apartado titulado los secretos obtenidos’ y sin explicación alguna, ciñó esa calidad sólo a 16 sucesos, cuyo contenido omitió so pretexto del peligro que implicaría su difusión para la seguridad nacional, la defensa y las relaciones



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

exteriores” (hechos n° 11, 36, 38, 40, 60, 64, 83, 108, 118, 125, 128, 147, 168, 228, 229 y 239) “privando de esa calidad a los otros 251 hechos.”

Así concluye “O sea que los restantes hechos mencionados en la resolución pero cuyos contenidos omitió, no quedaron incluidos entre los dieciséis hechos calificados relevantes a nivel político en los términos del artículo 2 la ley 13.985, de donde se extrae la intrascendencia de los asuntos transmitidos”.

Considera que “ninguno de los asuntos a que se refieren los e-mails tiene entidad como para perjudicar al Estado en los bienes jurídicos indicados en la Ley de Espionaje.”

Luego reseña los tres mails que “al menos” podrían convertirse en espionaje para la Cámara Federal de San Martín.

De un modo descalificador, afirma que “En otro dislate valora la Sala de la Cámara interviniente, como secreto de Estado (hecho n° 38) al impulso y eventuales modificaciones a un proyecto de ley relativo a restricciones y sanciones civiles y penales para las personas físicas o jurídicas que se dediquen a explorar o explotar recursos pesqueros, mineros o de hidrocarburos de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur”. Porque, argumenta la Casación: “Vale la pena destacar que esa contingencia propia de todo proyecto de ley, no hubiera superado el obstáculo traído en la ley 26.134 promulgada el 24 de agosto de 2006 que dejó “sin efecto el carácter secreto o reservado de toda ley que haya sido sancionada con tal condición” (art 1°), con la única excepción fijada en

el art. 5º, que carece de relación con este caso. Es decir, que habiendo quedado prohibidas las leyes de carácter secreto, al proyecto de ley con ese carácter le tocaba la misma imposibilidad.”

Y sigue: “Pero siguiendo con el repaso de la resolución, se observa que para la Cámara, el hecho nº 83 se relaciona con ‘... los trabajos de medición de la plataforma continental cuyos resultados la Argentina había presentado ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, en cumplimiento de lo estipulado en la XI Reunión de Estados Parte de CONVEMAR, cuestión que era conocida por el Reino Unido de Gran Bretaña.”

“Y por último, catalogó en la forma señalada los correos incorporados en el hecho 239, porque ‘versaban sobre una cuestión conocida, que era el valorar la opinión de los habitantes de las islas Malvinas ante la ONU.”

Sostiene que “se trataba de cuestiones conocidas aún en los términos del fallo bajo examen. Es decir, sencillamente que los secretos de Estado cuya vulneración se atribuyó de alguna manera, sea como captor, transmisor, o receptor, lejos de ser secretos de estado, eran en parte, información conocida.”

“Los medios de comunicación utilizados por los funcionarios públicos para la transmisión de información no eran los indicados para el envío o circulación de contenidos secretos o reservados en los estrictos términos de la ley 13.985, ni por ende tenían las características supuestamente otorgadas, que hubieran sido necesarias



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

para llegar a los procesamientos de los sujetos involucrados en este expediente por las figuras delictuales atribuidas.”

Afirma que “ese particular encuadre jurídico” conlleva la ampliación prohibida del tipo penal”

Luego considera que “desvirtuado el ajuste legal de los hechos al delito de espionaje de la ley 13.985, art. 2º, se diluye la imputación relativa a la asociación ilícita efectuada a Yofre, Alderete y Carpintero porque “la forma y los términos de esas imputaciones delictuales efectuadas en las respectivas indagatorias vinculándolas a acciones destinadas a burlar secretos de Estado, obsta a toda modificación de su alcance y sella la suerte de un espionaje inexistente.”

Sostiene que “En efecto, el hecho de haber ceñido las intimaciones formuladas a tenor del artículo 210 del Código Penal exclusivamente a un espionaje (a integrar una agencia ilegal de espionaje, según la jueza federal) que no se verificó, desapodera a esa aludida organización de su finalidad delictual, necesaria para su subsistencia.”

“Algo similar despeja la configuración del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro, endilgado a Carlos Pagni, Roberto García, Néstor Ick, Edgard Mainhard y a Daniel Reimundez, a tenor del artículo 277, incs. 1, c), y 3, b), según ley 25.815, del Código Penal.

