



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

*Dictamen N° 9189
Causa: “Menem, Carlos Saúl
s/recurso de casación”,
C: 1596/2013, Sala II*

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos Nro. 1696/2013 del registro de la Sala II, caratulados: “MENEM, Carlos Saúl s/recurso de casación”, me presento ante ustedes y digo:

I.

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de Capital Federal resolvió, el 2/9/2014, declarar, de oficio, la nulidad parcial del requerimiento fiscal de elevación a juicio de fs. 3983/3988, del auto de procesamiento y de todo lo actuado en consecuencia, en relación a los delitos previstos en los artículos 293 y 248 del Código Penal atribuidos a Carlos Saúl Menem y, en consecuencia, resolvió declarar también de oficio, la prescripción de la acción penal derivada del delito cuya imputación subsistía, previsto en el artículo 268 (3) del Código Penal. Por ello, absolvió al imputado, sin costas.

El hecho que se le imputa a Carlos Saúl Menem consiste en haber insertado “el día 6 de octubre del año 2000... declaraciones falsas en su declaración jurada patrimonial integral presentada el 10 de octubre de ese mismo año ante la Coordinadora de Administración de Recursos Humanos de la Presidencia de la Nación a fin de dar cuenta de su estado patrimonial a esa fecha y con motivo del cese en su cargo de Presidente de la Nación, accionar en el que incurrió al omitir maliciosamente consignar en los ítems respectivos del citado documento, los bienes que a continuación se detallan y que, a la

fecha de la presentación del formulario aludido, eran de su propiedad...”.

Contra aquella resolución que declaró la nulidad y la prescripción de la acción penal por el delito subsistente, la fiscal de juicio y la parte querellante –Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos– interpusieron sendos recursos de casación, los cuales fueron concedidos y mantenidos en esta instancia.

II.

Como cuestión preliminar, debo señalar algunas cuestiones, que permitirán despejar el camino hacia el tratamiento del fondo del asunto.

Me refiero a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el Tribunal Oral dispuso el tratamiento de las cuestiones.

En primer lugar, aparece la opinión de la fiscal de juicio en este tema que no se refiere a su rol acusatorio, sino al de contralor de la legalidad (art. 120 CN), porque estamos en presencia de nulidades absolutas y prescripción de la acción penal pública, esto es, cuestiones de orden público en un sistema que no admite criterios de disposición de la acción penal a los fiscales, otras partes acusadoras y a los propios jueces. Debe recordarse que nos encontramos ante una acción penal que es indisponible, irrenunciable e irrevocable. La consecuencia concreta para esta etapa recursiva es que sus apreciaciones fácticas y jurídicas, y las posibles contradicciones sobre esos temas al momento de expedirse en la audiencia, carecen de total relevancia y no vinculan al fiscal de esta instancia.

Precisamente, por ese carácter oficioso y público de las cuestiones en trato, no me he detenido en considerar que todo lo sustanciado y resuelto por el tribunal en la etapa inicial del debate, en realidad se encontraba totalmente precluído (se ha soslayado olímpicamente la norma del art. 170, inciso 1º, CPPN, y



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

muchos confunden el carácter absoluto de una nulidad con el del momento para plantearla, y con que una vez resuelta no puede volver a plantearse), o no podía ser abordado porque estaba pendiente de tratamiento en esta Cámara de Casación y, por ello, sería vedado su tratamiento por el tribunal oral en aquella ocasión. Un argumento en ese sentido sería computar el dato de que ni siquiera fue planteado por la defensa.

Pero, como vengo adelantando, no haré cuestión sobre el punto, aunque lo advierto para evitar que se proceda a declarar que este recurso carece de agravio para la parte fiscal o que incurre en una inobservancia del principio de unidad de actuación y coherencia del Ministerio Público Fiscal.

Tan claro es esto que se vienen discutiendo calificaciones jurídicas y no hechos de los que surgen las acciones penales. Fue antes de ahora donde expresamente solicité que el tratamiento de la prescripción de la acción penal se dejara para el momento de la eventual revisión de la sentencia final, porque ello siempre dependería de qué calificación legal en definitiva correspondiera a los mismos hechos que venían siendo descriptos durante la instrucción (ver dictamen en la causa 270/2013 de la Sala II, del 11 de julio de 2013).

Pues bien, como esta Casación no resolvió en tiempo y forma, mientras tanto y paralelamente el Tribunal Oral inició el debate y produjo ese acto jurisdiccional que, sin perjuicio de la autoridad y calidades personales de los magistrados que lo suscriben, impugno o tacho de arbitrario por considerar que no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

Veamos.

III.

A. De la violación al principio de congruencia

1. Sostuvo el tribunal oral que en el proceso seguido a Carlos Menem por los delitos de omisión maliciosa de presentación de declaración jurada patrimonial (art. 268 (3), del CP), incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP) y falsedad ideológica de documento (art. 293 del CP), hubo una violación al principio de congruencia, toda vez que el imputado había sido indagado por el primero de los delitos y no por los restantes, pero que luego había sido procesado y requerido a juicio por el fiscal y la querrela en orden a los tres delitos mencionados.

