

## **OPOSICIÓN A LA ELEVACIÓN A JUICIO y NULIDAD**

Señor Juez:

**Adrián R. Tellas** (CPACF 63-897), abogado defensor de **Juan Manuel Ducler**, con domicilio constituido en Tte. Gral. Perón 1186, piso 2º “A” (tel. 43820142) y el electrónico 23229604449, **en la causa nº 75.110/2017, caratulada “Brugo, Pablo y otros”, a V.S. digo:**

### **I**

#### **Objeto**

En la oportunidad prevista por el art. 349 CPP, me opongo a la elevación de la presente causa a juicio e insto el sobreseimiento de mi asistido Juan Manuel Ducler.

Pero independientemente de eso, no puedo dejar de señalar un vicio que afecta al requerimiento de elevación a juicio de la querrela, pues al considerar que la conducta objeto de la causa encuadra en el delito de extorsión (art. 168 CP) y no en el chantaje (art. 169 CP) por el que se decretó oportunamente auto de procesamiento, no se está simplemente ante una distinta subsunción legal de un hecho único, sino ante una modificación de la plataforma fáctica, lo que afecta la congruencia procesal.

## II

### **Fundamentos de la presentación**

#### **1. Nulidad**

En el auto de procesamiento se circunscribió el objeto procesal del siguiente modo: *“HECHOS INVESTIGADOS: A Juan Manuel Ducler, a Pablo BRUGO y a Alejandro Sánchez Kalbermatten se les atribuye haber exigido la entrega de veinte millones de dólares americanos...mediante **amenazas de imputaciones contra el honor**”* (fs. 545).

En cambio ahora, el querellante, al requerir la elevación de la causa a juicio, atribuye *“A Juan Manuel Ducler, Pablo Brugo y Alejandro Sánchez Kalbermatten... haber exigido la entrega de veinte millones de dólares estadounidenses... **como condición para abstenerse de realizar falsas imputaciones que afectarían, entre otros, el derecho al honor**...”*.

Como se advierte, en la medida en que la primera de las piezas procesales (que al decir del plenario “Blanc” de la anterior Casación Nacional, circunscribe el objeto procesal) se habla de *imputaciones contra el honor*, mientras que en la segunda se refiere a *abstenerse de realizar imputaciones falsas* que afectarían otros derechos además del *honor*, no se trata simplemente de un cambio de calificación legal, como lo postula el querellante, sino de una modificación sustancial de la plataforma fáctica.

Y la modificación de la plataforma fáctica no viene únicamente en el calificativo de “falsas” de las imputaciones contra el honor (adjetivo que no encuentra reflejo en las constancias de la causa), sino en que se atribuyen conductas que no tienen nada que ver con las restrictivas que se tuvieron en cuenta en el auto de procesamiento.

Resta destacar que la congruencia procesal, que aquí se vio lesionada, es un derivado de la garantía del debido proceso (arts. 18 y 75, inc. 22, CN), y que de conceder validez al requerimiento de la querrela que aquí se contesta. Por lo expuesto pido se decrete la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, siquiera parcialmente respecto del tramo vinculado a las imputaciones que no se vinculan con la afectación al honor sino a los “*otros*” derechos “*entre*” los cuales estaría el honor de los querellantes.

## **2. Oposición a la elevación a juicio**

El único modo en que se ha podido arribar en este caso a que existió delito de chantaje es mediante una errónea interpretación del tipo penal en juego. Y la propia descripción de la conducta, tanto en el requerimiento acusatorio de la querrela como en el de la fiscalía, denota la existencia de ese error.

Ocurre que el núcleo de la acción regulada en el art. 169 CP (por remisión al art. 168) no es la de *exigir* sino la de *obligar*.

Eduardo Aguirre Obarrio (“El delito de chantaje”, LexisNexis-Histórica, Buenos Aires, 2005, pág. 333) lo explica con suficiente claridad:

Dice el ... Código Penal “...el que *por amenaza* de imputaciones contra el honor o revelación de secretos *obligue a otro* a entregar, enviar, depositar...”.

[...]

... aparentemente, bastaría que el chantajista incitase a su víctima a hacer algo para que ya la hubiera obligado, con lo que los requisitos que la ley penal exige para declarar integrado ...el delito, se hallarían reunidos con la sola exigencia...

Esto es, ni más ni menos, lo que ocurría en el derecho penal alemán, donde el tipo comenzaba “el que *para procurarse* a sí mismo o a un tercero...”.

[...]