Y agrega “Nótese la imposibilidad de incurrir en encubrimiento por receptación de ‘aquello que provenía de un hecho ilícito

(espionaje)', según remarcó la Alzada, que, por lo ya visto nunca se hubo configurado”.

Analiza el posible encuadre de hechos en algún tipo penal distinto y considera que podrían configurar el delito de violación de secretos previsto en el art. 153 del CP, que es un delito de acción privada, cuya acción no fue legalmente promovida y estaría prescripta.

Por último descalifica la actuación de la Juez Federal por “su intempestiva decisión de impulsar un incidente de nulidad cuya sustancia abarcaba piezas sometidas al estudio de esta Sala” y reputó el sobreseimiento dictado por la magistrada como un acto jurídico inexistente

El segundo voto del auto interlocutorio que pone fin a la acción de la Sala III de la CFCP, coincide con el primero en el sentido descartar el delito de espionaje porque “ninguno de los correos interceptados ostentaban el carácter de secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación” y también descartar la asociación ilícita porque fue específicamente relacionada con la supuesta y única finalidad de cometer hechos de espionaje. “Ello impide en el caso –y atento al tiempo transcurrido- a tenerla por configurada para cometer otros delitos conjeturales –como por ejemplo, la violación de secretos del art. 153 del CP-, si es que se pretende respetar el principio de congruencia y el derecho de defensa de los acusados.”

Sigue: “A similar razonamiento puede arribarse respecto de las acusaciones que fueran dirigidas por el delito de encubrimiento con



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

ánimo de lucro de hechos supuestamente constitutivos de espionaje, pues al haber caído la significación jurídica del suceso principal, igual suerte habrá de correr su posible encubrimiento”

En cuanto al posible encuadre de los hechos como violación de secreto, señala que es un delito de acción privada que no fue legalmente promovida y además podría estar prescripta.

En el último voto se hace referencia al bien jurídico tutelado por el art. 2 de la ley 13.985 y se descarta la comisión del delito de espionaje en forma coincidente con el primero.

Agrega que el carácter secreto debe ser de interpretación restrictiva porque en virtud del principio republicano consagrado en el art. 1 de la CN la actuación o información de los organismos del Estado son públicas, principio del cual deriva el derecho constitucional de los ciudadanos de acceder a la información del Estado a fin de ejercer control sobre las autoridades. Considera que en este marco “toma especial preponderancia la libertad de expresión y de prensa...por el lugar que ocupa, se debe tener una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, aunque ello no se traduce en asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 324:2895, 324:4433)”

Descartada la subsunción jurídica de la conducta imputada en el art. 2 de la ley 13.985 considera que debe suprimirse, por lógica, también la imputación por los delitos de asociación ilícita y de encubrimiento agravado.

En cuanto a este último porque no se cometió un delito ejecutado por otro, a lo cual sumó “en la particular situación de los periodistas involucrados, el amparo de su actuación a la luz de la libertad de expresión y de prensa, sometidos desde ya, a las normas que reglamentan su ejercicio”.

Como en los dos votos anteriores, considera que dado que “la imputación dirigida por la intervención en la asociación ilícita (ya sea como miembro o jefe) tuvo como supuesto contenido haber formado parte de una organización dedicada al espionaje... descartada la figura del art. 2 de la ley 13.985 se desapodera a la organización de su finalidad delictual, elemento, como ya se señalara, básico para la configuración del tipo penal bajo examen.”

También como los otros dos magistrados concluye que las conductas investigadas podrían configurar alguno de los supuestos delictivos previstos en el art. 153 del CP” pero se trata de un delito de acción privada, que no fue legalmente promovida.

## VII- Fundamentos del recurso

### A. Ausencia de competencia.

Si bien las cuestiones planteadas en el recurso de casación de la defensa podrían calificarse como cuestiones federales (así, la inteligencia del delito del art. 2 de la ley de espionaje N° 13.985), ello no permite sortear la exigencia de “sentencia definitiva o equiparable a tal por sus efectos” para habilitar la instancia de casación. La Sala decidió imprimir al recurso el trámite del art. 465 del CPPN pese a que la decisión



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

impugnada no constituye ninguno de los supuestos previstos en el art. 457 del CPPN.

