

Ciudad de Buenos Aires, 5 de diciembre de 2018.

Señor Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina

Libertad 731, 2º piso Ciudad de Buenos Aires

S / D.

De nuestra consideración:

Elisa María Avelina Carrió, Paula Oliveto Lago y Marcela Campagnoli, en nuestro carácter de diputadas nacionales, constituyendo domicilio a estos efectos en Rivadavia 1829, piso 4º, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ecarrio@hcdn.gob.ar, polivetol@hcdn.gob.ar y mcampagnoli@hcdn.gob.ar), nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

Que venimos a formular denuncia por mal desempeño, en los términos de los artículos 53 de la Constitución Nacional y 25 de la ley N° 24.937 del Consejo de la Magistratura, respecto de los jueces integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal de la Nación, **Dres. Liliana Elena Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Carlos A. Mahiques**. Asimismo, solicito se disponga, respecto de los mismos, la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, se ordene su suspensión en el ejercicio del cargo que desempeñan y se formule la acusación correspondiente, en los términos del inciso 5º del artículo 114 de la Constitución Nacional.

II. CAUSALES DE REMOCIÓN

Existen motivos fundados para asegurar que los jueces Catucci, Riggi y Mahiques han incurrido en la causal de remoción por mal desempeño, prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, al que remite el artículo 115 de la misma. Esto, por ***“realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones”***, de acuerdo a las causales previstas por el artículo 25

de la ley de Consejo de la Magistratura N° 24.937, segundo párrafo, inciso 4° (Texto Ordenado por Decreto N° 816/1999, con las modificaciones introducidas posteriormente), **que dan cuenta de un desvío de poder por parte de dichos magistrados.**

En efecto, —como desarrollaremos a continuación— los magistrados han dispuesto la absolución de los imputados en los autos “*MENEM, CARLOS SAÚL Y OTROS S/RECURSO DE CASACIÓN*” (causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2), resolviendo “*HACER LUGAR, SIN COSTAS, a los planteos de los defensores relacionados con la violación a la garantía constitucional de ser juzgados en un plazo razonable; declarar la extinción de la acción penal, CASAR las sentencias dictadas a fs. 40.507/40.625 y a fs. 41.454/41.587 vta. por la Sala I de esta Cámara Federal de Casación Penal, con diversa integración, y ABSOLVER a CARLOS SAÚL MENEM, DIEGO EMILIO PALLEROS, MANUEL CORNEJO TORINO, HAROLDO LUJÁN FUSARI, CARLOS ALBERTO NÚÑEZ, JULIO JESÚS SABRA, LUIS EUSTAQUIO SARLENGA, EDBERTO GONZÁLEZ DE LA VEGA, CARLOS JORGE FRANKE, JORGE ANTONIO CORNEJO TORINO, TERESA HORTENSIA IRAÑETA DE CANTERINO (arts. 59 inc. 3° del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.)*”.

Ello, mediante posicionamientos arbitrarios y parcializados, observándose en su proceder una actuación direccionada a beneficiar al ex presidente de la Argentina, Carlos Saúl Menem; lo que configura un evidente mal desempeño de sus funciones.

Dichas circunstancias, que serán descriptas *in extenso* seguidamente, configuran a nuestro entender, causal suficiente para la remoción de los mencionados jueces del cargo que ejercen en la Cámara Federal de Casación Penal.

III. FUNDAMENTOS

1. Remoción de los jueces por el contenido de sus sentencias: ¿En qué casos procede?

Al igual que todo funcionario público en una República, los jueces deben responder frente a acciones u omisiones que configuren un incumplimiento de sus deberes en su misión institucional de impartir justicia.

En lo que a ello respecta, cabe recordar que existen distintas clases de responsabilidad a la que se encuentran sujetos estos servidores públicos; la doctrina tradicional las clasifica en política, penal, disciplinaria-administrativa, civil y ética. Cada una de ellas se encuentra diferenciada no solo por el régimen jurídico que las regula, sino también, y esencialmente, por su teleología, que estriba en la protección de distintos bienes jurídicos.

El Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 incs. 4 y 5 de la Constitución Nacional, encuentra entre sus atribuciones las de ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados, ordenar la suspensión del desempeño de la magistratura y disponer la apertura y ejecución de los procesos de remoción.