En consecuencia, la palabra “obligar” importa el hecho de que realmente haya acaecido lo que se pretende, por lo menos en nuestro país.

Si el legislador hubiera querido dar un cariz diferente al precepto, habría expresado: “el que amenazare con obligar a la entrega” y no “el que por pedido de amenazas obligue a la entrega”.

Lo propio destacaba David Baigún en un exhaustivo análisis del estado de la jurisprudencia sobre otro tópico del que nos ocuparemos más adelante (“Tentativa de extorsión. “Delito experimental”, punibilidad”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 5, n° 9 a 12, Depalma, 1976, pág. 340):

...los jueces han partido de una plataforma correcta; ubican como núcleo del modelo descrito en el art. 168 el verbo “obligar”..., pues, como bien lo señala Jiménez de Asúa..., la función del “verbo es la de delimitar la acción más que condenarla”.

Más adelante, el mismo autor (Baigún, ob.cit., pág. 342), ya adentrándose en la cuestión de la idoneidad del delito en supuestos

experimentales –como el que nos convoca–, agrega un principio general que asimismo es útil para atender la tipicidad que aquí la acusación entiende completa con la simple “exigencia” de dinero:

Una *exigencia*, aun enérgica y agravante, no alcanza a convertirse en intimidación si no infunde miedo a quien la sufre... [Y.] *ónticamente el proceso de obligar necesita ...la configuración de una intimidación*”.

Si analizamos bajo este paradigma la descripción de las conductas que han efectuado las acusaciones en las requisitorias de elevación a juicio, nos encontraremos con que sólo cuentan con una “exigencia” de dinero, pero bajo ningún aspecto atribuyen a mi asistido una *intimidación* o una conducta que bajo la modalidad de esa intimidación haya configurado el verbo típico “obligar”.

No solo no existió esa conducta por parte de Juan Manuel Ducler, a quien sencillamente se lo coloca en una situación muy secundaria a la intervención del resto de los imputados, sino que incluso no puede hallarse en el comportamiento de los abogados Sánchez Kalbermatten y Brugo, que fueron quienes condujeron las tratativas que habían planteado a Ducler como un convenio de confidencialidad remunerado que, en todo momento, mi asistido entendió que era perfectamente legal en tanto estaba impulsado por sus propios abogados.

Nótese sobre esto último, que las propias acusaciones hacen mérito del relato efectuado por Sánchez Kalbermatten en uno de

los encuentros, en los que él dice que tuvo que convencer a Ducler de que ésta era una opción perfectamente legal y menos conflictiva, cuando Ducler inicialmente no quería ninguna negociación con quienes él entendía que tenían algún tipo de incidencia en el motivo de la muerte de su padre.

Pero, en cualquier caso, el único tramo en el que se indica que existió un pedido dinerario, no lo fue en tono intimidante ni mucho menos con la modalidad típica de “obligar”. Y si se estima, como lo hacen los acusadores, que sí existió una amenaza –proferida en momento diferente del pedido dinerario– de atentar contra el honor de los querellantes, no puede perderse de vista que, a diferencia del verbo típico (obligar), la amenaza es un medio, que por sí solo no tipifica la conducta ni determina la idoneidad de la conducta.

Pero en cualquier caso, como explicaba Sebastián Soler, *“Lo que califica el medio como extorsivo es su idoneidad para atemorizar o intimidar”* (“Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 1946, pág. 304). Y, para los casos en que *“el sujeto pasivo quedó apostado en el lugar en que hizo el depósito o dio cuenta a la policía y ésta se encontraba en vigilancia”*, Soler alertaba que *“en algunas de estas hipótesis la amenaza parece no haber tenido efecto alguno. Por lo tanto, para juzgar de la existencia de tentativa, será preciso examinar la idoneidad del medio conminatorio para inducir a temor, aun cuando en concreto no haya sido eficaz”* (ob.cit., pág. 315).

Quien se ha ocupado con mayor detenimiento del análisis de estas hipótesis fue David Baigún, como lo anticipamos precedentemente. En su trabajo ya citado analiza con suficiente solvencia los casos en los que la actividad de la supuesta víctima delata la inidoneidad de la conducta atribuida al chantajista (o al extorsionador, según los casos analizados por Baigún), ya sea porque el sujeto pasivo tiene siempre el control de la situación o porque hace intervenir a la justicia (policía) en el control de la situación.