Un auto de procesamiento sin prisión preventiva podría ser revisado por la Cámara de Casación si no contara con doble conforme, en razón de ser un “auto procesal importante” de acuerdo a los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 17/94 (“Guillermo Maqueda”) y N°55/94 (“Juan Carlos Abella”) y la jurisprudencia de la Cámara de Casación (Plenario “Blanc” y Sala IV c. 11629, “Tofalo”, reg.13045.4, 9/3/10 entre otros).

Pero aquí, el procesamiento dictado por la Juez Federal ya tenía el doble conforme porque había sido confirmado por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín.

Luego, satisfecho ese principio de jerarquía constitucional (art. 8.2.h C.A.D.H), la Cámara de Casación sólo podría revisar un auto de procesamiento en su carácter de órgano judicial intermedio si se plantearan cuestiones federales y si causaren agravios de imposible reparación ulterior. En cambio aquí, el auto de procesamiento confirmado por la Cámara de San Martín se dictó sin prisión preventiva, con lo cual no causaba un agravio de imposible o tardía reparación ulterior.

La Sala III afirma “la existencia de una cuestión federal suficiente que debe ser examinada en esta instancia” y cita Fallos: 315:615. Del precedente sólo surge que la interpretación de la ley federal N° 13.985 comporta cuestión federal pero no fundamenta la habilitación de la instancia

de casación, porque en aquel caso se había recurrido una sentencia condenatoria mientras que aquí se trata de un procesamiento sin prisión preventiva.

También consideró “que abierta como está la instancia, no habrá de limitarse el presente a examinar los agravios contenidos en este recurso de casación, sino a todas las cuestiones que atañen al proceso y a todos los imputados sometidos a la jurisdicción.”

De ese modo, con perjuicio al debido proceso de esta parte acusadora, que se vio impedida de argumentar sobre todos los aspectos del caso que no formaban parte del recurso de la defensa ni de su parcial concesión por la cámara de apelaciones, la Sala se arrogó una competencia de la que carece.

Pero además, la Sala incurrió en autocontradicción. Contradijo su postura anterior en la misma causa, ya que el 24/8/10 declaró mal concedidos los recursos de casación interpuestos por las defensas de Yofre y Reimundes contra la decisión de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín que había confirmado el rechazo de la nulidad planteada. Para así resolver nos recordó que el ordenamiento procesal establece una limitación objetiva para la procedencia del recurso de casación que, por principio, exige sentencia definitiva o equivalente. Que son definitivas las que ponen fin al pleito o hacen imposible su continuación y se equiparan a ellas por sus efectos los que ponen fin a la acción, la pena o hacen imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena. Así y con el argumento de que el art.



457 del CPPN no contempla la decisión impugnada, declaró mal concedido el recurso de casación. Esa decisión fue suscripta por dos de los jueces que dictaron la resolución aquí impugnada.

Sorprende el inexplicable cambio de criterio de la Sala, porque el rechazo de nulidades, como el rechazo de la prescripción o el de revisar un auto de procesamiento sin prisión preventiva, etc. etc., nunca fueron considerados resoluciones que causaran gravámenes irreparables o de insuficiente o insusceptible reparación ulterior. Desde el punto de vista legal, tampoco el auto de procesamiento está contemplado en el art. 457 del CPPN y sólo implicaba la obligación de seguir sometido a proceso. En el presente caso la Sala debía haber declarado también inadmisibile el recurso para ser coherente con su anterior intervención en la causa.

Como ya se dijo más arriba, la Sala creyó que la presencia de una cuestión federal era suficiente para sortear el requisito de resolución equiparable a definitiva.

#### B. Sobreseimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque por alguna vía la Casación hubiese tenido habilitada la instancia, tampoco procedía el sobreseimiento en la instancia.

En primer lugar corresponde señalar que la Sala III sólo analizó los 3 e-mails que la Cámara de San Martín había considerado que podrían “al menos” configurar el delito de espionaje.

Ahora bien, en el auto de procesamiento dictado por la Juez Federal se le imputó a Yofre haber procurado y obtenido ilícitamente 267 correos electrónicos y se restringió el carácter secreto a 16 e-mails.

Frente a ello aunque aquellos 3 e-mails no fueran secretos, subsiste la posibilidad de sostener que tienen ese carácter los restantes porque no existe ningún pronunciamiento firme que los excluya.