En razón a que éste órgano posee competencias relativas a la determinación de responsabilidad de naturaleza política y disciplinaria respecto a los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, **centraremos el desarrollo de la presente denuncia en torno al concepto de responsabilidad política, habida cuenta de que el contenido del fallo en crisis es susceptible de configurar, entre otras, una causal de este tipo.**

A propósito de esta especie de responsabilidad, debemos tener presente cuáles son sus características, y en especial, su fin. A este respecto, se ha enseñado que “1) *Se responde políticamente frente al Estado, que juzga esta clase de responsabilidad por medio de algunos de sus órganos de gobierno: los jueces tienen responsabilidad política de cara al Estado, de quien ha recibido su nombramiento y en cuyo nombre ejercitan la función jurisdiccional (...) Por su parte, Quiroga Lavié sostiene que los órganos encargados de llevar adelante el juicio político ‘actúan como órganos de la polis, entidad colectiva que en el sistema democrático de autoorganiza para determinar el funcionamiento de su gobierno y, en nuestro caso, dirimir el conflicto que hubiera podido producirse entre determinados magistrados y la sociedad’.* 2) *Finalidad de interés público: hemos visto que cada clase de responsabilidad tutela bienes y valores parcialmente diferentes. La finalidad y el sentido último de la responsabilidad política es el asegurar el buen funcionamiento del sistema institucional. Más que castigar al responsable o reparar los daños que se puedan haber ocasionado, su sentido último es remover los obstáculos que impiden un adecuado ejercicio del poder público, asegurando sus condiciones y exigencias básicas de credibilidad y eficiencia.* 3) *Es una institución de derecho público y está regida por sus principios. Señala Bielsa que en un Estado en el que rige una constitución que consagra un sistema representativo republicano de gobierno, todos los que*

ejercen funciones públicas responden por sus actos realizados en su desempeño, no en el sentido del derecho civil sino del derecho público. El juicio político, dentro de la concepción de mandato, sería el procedimiento dirigido a su revocación, pues tiene por objeto privar al funcionario de su función pública, sin perjuicio de someterlo a la jurisdicción judicial, según sean los hechos generadores de su responsabilidad jurídica. La responsabilidad política tiene objetivos y principios propios y específicos y, por tanto, no puede ser asimilada a las otras clases de responsabilidades, ni juzgada de acuerdo con los principios de éstas últimas. 4) Está limitada a determinados magistrados públicos: (...) solamente es apreciada con relación a los máximos responsables del gobierno y de quienes ejercen las máximas responsabilidades de ciertos entes administrativos (...) 5) Es de carácter amplio y de apreciación discrecional, aunque no arbitraria. A diferencia de las responsabilidades penal y disciplinaria, donde rige el principio de legalidad stricto sensu, la responsabilidad política no debe estar necesariamente tipificada, sino que es apreciada con parámetros amplios (...) 6) Tiene carácter decisorio y definitivo: en los procesos de responsabilidad política se decide la continuidad o discontinuidad en el cargo del funcionario juzgado. La principal y casi exclusiva consecuencia de la responsabilidad política es la remoción del magistrado acusado (...) 7) No está a cargo de órganos judiciales ordinarios sino de otros especiales (...) 8) Tiene carácter mixto, político-jurídico, y está regulada y subordinada al derecho, aunque de un modo distinto a otras clases de responsabilidades judiciales (...): el carácter político de la responsabilidad que se juzga no lo coloca al margen o más allá del derecho”¹.

La posibilidad o no de someter a juicio político y destituir a los jueces por mal desempeño de sus funciones, en base al contenido de sus sentencias, ha generado una rica discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial, a propósito del alcance de la regla general que establece que los jueces no pueden ser juzgados por el contenido de sus sentencias, y los supuestos que sí habilitan su estudio, más allá de las vías recursivas existentes en cada proceso.

En tal sentido, a pesar de que la posición absolutista actualmente se encuentra virtualmente superada, no redundaría señalar, en primer lugar, que dicha corriente resulta absurda e incompatible con el principio republicano de gobierno. Ello no sólo en virtud del contenido textual del art. 25 de la ley 24.937 -en tanto la incursión en los supuestos de sus incs. 1, 2, 4, y 8 puede ser advertida por medio del

¹ Alfonso, Santiago (h.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, t. I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006, ps. 28, 39, 40.

contenido de sentencias-, sino por cuanto se encuentra en total contradicción con el principio republicano de responsabilidad de los funcionarios por el ejercicio de sus funciones. **Afirmar lo contrario equivaldría, lisa y llanamente, a la negación del Estado de Derecho, suponiendo que la función jurisdiccional -actividad más elemental y trascendente de la judicatura- se encuentra exenta de sujeción al ordenamiento jurídico, y su correcto ejercicio carece de regla o principio alguno, o al menos, está fuera de todo control político.**

Sin dudas, la aceptación de la irresponsabilidad absoluta de los magistrados por el contenido de sus sentencias pondría en jaque, precisamente, la posibilidad de controlar la efectiva existencia de independencia en el desempeño de sus funciones, toda vez que mediante el análisis del contenido de un pronunciamiento también es posible advertir la eventual inexistencia de la misma en la labor jurisdiccional. La imposibilidad absoluta de su juzgamiento en este ámbito impediría responsabilizar a un juez por el ejercicio corrupto de la magistratura.

