M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA

///nos Aires, 18 de MARZO de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

Para decidir acerca de la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la parte querellante en la causa nº 1596/2013 del registro de esta Sala II, caratulada: "Menem, Carlos Saúl s/recurso de casación".

Y CONSIDERANDO:

Los señores jueces doctores **Pedro R. David** y **Alejandro W. Slokar** dijeron:

1º) Que por decisión de fecha 20 de septiembre de 2013 en la causa nº 1934 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 4, los magistrados Néstor Guillermo Costabel, Patricia G. Mallo y Enrique Mario Pose resolvieron, en lo que aquí interesa: "**I.- DECLARANDO DE OFICIO LA NULIDAD PARCIAL** del requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs. 4082/4102, del auto de procesamiento de fs. 3983/3988 y de todo lo actuado en consecuencia, en relación a los delitos previstos en los arts. 293 y 248 del Código Penal atribuidos al imputado Carlos Saúl Menem respecto de los cuales no ha sido indagado (arts. 167 inc. 2 y 3, 168, 307 y concordantes del C.P.P.P.N. y 18 de la C.N.).- **II.- DECLARANDO DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** derivada del presunto ilícito previsto en el art. 268 (3) del Código Penal y, en consecuencia, **ABSOLVIENDO** a Carlos Saúl **MENEM**, de las demás condiciones personales obrantes en el exordio, **SIN COSTAS** (arts. 2, 65, inciso 3º, 67 -versión leyes 25.188 y 25.990- del Código Penal, 402, 529 y 531 -a contrario sensu- y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación)" (cfr. fallo de fs. 5489/vta. y 5513/vta., cuyos fundamentos obran a fs. 5514/5534vta.).

Contra dicha decisión los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Oficina Anticorrupción en su calidad de parte querellante, respectivamente, interpusieron sendos recursos de casación a fs. 5535/5542 y 5543/5558vta., que concedidos a fs. 5560/5562, fueron mantenidos en esta instancia a fs. 5570 y 5573.

2º) Que, los remedios casatorios interpuestos deben ser declarados inadmisibles en la instancia.

Liminarmente, en punto al recurso incoado por los representantes del Ministerio Público Fiscal, cabe señalar que el pronunciamiento atacado -más allá de su acierto o no- ha sido sustentado razonablemente por el *a quo*, y -en este sentido- no se advierte ni se ha podido demostrar en concreto que se trate de una resolución que les genere un agravio, según se pretende.

Efectivamente, se esgrime en el escrito de casación: "…la absoluta inexistencia de un estado de indefensión por parte de Menem…" [desde que] "…la defensa expuso argumentos destinados a justificar la atipicidad de la conducta de Menem con relación a los tipos de los arts. 293 y 248 del CP, lo que demuestra que esta calificación no ha sido sorpresiva para él". Asimismo se agregó que: "…si se tiene en cuenta la estrecha relación que existe entre el tipo del art. 268.3 y los tipos de los arts. 293 y 248, no parece que sea razonable sostener que añadir la calificación del 293 y 248 implique un 'cambio brusco' que provoque sorpresa en la defensa", y que "…si esas tres figuras penales refieren a un único y mismo hecho a los efectos de la vigencia del principio *ne bis in ídem*, entonces al mismo tiempo hay que admitir que también lo hacen a los efectos del principio de congruencia".

Sin embargo, de acuerdo a lo que arroja la lectura del instrumento actuarial de fs. 5491/5513vta., la Fiscal General durante su alocución sobre las cuestiones preliminares planteadas por la defensa del imputado afirmó que: "[e]l tema acá que se trata de resolver, es en el momento en que el Sr. Carlos Saúl Menem presenta su declaración jurada el día 6 de octubre del año 2000, era funcionario público o no era funcionario público, porque si se le imputa el art. 293, […] desde [su] punto de vista con esta cuestión, […] sólo puede ser realizado por un funcionario público, entonces, en ésa comisión [sic] **falta el elemento funcionario público, porque ese día el Sr. Carlos Saúl Menen, no era funcionario público, según [su]criterio**" y que "**[n]o adviert[e], la concurrencia de circunstancias de hecho que, de darse, podrían razonablemente propiciar la subsunción típica en los términos del art. 293…**" (el resaltado no obra en el original).

En ese orden, cabe entender que la recurrente no alcanza a demostrar el agravio que le habría generado la declaración de

nulidad parcial resuelta a través del punto "I" de la decisión venida en impugnación. En efecto, tal como quedó consignado *supra*, para la representante de la *vindicta* pública, al tiempo del acaecimiento del suceso juzgado, el imputado no revestía la condición de funcionario público, elemento que debe conformar el sujeto activo en los tipos penales involucrados en el dispositivo en crisis.

De otra banda, sobre el restante aspecto de la cuestión formulada inherente a la vigencia de la acción penal en relación al art. 268 párrafo tercero CP, viene dicho en la presentación casatoria que: "…el tipo penal del artículo 268 no se encuentra prescripto y que la ley aplicable es aquella vigente al momento de los hechos [ley nº 25188]" [y que ésta] "…establece como pena conjunta a la de prisión (de entre quince días a dos años) la de inhabilitación especial perpetua".

Asimismo se sindicó [con remisión a un precedente de otra sala de este colegio] que: "…la prescripción de la acción se rige, en principio, respecto de la pena cuyo plazo de prescripción es mayor, que no necesariamente coincide con el de aquella más grave en los términos del artículo 5 del C.P.".

De tal suerte, se concluyó que: "…la pena de inhabilitación que corresponde al delito es una pena conjunta con un plazo que excede los dos años de la prevista para la pena privativa de libertad…".