En esta inteligencia, se dijo que la figura penal de omisión maliciosa de presentación de declaración jurada de bienes prevé en su aspecto objetivo un mero “no hacer” -acorde a la modalidad de omisión simple-, en cambio la figura prevista en el artículo 293 del Código Penal es de tipo activo y se consuma con la conducta positiva, esto es un “hacer” (acción).

Respecto del delito previsto en el artículo 248, sostuvo que el imputado al momento de confeccionar su declaración jurada (año 2000) ya no era funcionario público y, por lo tanto, no puede imputársele esta figura a Menem porque requiere que el sujeto activo ostente esa calidad.

2. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho desde antiguo que “en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, pero que este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio” (Fallos: 316:2713).

En tal sentido, para verificar si hubo violación al principio de congruencia debe verificarse si el hecho por el cual fue intimado el imputado en el acto de prestar declaración



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

indagatoria guarda identidad con el que se lo requiere a juicio, y si el mismo se mantuvo incólume en la sentencia. Es decir, el hecho no puede alterarse, independientemente de las figuras penales que se le asignen a lo largo del proceso.

Este principio tiene como finalidad proteger la garantía de defensa en juicio y asegurarle al imputado la facultad de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye y que no sea “sorprendido” con una acusación nueva o distinta de la que se venía defendiendo.

Entonces, está estrechamente vinculado con la garantía de defensa y constituye una salvaguarda a imputaciones nuevas o extrañas que intenten filtrarse en etapas avanzadas del proceso.

Pues bien, en el presente caso no se ha conculcado la garantía mencionada ya que los hechos son los mismos y aparecen claramente descriptos, y el imputado y su defensor estuvieron completamente al tanto durante todo el proceso de cuáles eran esos hechos por los cuales Carlos Menem era llevado a juicio. Tal es así, que el defensor no planteó esta cuestión en el debate sino que, por el contrario, nutrió su alegato en intentar contrarrestar todos los hechos que se le imputaron a Menem en el requerimiento de elevación a juicio. Se ha confundido la discusión sobre si esos mismos hechos eran (también) típicos de las figuras de los arts. 248 y 293 CP, con la cuestión de que el imputado había sido acusado de la comisión de los mismos hechos.

No sólo la cuestión estaba precluída, sino que no hubo sorpresa alguna para la defensa de nuevas hipótesis o nuevos hechos imputados en el debate que no hubieran podido ser considerados a lo largo de este proceso y de los cuales el imputado se haya visto impedido de defenderse.

En consecuencia, y toda vez que la declaración de nulidad requiere un perjuicio concreto y en tanto y en cuanto la nulidad decretada de oficio lo fue en sólo en beneficio de la ley, la sentencia presenta un déficit que debe ser enmendado en esta instancia.

B. De la prescripción de la acción penal

1. Sostuvo el tribunal que una vez despejadas las imputaciones de los delitos previstos en los artículos 248 y 293 del Código Penal, y al sólo quedar en pie el delito de omisión maliciosa de declaración jurada patrimonial (art. 268 (3) del CP), la acción penal había sido alcanzada por el curso de la prescripción.

En este orden, el tribunal oral tuvo en cuenta que el delito remanente imputado a Menem tenía una pena de dos (2) años de prisión, y que desde la fecha en la que había acontecido y computando los distintos actos interruptores –llamado a indagatoria, art. 67 del Código Penal, según redacción de ley 25.990–, la acción había fenecido el 20 de agosto de 2004.

2. Sin embargo, ese razonamiento puede ser refutado con éxito.

En primer lugar, debo recordar que el delito principalmente imputado fue incorporado por la Ley de Ética Pública N° 25.188 (B.O. 1/11/99), en cumplimiento del mandato de la Constitución Nacional reformada en 1994 cuya gestación precisamente impulsó el aquí procesado. En el nuevo artículo 36 se lee que “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Y en esa misma reforma se incorporó al art. 67 CP la cláusula que consagra una causal de suspensión del curso de la prescripción general para todo delito cometido en el ejercicio de la función pública, que dura mientras el funcionario se encuentre desempeñando un cargo público, lo cual constituyó un avance sobre la redacción anterior que preveía la suspensión sólo para algunos delitos funcionarios.

Estas disposiciones están inspiradas en el principio republicano de gobierno (art. 1°, CN) que se traducen en una fuerte corriente de opinión que propugna la imprescriptibilidad de los delitos de funcionarios.

Ahora bien, yendo al caso concreto, si bien el delito descrito por el artículo 268, (3) del Código Penal tiene previsto para quien incurriere en él la pena máxima de 2 años de prisión, debe tenerse en cuenta que ésta no es la única pena prevista sino que, además, también está conminado en forma conjunta con otra clase de pena: inhabilitación especial perpetua.

El plazo de prescripción de la acción penal corre independientemente para cada delito, pero no puede escindirse para cada clase de pena de un mismo delito, ya que el plazo de la prescripción es único y no se rige por la naturaleza más severa (en términos de sufrimiento, art. 5° del CP) sino que, como estamos hablando del transcurso del tiempo, se debe computar la de mayor término.