Pero, en cualquier caso, lo que corresponde analizar previamente es si el medio empleado por el sujeto activo es idóneo. Y eso se determina *“dentro del contexto de acción, analizando no sólo el significado de cumpulsión, sino también los restantes elementos en que la amenaza se produce: las condiciones del sujeto pasivo, modalidades de la conducta, circunstancias de tiempo, lugar, etc.”* (Baigún, ob. Cit., págs. 345-6).

No se puede prescindir, en este momento del análisis, de aquello que destacamos en negrita de la transcripción del párrafo de la obra de Baigún. Estamos hablando de miembros de un grupo empresario del que basta leer las noticias que por estos días reflejan los periódicos o los portales de noticias de internet para forjarse una idea cabal de quién se trata. No puede escapar al elevado criterio de V.S. que uno de los miembros de esa familia empresaria fue fotografiado departiendo en el marco de una cena con un juez federal

que tuvo que autodenunciarse por asumir esas conductas con una persona que debió haber investigado en una causa de su jurisdicción.

Si a ese marco le sumamos que los abogados que en representación del grupo empresario participaron de las reuniones en que videofilmaron a sus colegas (Sánchez Kalbermaten y Brugo), dejaron en claro en todas las reuniones que por parte de sus representados no había ningún interés en detener las divulgaciones que Ducler venía haciendo ya con anterioridad al inicio de esas charlas sobre ciertos aspectos de interés público, con datos que incluso esos interlocutores juzgaron ya conocidos por la opinión pública, lo que cabe concluir es que la supuesta “amenaza” o “intimidación” con la que se pretendía *obligar* a los Eskenazi es francamente inidónea.

Otro elemento del contexto de comportamiento que debe evaluarse para concluir con tal aserto es que, en definitiva, la actitud asumida por quienes intervinieron como interlocutores de los sujetos pasivos de la supuesta conducta reprochada es claramente alejada de la que asume quien ciertamente siente temor por la concreción de la conducta anunciada por quien le exige dinero. El hecho de grabar desde varios ángulos las reuniones pautadas, de dar noticia a la justicia y de concertar con el personal policial la entrega controlada de un paquete sellado de dinero, más se asemeja a una *venganza* que a una victimización por chantaje.

Para terminar de comprender esto último que se lleva dicho, es decir la *venganza*, no puede escapar al criterio de V.S. lo que también anticipamos: la conducta supuestamente lesiva del honor que se atribuye a Ducler haber amenazado, en puridad ya la había concretado antes de la primera reunión. Toda la información, incluida la que ahora la querrela refiere que sería objeto de una denuncia ante la SEC o ante el FBI, ya era de público y notorio. Como lo es ahora. Cualquier fiscal podría haberla recogido e instar la acción penal. Pero, como se ve, hay jueces federales que no sólo no dieron curso a ninguna investigación en contra de los Eskenazi, sino que uno en particular, que ya tiene a su disposición el contenido de esa información incorporado en una causa en trámite ante su juzgado, por el contrario, mantuvo un cordial encuentro gastronómico con uno de ellos.

Cuadra recordar, si de venganza hablamos, que el estado público que tomó la noticia de la entrega controlada del dinero en el marco de la presente causa, denota el poco interés que el grupo empresario podía tener en que trascienda y tomen mayor relevancia las apreciaciones e información que Ducler había hecho y haría sobre el caso. Ciertamente, la amenaza de divulgar la información que ya venía exteriorizando Ducler en distintos medios e incluso ante organismos públicos, a los querellantes no les importaba. Sólo encontraron servida en bandeja la oportunidad de la venganza y la aprovecharon.

Pero la atipicidad de la conducta no queda únicamente demostrada con la ausencia de una conducta tendiente a obligar al sujeto pasivo a hacer entrega de un dinero, ni tampoco su análisis de agota con la ausencia de cualquier idoneidad en la amenaza o intimidación que se juzga delictiva en los requerimientos acusatorios, que bajo ningún aspecto afectó la libre autodeterminación de las supuestas víctimas (¡imaginen si quien se sienta a cenar con el Juez Federal que debe investigarlo puede sentir pavor frente a Ducler!). La atipicidad viene dada principalmente por otra circunstancia: la legitimidad de la conducta con que supuestamente se amenaza.