Por eso, el sobreseimiento dictado además de arbitrario en el sentido indicado, lesiona el principio de igualdad de armas, que exige la igualdad entre las partes, equilibrio entre la defensa y acusación. Ello es así en tanto le ha vedado a la Fiscalía la posibilidad de demostrar los extremos de la imputación lo cual afecta las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que también amparan al Ministerio Público Fiscal (Fallos: 299:17; 308:1557; 328:1874 y 329:5323).

Por otra parte, como se adelantó, aunque se considerara que no se configuró el delito de espionaje, subsistiría la imputación por el delito de asociación ilícita destinada a “hackear” o interceptar correos electrónicos ajenos y, por lo tanto, la conclusión contraria de la Sala III deviene arbitraria.

La Sala sostiene que descartado el espionaje cae también el delito de asociación ilícita imputada a Yofre, Alderete y Carpintero, “el hecho de haber ceñido las intimaciones formuladas a tenor del artículo 210 del Código Penal exclusivamente a un espionaje (integrar una agencia ilegal de espionaje, según la jueza federal) que no se verificó, desapodera a esa aludida organización de su finalidad delictual, necesaria para su



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

subsistencia”; “descartada la figura del art. 2 de la ley 13.985 se desapodera a la organización de su finalidad delictual, elemento básico para la configuración del tipo penal bajo examen.” La asociación ilícita fue específicamente relacionada con la supuesta y única finalidad de cometer hechos de espionaje; “ello impide en el caso –y atento al tiempo transcurrido- a tenerla por configurada para cometer otros delitos conjeturales –como por ejemplo, la violación de secretos del art. 153 del CP-, si es que se pretende respetar el principio de congruencia y el derecho de defensa de los acusados.”

A mi modo de ver, la conclusión anterior les impidió ver que podían proseguir la causa por los mismos hechos bajo otra calificación legal. La finalidad de sobreseer a todos los imputados fue puesta de manifiesto ya en la admisibilidad del recurso.

La asociación ilícita es un delito autónomo, formal, que afecta el bien jurídico orden público y que se consuma en el momento en que tres o más personas se asocian con el objeto de cometer delitos en forma indeterminada. No exige que estos delitos sean de acción pública. La asociación ilícita lo es.

Se castiga por el sólo hecho de formar parte de la asociación ilícita en carácter de miembro, organizador o jefe, en forma independiente del o los delitos que se pudieran intentarse o cometerse en cumplimiento de su objeto. Por lo tanto si la asociación intenta o comete un delito éste concurra en forma real con el art. 210 del CP.

En ese sentido se sostiene “la existencia de un concurso real entre el delito de asociación ilícita y los que se cometen en cumplimiento del objetivo de aquélla, ya que la asociación es autónoma e independiente del o de los delitos que a través de ella se cometan” (D’ Alessio, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Tomo II, 2da. Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 1043; Aboso, Gustavo Eduardo, *Código Penal de la República Argentina, Comentado, concordado con jurisprudencia*, Ed. B de f, 2012, pág. 1125).

Más específicamente, acerca de la total autonomía que se le asigna a la asociación ilícita, se afirma: “a) que no reconoce subsidiariedad alguna, la comisión de los delitos pluralmente planificados no desplaza la punibilidad instituida por el art. 210, ni siquiera por la sola circunstancia de que se hayan cometido todos los delitos que eran materialmente posible cometer... b) que cada uno de los miembros de la asociación responde por los delitos en que haya intervenido, pero no por los que, cometidos en cumplimiento de los objetivos de la asociación, no hayan recibido su participación en cualquier nivel” (Creus, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 2, 4ta. edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 112).

En ese orden la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Stancanelli” (Fallos: 324:3952) estableció que la asociación ilícita no requiere la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución.



Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal

En consecuencia, aunque se descartara el espionaje, subsiste la imputación por la asociación ilícita, lo cual es suficiente para dejar sin efecto el sobreseimiento y ordenar que continúe el proceso en orden a aquél delito.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la Sala afirma que la asociación ilícita fue específicamente relacionada con la supuesta y única finalidad de cometer hechos de espionaje, pero de la misma sentencia surge –cuando reseña la resolución de la Cámara recurrida en casación- que “...los encartados conformaron una estructura que tenía por objeto la comisión de diferentes hechos ilícitos y en la cual cumplían diferentes funciones. Se interceptaban correos electrónicos de funcionarios públicos y, a partir de la información obtenida, por su carácter trascendente o no, se establecía si ella resultaba beneficiosa para la organización y se decidían nuevos cursos de acción a seguir, pudiéndose afirmar, *prima facie*, a partir de la variedad de objetivos que se fijaron previamente y de los que iban surgiendo, que se encuentra presente la indeterminación delictiva requerida por la norma... En esta dirección,...no puede perderse de vista, de modo indiciario, que no únicamente se habían interceptado correos de funcionarios públicos sino que esa actividad se llevó a cabo también con personalidades públicas.”