Ahora bien; con base en las constancias del acta labrada en ocasión de la audiencia celebrada, se observa que, puntualmente sobre este extremo, la aquí recurrente, tras señalar los distintos actos del presente proceso con entidad interruptiva -a su criterio- del término de la prescripción, dictaminó que "…**no ha pasado el término de los dos años que constituye el máximo del art. 268 (3)**" (el resaltado no es del original).

En este orden, corresponde relevar que el planteo que ahora se ensaya de extender el plazo de la vigencia de la acción penal que se deriva de la figura legal aplicada al término de la pena de inhabilitación prevista conjuntamente resulta tardío, habida cuenta que la representante del Ministerio Público Fiscal omitió oportunamente formular referencia alguna a la pena conjunta de inhabilitación, y ciñó el plazo al máximo de la pena de prisión prevista en la normativa en cuestión. De este modo, conforme se dejó constancia al inicio, se impone la

inadmisibilidad del recurso de casación del Ministerio Público Fiscal.

De otra parte, respecto al recurso de casación deducido por los representantes de la Oficina Anticorrupción, que se cimenta en la errónea aplicación de la ley sustantiva al momento de resolver la cuestión del transcurso de la acción penal del art. 268 (3) CP, la respuesta habrá de seguir la misma suerte que la brindada con relación a la censura evaluada precedentemente.

Así, conforme se extrae de los términos de la presentación impugnaticia de la Oficina Anticorrupción, se denuncia "…la errónea aplicación del art. 62 del C.P., en función del artículo 268 (3) de dicho cuerpo legal; toda vez que el plazo extintivo no es de dos (2) años como sostiene el auto en crisis, sino de cinco (5) años, puesto que el delito en cuestión tiene prevista pena de inhabilitación especial perpetua (conforme el art. 62, inc. 3, del C.P.)", por lo que se sostiene que la acción penal no está prescripta, tal como viene resuelta.

En este sentido, nuevamente al reparo de las constancias que resultan del documento actuarial del transcurrir de la audiencia (art. 363 y ccds. CPPN), cabe dejar anotado que la defensa tuvo ocasión de manifestar que: "…el delito enrostrado al Dr. Menem es el de Omisión Maliciosa, receptado por el art. 268, inciso 3…" [y que] "[l]a pena para tal supuesto es de dos años, período ya cumplido en exceso"; maguer lo cual, cuando cupo la palabra al representante de la Oficina Anticorrupción se indicó que: "…de acuerdo a la calificación legal del hecho según surge del auto de procesamiento y los respectivos requerimientos de elevación a juicio de las partes acusadoras, la escala penal se establece con el supuesto más gravoso, esto es, lo [sic] seis años previstos como pena máxima por el delito del art. 293 del Código Penal", y concluyó "…que la acción penal se encuentra vigente".

De este modo, al igual que en la hipótesis fiscal, y tal como se anunció anticipadamente, el agravio se presenta tardío.

Efectivamente, en el debate la querella omitió formular la debida objeción para la posición de su parte, y adecuó su planteo al plazo de la figura más gravosa del concurso que, desde su óptica, resultaba aplicable, cuando -tal como se lee precedentemente- la asistencia técnica del encausado insistió, por un lado, que el encuadre legal de imputación era el del tipo penal de la omisión maliciosa prevista en el art. 268 (3) CP y,

por otro, que debía estarse al plazo de los dos años de la pena de prisión allí prevista.

En estas condiciones, la recurrente no demuestra tampoco un agravio concreto, propiciando el rechazo en este aspecto de la crítica.

Por último, en relación a la siguiente censura que trae al estudio de este colegio inherente a la declaración de nulidad proclamada por el *a quo* con abono en la vulneración del principio de congruencia, el recurso se presenta también inadmisible porque carece de la debida fundamentación que impone el art. 463 del ceremonial. Ello así, desde que no alcanza a rebatir adecuadamente los fundamentos brindados en el pronunciamiento en crisis.

En este sentido, cabe señalar que si bien la casacionista invoca arbitrariedad de la sentencia, no logra acreditar los vicios que alega, limitándose su presentación a expresar su disconformidad con la solución adoptada.

Así es, el pronunciamiento cuestionado ha sido sustentado razonablemente y los agravios de la parte sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (Fallos: 302:284; 304:415; entre otros).

La decisión cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros).

Sobre el particular, interesa recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que la parte estime tales según su criterio divergente, sino que atiende sólo a supuestos en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 293:344, 274:462; 308:914; 313:62; 315:575), todo lo cual no se advierte en el caso.

Para finalizar, cabe poner de manifiesto que tampoco aparece suficientemente fundado el pretenso *vitium in procedendo* que esboza la querella en que habría incurrido el *a quo* con relación al procedimiento que establece el art. 376 y ccds. del CPPN, desde que se garantizó oportunamente la intervención de las partes, de acuerdo a las constancias que surgen del instrumento actuarial de confronte.

De tal suerte, se propicia al acuerdo declarar inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y la querella, sin costas (arts. 444, 465, 530 y ccds. CPPN).

Así votan.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Adhiero a la solución propuesta por los colegas preopinantes atento a los defectos de falta de fundamentación señalados.

Por ello, en mérito al resultado habido en el acuerdo que antecede el Tribunal por unanimidad **RESUELVE:**

DECLARAR INADMISIBLES los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal y la querella, **SIN COSTAS** (arts. 444, 465, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 4, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

ANGELA ESTER LEDESMA

Dr. PEDRO R. DAVID

ALEJANDRO W. SLOKAR

M. ANDREA TELLECHEA SUÁREZ
SECRETARIA DE CÁMARA