Ya Francesco Carrara señalaba que para que exista extorsión “*el daño que se amenaza debe ser injusto*” (“Programa de Derecho Criminal”, Volumen IV, tomo 6, Temis, Bogotá, 1959, §2138). Y para mayor claridad agrega:

Si la víctima de un hurto o un esposo engañado amenazan con la muerte al ladrón o al adúltero, si no les pagan una indemnización, serán ...responsables del ejercicio arbitrario de sus propios derechos, pero no de extorsión, pues exigen algo que creen debido; **pero si amenazan únicamente con querrela, aun cuando ésta pueda representar un daño grave, me parece que ya no serían responsables de ninguno de esos delitos.**

...pues el que amenaza con recurrir a la justicia, no tiene intención de ofenderla... Puede haber duda en caso que la suma exigida como pago del silencio fuera *mayor* que la que se debe como indemnización, y algunos afirman que habría extorsión a causa de este exceso; lo dudo, porque el daño con que se amenaza no deja de ser justo.

Con la misma posición pero respecto de nuestro ordenamiento jurídico se pronunció en su hora Ricardo C. Núñez

(“Delitos contra la propiedad”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 265). Y lo hizo sobre un aspecto que ciertamente cobra superlativa importancia en el caso de autos, previo analizar además el tema de la idoneidad; veamos:

Lo que la ley requiere, para que exista intimidación, es sólo que el acto del agente *obligue* a la víctima por el temor de ver afectado algo que le interesa... [Para] establecer si el acto del agente ha obligado o no a la víctima... se debe proceder con puntos de vista totalmente relativos, teniéndose en cuenta especialmente, la **calidad de la víctima** y del autor y las circunstancias de lugar y tiempo de la amenaza.

... **El temor de la víctima debe referirse a un *interés legítimo* del extorsionado, porque de otra manera, protegiéndose sus intereses ilegítimos, el derecho penal dejaría de ser sancionatorio de intereses jurídicos, para convertirse en protector de la ilicitud.**

Lo que las acusaciones denominan amenaza de imputaciones contra el honor (del grupo empresario de la familia Eskenazi), no es más que noticias de público y notorio, que además revisten importancia institucional, por hallarse involucrado patrimonio del Estado (nacional y provincial), empresas públicas y juicios internacionales contra el Estado Argentino por conductas que se le atribuyen a quienes dicen haber sufrido temor ante las alocuciones de las tres personas aquí imputadas, y particularmente, según parece, de una aparición de dos de ellos en un almuerzo de Mirtha Legrand.

En cualquier caso, lo que se ha perdido de vista es quién es quién en este caso y, particularmente, qué es lo que supuestamente podría afectar el honor de los querellantes, y cómo esto último se vincula con el tipo penal que estamos analizando.

Para comprender adecuadamente por qué sostenemos que no hay delito en este caso, creemos conveniente nuevamente hacer nuestras algunas reflexiones de Ricardo C. Núñez (ob.cit., pág. 297):

La figura del artículo 169 del cód. penal supone siempre la concurrencia, por lo menos en grado de tentativa, de una injuria (art. 110) o de una calumnia (art. 109), cuando el medio extorsivo consiste en una imputación contra el honor (La carta, el mensaje o el anuncio privado que menciona la imputación a publicarse, volviéndose así difamatoria, importa ya una injuria o calumnia consumada, pues la consumación de los delitos contra el honor se alcanza también mediante la lesión del honor subjetivo o estimación propia).

Recuérdese que en el marco de las conversaciones videofilmadas por las sedicentes víctimas se menciona el contenido de las divulgaciones contra el honor que incluso en papel se le permitió consultar a un abogado del grupo empresario. Y más allá del poco interés que despertaba para los interlocutores ese contenido, como así su divulgación –por denuncia, querrela o almuerzo televisivo–, lo cierto es que en cualquier modalidad lo que supuestamente se temía era una injuria o una calumnia, porque de otro modo el tipo penal no se ve integrado en sus elementos objetivos.

Dicho de otro modo: para que haya chantaje por “amenaza de imputaciones contra el honor” (art. 169 CP), tiene que haber, según hemos visto que sostiene la más autorizada doctrina, la amenaza de divulgación de una calumnia o injuria (una que ya se haya hecho o que esté latente). De lo contrario falta un elemento del tipo penal.

Y, en este caso, como la información que supuestamente lesionaría el honor de los querellantes son “*expresiones referidas a asuntos de interés público*” (fondos de Santa Cruz, compra de YPF, juicio contra el Estado Nacional actualmente en trámite, etc.), quedan fuera de la tipicidad de los arts. 109 y 110 del Código Penal, lo que determina, consecuentemente, que también afecten la tipicidad del art. 169 CP.

Claro que todo esto es sin perjuicio de la ausencia de dolo en la conducta de Juan Manuel Ducler.