Esto es, que la asociación ilícita no fue vinculada exclusivamente al delito de espionaje sino también al de violación de secretos previsto en el art. 153 del CP, sin perjuicio de que no proceda la

persecución independiente por este delito en virtud de que la acción penal que es privada, no había sido legalmente promovida.

En conclusión, la Casación ha incurrido en un sobreseimiento por calificaciones jurídicas, lo cual es descalificable como acto jurisdiccional válido. Así la jurisprudencia sostiene que “Debe anularse el sobreseimiento que se basó en el descarte de una calificación jurídica y no en la inexistencia de un hecho delictivo” (Cam. Fed. Casación Penal, Sala I, c. 16693, reg. 21213.1 “Quiroga, Gabriel s/rec. de casación” 13/06/13).

En uno de los votos se expuso que no podía tenerse por configurada la asociación para cometer otros delitos conjeturales “si es que se pretende respetar el principio de congruencia y el derecho de defensa de los acusados.”

El criterio que propicia esta Fiscalía en modo alguno menoscaba los principios de congruencia o el derecho de defensa en juicio en razón de la etapa del proceso.

En efecto, en el ordenamiento procesal vigente la instrucción es netamente preparatoria, el objeto del proceso queda fijado recién en el juicio oral y público, más precisamente al concluir la acusación del Ministerio Público Fiscal o del querellante (sin perjuicio de la ampliación de la acusación durante el debate).

El desarrollo de la instrucción en procura de la finalidad establecida en el art. 193 del CPPN conlleva la posibilidad de que el hecho, provisoriamente descrito en alguno de los actos válidos de promoción, en



la indagatoria y en el auto de procesamiento, se modifique. La imputación adquiere una configuración más estable y precisa en el requerimiento de elevación a juicio y se prevé la posibilidad de que se amplíe el objeto procesal durante el debate siempre que se asegure el derecho de defensa (art. 381 del CPPN).

Lo decisivo será que tales modificaciones no afecten el derecho de defensa. En el caso, la etapa que transita el proceso permite garantizar el derecho de defensa. Lo único que exige el principio es la congruencia con los hechos (Fallos: 330:5020; 329:4634; Maier, Julio B. J.; “Derecho Procesal Penal”; Buenos Aires, 1996, Tomo I, pág. 568).

De lo hasta aquí expuesto se concluye que las variaciones del hecho y de las calificaciones legales a lo largo del proceso sólo resultarán inválidas si llegasen a afectar el ejercicio del derecho de defensa, extremo que debe descartarse en autos.

#### C. Interpretación del art. 2 ley 13.985

La Sala III ha efectuado una interpretación de la norma federal que reputo errónea, lo cual es fácilmente verificable por las consecuencias a que da lugar. Baso mi pretensión punitiva en la misma ley federal y la resolución ha sido contraria a la potestad invocada con fundamento en esa norma.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “La hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del

resultado” (Fallos: 324:2153). “El valor del resultado de la interpretación ocupa un lugar decisivo dentro de la teoría de la hermenéutica. La interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial” (Fallos: 321:2767). “La regla que impone la inteligencia estricta de las normas penales no excluye al sentido común en el entendimiento de los textos de dichas normas, a fin de evitar un resultado absurdo que no pueda presumirse querido por el legislador” (Fallos: 320:2649).

La interpretación de la Sala conlleva la impunidad de una asociación ilícita con actividades de espionaje, integrada por ex agentes de inteligencia y por el ex jefe de la ex SIDE, que interceptaba mails de la ex Presidente y el ex Vicepresidente de la Nación, el Jefe de Gabinete, los Ministros de Defensa, Relaciones Exteriores, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros funcionarios, para luego venderlos a personas que conocían su origen espurio, en violación a todas las normas legales y con riesgo para las relaciones exteriores y la seguridad nacional.