El voto mayoritario en el controvertido fallo “Bustos Fierro”² del 24 de abril del año 2000, resulta paradigmático de la postura referida en el párrafo precedente -casi de corte monárquico absolutista-, que lejos de garantizar la independencia judicial, la cercena. En dicho caso, el juez Bustos Fierros fue juzgado por el Consejo de la Magistratura por la causal de mal desempeño, a raíz de haber decretado una medida cautelar autorizando al ex presidente Carlos Saúl Menem a presentarse en la elección interna del Partido Justicialista con el objeto de lograr su segunda reelección presidencial, en total y completa violación a lo prescripto por el artículo 90 de la Constitución Nacional. No es necesario un examen exhaustivo de la cuestión para advertir que un juez que incurra en tal conducta, carece de la aptitud moral suficiente para ejercer la magistratura, pese a lo cual el juez Bustos Fierro fue absuelto por el cuerpo en aplicación de la referida doctrina.

Se presenta claro entonces, que la independencia judicial no se verá afectada por la existencia de la posibilidad de remover magistrados por el contenido de sus sentencias, sino todo lo contrario: se verá afectada en la medida en que ello constituya una imposibilidad absoluta. Afortunadamente, hoy en día la postura absolutista es minoritaria.

En efecto, existen una pluralidad de casos en los que el Consejo de la Magistratura ha resuelto la remoción de magistrados examinando el contenido de actos jurisdiccionales adjetivos y sustanciales;

² Emitido por Eduardo J.A. Moliné O’Connor, Ángel Francisco Pardo, Horacio V. Billoch Caride, Oscar José Ameal y Jorge F. Mikkelsen Löth.

a saber, “Murature”, “Marquevich”, “Galeano”, “Mahdjoubian”, “Fariz”, “Terán”, “Tiscornia”, “Solá Torino”, “Faggionato Márquez” y “Miret”, entre otros.

¿Cuál es, entonces, la línea que divide un error jurídico, aceptable y remediable mediante las vías recursivas existentes, de un supuesto de mal desempeño en la función jurisdiccional en base al contenido de las sentencias?

Tal como enseña Santiago Alfonso, “[d]eben distinguirse las cuestiones opinables de derecho, y aun los comunes errores judiciales, respecto de los cuales no es admisible la promoción de juicio político al juez por el criterio que haya asumido, **de los fallos que constituyen absurdos o presuponen la pérdida de imparcialidad, que pueden configurar la causal de mal desempeño**”³. Luego de realizar un exhaustivo estudio de la materia, este autor señala que “[c]abría distinguir, por tanto, dos supuestos diferentes en orden a la responsabilidad política de los magistrados por el dictado de sentencias arbitrarias o irregulares: a) *Sentencias arbitrarias o irregulares dictadas por los magistrados que contienen leves o graves vicios de carácter exclusivamente jurídicos. Corresponde que estos actos sean revisados y dejados de lado por los mecanismos procesales ordinarios y, en principio, son ajenos a los procedimientos de responsabilidad política. Únicamente sería posible destituir a un magistrado en estos supuestos si, del examen de las sentencias, se advierte un reiterado y grave apartamiento o desconocimiento del derecho vigente por parte de un determinado juez.* b) *Sentencias arbitrarias o irregulares dictadas por los magistrados que contienen graves vicios jurídicos y en los que se advierte o se puede presumir fundadamente, además, un claro desvío de poder por parte de los jueces que la dictaron, que se suele manifestar en una manifiesta violación del deber de imparcialidad judicial, en la clara intención de favorecer o perjudicar a una de las partes del proceso y/o en una interpretación y aplicación manifiestamente arbitraria del derecho vigente. Estas sentencias, junto a ser revisadas y dejadas de lado por los mecanismos procesales ordinarios, pueden originar la responsabilidad política de los magistrados que la dictaron. Habrá, por tanto, que distinguir entre el simple error judicial, que en principio no genera responsabilidad política de los magistrados en relación al contenido de sus sentencias -excepto cuando éste es gravísimo y reiterado-, y el desvío de poder por parte de los magistrados que sí genera la*

³ Ob. cit., p. 206.

responsabilidad política de los magistrados por el contenido de sus actos jurisdiccionales”⁴ (el resaltado no obra en el original).