Para evaluar la ausencia de dolo, no puede prescindirse de la circunstancia de que él asistió en todo momento a reuniones en el domicilio de los querellantes (esto tiene que ver con los parámetros de idoneidad de la amenaza, de los que hablan los autores citados), y que lo hizo acompañado por custodia policial que conocía sus movimientos e incluso oía sus conversaciones, pues allí se intervinieron sus líneas telefónicas. Se trata, como es de público y notorio, de una medida de custodia que le impuso el Juez Federal Lijo como consecuencia de las amenazas sufridas por la familia de Juan Manuel Ducler luego de la muerte de su padre. A nadie se le puede ocurrir que mientras estaba así vigilado (bien que para su custodia personal) pudiera estar urdiendo intencionalmente un chantaje.

Y, fundamentalmente, hay que tener presente que en todo momento Ducler creyó que el asesoramiento de sus abogados –uno de los cuales le insistió en intentar ese acuerdo de confidencialidad remunerado– versaba sobre un comportamiento perfectamente ajustado a derecho.

Desde esta perspectiva, en el peor de los casos, no puede predicarse que Juan Manuel Ducler haya tenido conciencia de la supuesta ilegitimidad de la exigencia que se le hacía al tercero, lo que fue visto por la jurisprudencia como excluyente del dolo requerido por la figura delictiva (CCCCF, Sala II, “Azic”, rta. 21/11/2007).

Y en cualquier caso, el hecho de estar participando de una negociación asesorada por sus abogados y en la que intervenían abogados de la parte contraria, jamás le pudo hacer sospechar que estaba obrando contrario a derecho. Es un caso claro, en el peor de los casos, de error de prohibición excusable.

Sobre el tema se ha dicho que *“Un error de dicha especie, incluso imputable al autor, excluye el dolo, porque este último exige no sólo el conocimiento del tipo legal en cuanto expresa materialidades, sino también el de las significaciones jurídicas que a veces estructuran las conductas punibles y cuya ignorancia no le permite al autor comprender que realiza el hecho que genera su responsabilidad”* (CNCrim. y Correc., Sala VI, 13/4/82, “Corpa de Alonso, Lucía”, LL 1982—D, 517).

Y en casos similares al presente se afirmó que “... *está clara, a la luz del relato del causante, que éste habría obrado bajo el influjo de un **error de derecho extrapenal** ... equiparable al de hecho y por tanto con aptitud para excluir el dolo en los términos del art. 34 inc. 1º CP*” (Jurisprudencia Argentina Nº 5034, del 22/2/78, se cita: Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, 1953, Tº 2, pág. 82; Ricardo C. Nuñez, "Derecho Penal Argentino", Tº 2, pág. 110. E. R. Zaffaroni, en su "Tratado de Derecho Penal", Parte General, Buenos Aires, Ediar, 1981, Tomo III, pág. 320 y ss., también considera causal excluyente de la punibilidad al error de derecho, aunque por diferente razonamiento, ya que emplea una exégesis amplia del art. 34, inc. 1, del C.P., concluyendo que “... *el art. 34, inc. 1º del CP abarca tanto el error de hecho como el de derecho...*”, mientras que la ignorancia es la que se circunscribe a las cuestiones de hecho).

Y, en casos como el de autos, “*El magistrado ante un caso de error no debe examinar si el agente erró o no sobre la apreciación de la ley, sino si quiso o no cometer un hecho con conciencia de su ilicitud, tomando en cuenta su integro comportamiento*” (CNCrim. y Correc., Sala IV, “Soto, Lorenzo”, 17/10/91), es lo que se da en llamar la “conciencia potencial de lo injusto”, es decir, “*la posibilidad del autor de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido*”(ídem).

En el supuesto de Juan Manuel Ducler, el error en que pudo haber incurrido derivó del asesoramiento de los profesionales que él consideraba entendidos en la materia que se trataba. Entonces, habiendo actuado con toda la diligencia que estaba a su alcance, debe concluirse en que el error es invencible pues, como se dijo, “*es exculpable el error acerca del ejercicio de un derecho si fue determinado por ... asesoramiento técnico*” (CNCrim. y Correc., Sala VI, “Romay, Juan C. y otros”, 19/11/65, LL. tomo 121, pág. 430).

### III

#### **Petitorio**

Por todo lo dicho, solicito de V.S. que tenga por presentada en tiempo y forma la oposición a la elevación a juicio y el planteo de nulidad, para que previa sustanciación se resuelva sobreseer a Juan Manuel Ducler.

Proveer de conformidad, Será Justicia.