De tal guisa, si se tiene en cuenta que el delito de omisión maliciosa de declaración jurada de bienes está conminado no sólo por la pena de 2 años de prisión sino que conjuntamente también prevé la pena de inhabilitación especial perpetua, el plazo para considerar la extinción de la acción penal es el de la pena mayor, que no necesariamente es la más grave. En este caso, como el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos

conminados con la pena de inhabilitación perpetua es de 5 años, ese es el plazo de prescripción.

Como el art. 62 del Código Penal, que establece los plazos de prescripción de la acción penal para los delitos, no refiere específicamente cuándo prescriben los delitos que se encuentran conminados por penas conjuntas, ello debe desprenderse de una interpretación sistemática. Allí se establece el tiempo para los delitos que tienen previstas penas de prisión (temporales y perpetuas), señalando asimismo, los plazos máximos y mínimos para establecerla (incisos 1° y 2°). Por otra parte, señala el plazo de 5 años para la extinción de la acción penal para los delitos reprimidos con pena de inhabilitación perpetua (inciso 3°).

La Corte Suprema tiene dicho que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484).

Pues bien, como no puede haber delito sin plazo de prescripción (la imprescriptibilidad de algunos delitos es otra cuestión) y como no existe en el código penal un solo delito que tenga prevista únicamente pena de inhabilitación perpetua, queda así expuesto que la única interpretación posible y armoniosa para establecer cuál es el plazo máximo para contar la prescripción de la acción en delitos con penas conjuntas, no puede ser otra que la de considerar que es el de 5 años previsto en el inciso 3° del



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

artículo 62 del Código Penal para los delitos reprimidos con pena de inhabilitación perpetua.

Debe recordarse que lo que se extingue por el transcurso del tiempo es la acción penal que nace de los hechos. Así lo ha tenido en cuenta la doctrina al señalar que “en los supuestos de penas conminadas en forma alternativa o conjunta, toda vez que del delito surge una única acción, habrá una sola prescripción, que se operará cuando haya transcurrido el término que el artículo 62 señala para la de prescripción más prolongada” (Zaffaroni, E.Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: *Derecho Penal Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2000, pág. 862).

En conclusión, el plazo máximo de prescripción para este delito es el de 5 años.

3. Ahora bien, para establecer si la acción penal sigue viva, luego de señalar la fecha de comisión del delito, deben establecerse si la acción fue interrumpida por secuela de juicio, o suspendida por alguna otra causa, según los términos establecidos en el artículo 67 del Código Penal.

En este caso en particular, en donde el imputado se desempeñó como funcionario público, deberán descontarse los tiempos en que ejerció esa calidad ya que el curso de la acción se suspende durante ese lapso (art. 67, inciso 2°, CP).

Menem, dejó de ser Presidente de la Nación en diciembre de 1999.

El delito fue cometido el 6 de octubre de 2000.

Fue citado a prestar declaración indagatoria el 20 de agosto de 2002.

El 10 de diciembre de 2005 volvió a ejercer la función pública cuando fue elegido senador nacional. Aquí, el curso de la prescripción quedó suspendido desde ese momento hasta el presente (su mandato vence en 2017).

En el dictamen N° 7895 confeccionado en esta causa, en donde trató un planteo de prescripción de la acción penal deducido por la defensa sostuvo que si un funcionario público comete cualquier delito no vinculado a su trabajo durante o mientras desempeña la función pública (ej. unas lesiones culposas en el tránsito automotor), no le comprende el precepto que ordena suspender el curso de la prescripción de la acción penal. Ello así, porque no puede predicarse que se trate de un delito cometido en el ejercicio. Lo mismo ocurre a la inversa: se puede cometer un delito a partir del día siguiente del cese en la función pública, pero como consecuencia o en función de ella. Ejemplo, el funcionario dejó toda la maniobra prevista y montada de un delito contra la administración pública para que ésta se ejecutara cuando él cesara en la función. En estos casos, el delito no es cometido durante o mientras ejerce el cargo, pero lo es en función de él. Es un delito cometido en el ejercicio, porque sin ese ejercicio, no tendría razón de ser.

La presentación de una declaración jurada patrimonial es exigida en razón de la función pública que ha desempeñado el sujeto activo, precisamente, al cese de esa función; pero la exigencia de esa presentación no tendría razón de ser si la persona no hubiese sido funcionario. Es un delito cometido en ejercicio, aunque temporalmente no lo parezca, por ende tal disposición le comprende al caso que estamos analizando.

Entonces, de cualquier modo, no caben dudas que el curso de la prescripción se encuentra suspendido –por la función que está ejerciendo el imputado– y que no ha transcurrido aún entre los hitos interruptores anteriores a la toma de posesión del cargo, el plazo de 5 años para que opere la prescripción de la acción penal.

IV.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Por lo expuesto, solicito que se haga lugar a los recursos de casación interpuestos por la fiscal general y la querrela, se anule la sentencia recurrida y se sortee un tribunal para que se lleve adelante el juicio oral y público que estaba comenzando al momento de la declaración impugnada.

Fiscalía N° 4, 9 de septiembre de 2014.