La Sala III interpreta la ley 13.985 atendiendo al contexto histórico y político nacional e internacional, al mensaje del Poder Ejecutivo, al debate parlamentario de la ley sancionada en 1950.

Pero en el caso, la interpretación resulta anacrónica; hoy la ley sigue vigente y, pese a que las circunstancias de hecho actuales son



*Ministerio Público de la Nación*  
*Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

distintas de la época de su sanción, el legislador la ha mantenido. Y la mantiene porque si bien han cambiado las circunstancias mediante las cuales se lo puede ofender, el bien jurídico es el mismo. Hoy los ataques a la defensa y seguridad nacional, o a las relaciones exteriores, se pueden realizar a través de la cibernética y sin moverse desde un mismo lugar, inclusive muy alejado del territorio nacional. Si antes una carta privada de un presidente o de un ministro era algo que se consideraba inocuo para los intereses públicos, hoy eso ya no es más así. Una comunicación con Gran Bretaña sobre las Malvinas o la plataforma continental, puede resultar dañina en manos de terceras potencias. Lo mismo ocurre con la agenda presidencial o la de un mandatario visitante. No importa que sea conocida por los interlocutores, ni que sea conocida por el público una vez producida, sino que su reserva proviene del o los datos que contienen y del contexto en que se producen.

En ese sentido, es regla de hermenéutica “que las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, y en especial la Constitución, tiene por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 236:642; 241:291); dicho en palabras de Arthur Kaufmann, "el 'sentido de la ley' nunca se deja descubrir sin el sentido; sin la 'naturaleza' de la situación vital que se juzga" (Fallos: 330:4988).

La ley no dice que sea información secreta, declarada secreta por algún acto administrativo, ni que los funcionarios tengan el deber de encriptar todo lo que envían o reciben (sobre lo cual argumenta la Casación, como si la responsabilidad de la violación de secretos recayera en el funcionario que no fue precavido al mandar sus mensajes), sino que se limita a decir que deba permanecer secreta. Con ello, queda claro que se trata de un sabio giro verbal del legislador, que le permite perdurar en el tiempo, y que deja librado al intérprete la calidad de la acción de ocupar el mensaje, el cual, inclusive, puede ser distinto que el del propio emisor del mensaje que, por torpeza o candidez, da a conocer por ese medio poco seguro aspectos que hacen a la seguridad nacional.

Así, para excluir el espionaje la Sala argumenta también que si la transmisión de la información que deba permanecer secreta en función de la seguridad, la defensa o las relaciones exteriores de la Nación, se efectúa de un modo desprotegido y descuidado por correo electrónico, la información no tiene carácter secreto.

Pero como se acaba de señalar, la ley nada dice sobre el modo de transmisión de la información y por ende tampoco puede sostenerse que el carácter secreto dependa de aquél. Si el funcionario no cumple con las disposiciones de seguridad para la transmisión de información vía mail, como las establecidas en el Modelo de Política de Seguridad de la Administración Pública, o no usa el sistema “Movdoc” (movimiento de documentación) del Ministerio de Relaciones Exteriores para información clasificada o reservada, ello podrá acarrear su



*Ministerio Público de la Nación  
Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

responsabilidad administrativa o eventualmente penal (art. 10 de la ley 13.985) pero no obsta a la imputación del delito doloso de espionaje al sujeto activo. Poner a cargo de la víctima la comisión de un delito por terceros viola una regla de lógica básica. Las normas penales no se dirigen a las víctimas, si no a los potenciales autores.

Luego, la Sala ha efectuado una interpretación de las normas aplicables al caso que las desvirtúan y tornan inoperantes, lo cual equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos (Fallos: 320:2841).

Por un lado se miraron los hechos desde la ley que reprime el espionaje (ley 13.985), cuya errónea interpretación es la que lleva a los jueces entender que la maniobra no se subsume en el tipo penal allí descripto; y, por el otro, se sostuvo que la posible violación de correspondencia (según el art. 153 clásico del C.P.) no resulta viable por ser un delito de acción privada.

Puntualmente, en autos se investiga el delito previsto en el art. 2 de la ley 13.985 que castiga al que procurare, buscare, revelare, remitiere o aprovechara noticias, documentos, informaciones u objetos de orden político, social, militar o económico que deban permanecer secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación.

Es decir, castiga al que “espía”, simple, sencillo de entender.

En esa línea, respecto a la acepción del vocablo “secreto” contenido en el tipo penal en estudio, surgen de la sentencia una serie de errores en la interpretación que tornan inoperante la norma.

Nada tiene que ver en el caso la forma republicana de gobierno adoptada por la Nación Argentina que manda la publicidad de sus actos, sin perjuicio de aquellos que resulten de necesaria reserva o secreto porque se vinculan con la seguridad interna o las relaciones internacionales del Estado (Fallos: 322:2139). Porque existen infinidad de actos que deben permanecer secretos y donde lo único que es público es su resultado. Ejemplo, los acuerdos de los jueces en los tribunales colegiados o cualquier conversación con nuestros relatores sobre los antecedentes, estudio y propuestas a adoptar en cada caso. Todos ellos, anteriores a las sentencias o dictámenes. Lo público son las sentencias o los dictámenes, no el proceso de elaboración que, sin embargo, para terceros puede mostrar muchas cosas del pensamiento de los magistrados o de las circunstancias del caso, muchas cosas “que deben permanecer en secreto”.

Lo mismo ocurre con las negociaciones políticas para las leyes, los decretos, los actos de gobierno, en los cuales aunque el contenido no sea secreto en sí mismo, por el contexto en que se da, esa confidencialidad está implícita.

Y ello se corresponde con la cita que hace uno de los jueces del jurista Badeni (Libertad de Prensa, pág. 360 y ss., Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2002), de la que se extrae con claridad que hay



*Ministerio Público de la Nación*  
*Fiscalía General N° 1 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

datos que al momento de su producción no deben ser difundidos, y reconoce, si bien en forma transitoria, la existencia de un ámbito de reserva o secreto mientras existan razones de orden público que justifican la medida.

Pero además, el delito es de peligro, con lo cual queda descartada la necesidad de que el indebido conocimiento de la información deba perjudicar efectivamente al bien jurídico. Basta con que lo pueda poner en riesgo. La defensa nacional, los intereses exteriores de la Nación, etcétera, se pueden poner en riesgo mediante diversas conductas de la misma ley, como por ejemplo si alguien se trepa y asoma a la pared exterior de un cuartel militar para mirar o para sacar fotos de su interior, aunque del otro lado de esa pared se encuentre la cancha de fútbol del regimiento (y no el arsenal, o alguna otra dependencia crítica), habrá cometido alguno de los delitos previstos en los arts. 4 y 5 de la misma ley. El hecho no puede ser interpretado como que no vulnera aspectos de la defensa nacional porque en ese lugar no hay ninguna dependencia importante, sino que es precisamente el conocimiento de que en ese sector no hay nada importante, lo que pone en peligro la defensa. En infinidad de casos es tan importante saber qué es lo que hay como lo que no hay. A veces es más relevante la forma que el contenido de una comunicación. No tanto con quien se comunica alguien, sino con quién no se comunica o a través de quienes lo hace. Hasta el itinerario de un mandatario de estado

de visita en el país puede ser una información que deba permanecer secreta a los fines de la seguridad, defensa o relaciones exteriores del país.

En la sentencia se sostiene que en definitiva la información es “secreta” para el art. 2 de la ley de espionaje cuando el Estado así lo determine explícita o implícitamente por legítimas razones de interés nacional. Y en esa línea, además de criticar y cuestionar el medio utilizado por los funcionarios para comunicarse mediante un medio desprotegido como lo es el correo electrónico, indica que “ninguno de los asuntos a que se refieren los e-mails tiene entidad como para perjudicar al Estado en los bienes jurídicos indicados en la Ley de Espionaje.”

No puede desprenderse el concepto de “secreto” de la ley en la que se enmarca, o sea la de espionaje, que es espiar, por ende es la puesta en peligro del bien jurídico protegido, sin necesidad de que se llegue a un secreto de estado. En eso resulta clara la ley, que dice “deberán” permanecer en secreto y no que “sean” secreto, ello reconduce a una valoración del contenido en razón del contexto en el que se emitiera el mensaje. Y en este punto me remito a lo criticado de los errores de interpretación de la norma a los que ya aludí, cuando no puede analizarse el contenido de los mails y su “secreto” en función de lo que pretendió proteger el legislador en los años cincuenta.

La doctrina ha considerado que tal calidad “debe resultar de la voluntad del Estado pudiendo estar establecida por una disposición de carácter particular o general e incluso puede resultar de la naturaleza misma del objeto o asunto” (D’Alessio, Andrés, “Código Penal de la Nación”



comentado y anotado, Tomo III, Leyes Especiales, La Ley, 2010, págs.195).

Así enseña Manzini que el secreto "...no tiene necesidad de declararse explícitamente: puede manifestarse también implícitamente, en forma general, o sea, en relación a un determinado círculo de asuntos, o en forma particular, es decir, a consecuencia de la especial naturaleza del asunto de la cosa que se considera..." (Manzini, V., Tratado de Derecho Penal, Tomo 6, Ediar, 1957, pg. 249).

No debe olvidarse que, en definitiva el delito en cuestión es de peligro. En los delitos de peligro "se desvincula la acción del resultado", "lo que determina la punibilidad de la conducta es la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos" (Fallos: 321:160). En el precedente "Wolf Guerrero" (Fallos: 315:615) la Corte Suprema, con remisión al dictamen del Procurador General sostuvo que "la ley tipifica en el artículo 2do. lo que en el debate parlamentario se denomina 'espionaje indiciario o presunto' que es un delito de peligro".

El bien jurídico protegido por la ley de espionaje es la seguridad de la nación, por lo que no puede depender de su efectiva lesión, el bien jurídico estatal, es de mero riesgo o potencial, debe ser una referencia que explica la dirección e idoneidad de la conducta y la define y distingue como 1) espionaje o 2) como de acceso ilegítimo a la correspondencia ajena. Hay que ver el contexto. Y para ello, no importa que entre emisor y destinatario fueran conocidas las comunicaciones.

Tampoco puede descartarse el secreto del contenido mediante explicaciones y deberes de cómo deben protegerse los mensajes (encriptación); de ese modo pone en cabeza de la víctima la carga de evitar que la victimicen. Si un funcionario apurado escribe una directiva que debe permanecer en secreto en un papel que le confía a un mensajero, ante su ocupación por un tercero la situación típica también se presentaría. No es la víctima la que tiene competencia para obturar la comisión de los delitos que comenten los terceros. No es correcto identificar las tareas de prevención de delitos con las circunstancias que eliminan algún elemento del tipo penal. Esto se ve claramente en cualquier delito contra la propiedad. Que dejemos la puerta abierta, no le da derecho a nadie a entrar y apoderarse de nuestras cosas allí existentes.

No puede alegarse que los medios de comunicación utilizados para la trasmisión de la información no eran los adecuados para el envío o circulación de contenidos secretos o reservados en los estrictos términos de la ley 13.985, ello implica culpar a la víctima, cuando en definitiva el funcionario tiene que observar cuidados a los fines administrativos. Además, el razonamiento hoy en día cae por imperio de la propia realidad. Los expertos aseguran que es prácticamente imposible mantener el secreto de nuestras comunicaciones frente a los avances tecnológicos.

Como se ve, ninguna relación guarda con el caso el decreto de reglamento de acceso a la información pública, ni la libertad de



prensa (buscar y recibir información), ni la transparencia de los actos de gobierno.

En este sentido, debe señalarse que como el delito de espionaje es un delito de peligro su punición está atada al potencial riesgo que genera su ejercicio, sin que sea necesario que la información que se obtiene sea utilizada de modo determinado para atentar contra el país o sus autoridades. En palabras de la ley, para la configuración del tipo sólo basta que se procure la obtención de la información, sin que resulte exigencia del tipo que ocurra un perjuicio concreto a la seguridad nacional.

Ello no puede desvincularse de que la gran mayoría de cualquier tipo de ataque a un mandatario de cualquier Estado constituye ataques al Estado mismo. Es prácticamente imposible distinguir la función que desarrolla de su vida privada, pues mientras dura su mandato se encuentra durante las veinticuatro horas al servicio de la Nación y nos representa a todos, salvo lo que queda obviamente exento porque hace a su vida íntima.

De modo que la interceptación de la correspondencia con terceros también constituye un ataque a ese bien jurídico bajo la especificidad del medio empleado.

Como se puede ver, distintas son las vías por las cuales la sentencia impugnada debería ser revocada.

#### VIII- Petitorio

Por todo lo expuesto a solicito:

1.- Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación en la causa FSM 2253/2012/5/CFC4 (reg. 213/16).

2.- Se conceda el recurso y se eleven los autos a la Corte Suprema para que se deje sin efecto la resolución impugnada y se ordene que, por ante quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Proveer de conformidad, será justicia