Y precisamente, la causal de la presente denuncia radica en que ha existido, por parte de los magistrados Liliana Elena Catucci, Eduardo Rafael Riggi y Carlos A. Mahiques, la incursión en un supuesto de desvío de poder a través del dictado de la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”; la que resolvió hacer lugar a los planteos de los defensores relacionados con la violación a la garantía constitucional de ser juzgados en un plazo razonable, declarando la extinción de la acción penal y absolviendo en consecuencia a Carlos Saúl Menem, Diego Emilio Palleros, Manuel Cornejo Torino, Haroldo Luján Fusari, Carlos Alberto Núñez, Julio Jesús Sabra, Luis Eustaquio Sarlenga, Edberto González de la Vega, Carlos Jorge Franke, Jorge Antonio Cornejo Torino y Teresa Hortensia Irañeta de Canterino, quienes fueran imputados y condenados por el delito de contrabando por la Sala I (con diversa integración) de la Cámara Federal de Casación Penal con fecha 5 de marzo de 2013.

Como quedará acreditado, a través del dictado de la sentencia en examen, se configura un supuesto de mal desempeño por el dictado de una sentencia irregular, a través de cuyo análisis se advierte **un apartamiento arbitrario del derecho aplicable y un claro desvío de poder por parte de los jueces que la dictaron; para el favorecimiento de los imputados en perjuicio del interés público de la Nación.**

Estos puntos serán examinados, primero con respecto a los jueces Catucci y Riggi, y luego en relación a Mahiques.

2. Desvío de poder por parte de los jueces Liliana Elena Catucci y Eduardo Rafael Riggi

2.1. Derecho aplicable al caso

La extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo se encuentra regulada legislativamente a través del instituto de la prescripción (artículos 67 y 59 inciso 3 del Código Penal).

⁴ *Ob. cit.*, p. 212, 213 -las negritas no obran en la versión original-.

Sin embargo, la sentencia dictada por estos dos jueces en el caso, deriva de la aplicación de un principio de origen pretoriano que establece que todo imputado en causa penal tiene derecho a obtener un pronunciamiento definitivo en un plazo razonable -incluso en aquellos supuestos en los que no nos encontremos frente a un supuesto de extinción de la acción por prescripción-.

En nuestro país, la génesis de la doctrina judicial relativa a la razonabilidad del plazo de duración del proceso penal se remonta a Fallos 272:188, sentencia en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró de forma mayoritaria, que todo imputado tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial definitivo que ponga fin al estado de incertidumbre jurídica existente durante el lapso temporal que insume la tramitación del proceso, y que dicho pronunciamiento, debe ser dictado por los órganos competentes en un plazo razonable. Se sentaron de esta manera las bases jurídicas para el ejercicio de una garantía no enunciada expresamente por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que nace fundamentalmente, en el imperativo de respetar y proteger la dignidad humana.

En tal orden exegético, y a través del desarrollo posterior de este concepto, el tribunal supremo ha declarado, en línea con la inteligencia elaborada por tribunales foráneos -algunos de los cuales revisten jurisdicción sobre la República-, que no existe un “plazo razonable” predeterminado en abstracto, durante el cual resulta ajustado a derecho la tramitación del proceso judicial; sino que su determinación debe efectuarse atendiendo las circunstancias suscitadas en el caso en particular, llevado a decisión del órgano a cargo de la *jurisdictio*.

A propósito de ello, *in re* “Kipperband” (Fallos 322:360) los entonces magistrados Fayt y Bossert, expusieron en su voto en disidencia que: “8°) *Que la propia naturaleza de dicha garantía impide que esta Corte pueda determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues el lapso que puede ser razonable para el trámite judicial por un hurto puede no serlo para una asociación ilícita compleja...*”. Pese a lo cual, advirtieron: “9°) *Que, sin perjuicio de los inconvenientes fácticos y jurídicos señalados, este Tribunal puede identificar al menos algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas: **la duración del retraso, las razones de la demora, y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación.** Tales factores si bien son de imprescindible consideración, no pueden ser valorados aisladamente como una condición suficiente, sino que **deben ser***

ponderados y sopesados uno frente al otro, atendiendo a las circunstancias concretas de la causa...” (el resaltado no obra en el original).

Y en ese sentido destacó que “10) ... *el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la duración razonable de un proceso penal, a la luz del artículo 6.1 del Convenio Europeo, había que apreciarlo según las circunstancias de cada caso en particular, y que para ello debía considerarse: la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales (caso König)...*”; así como que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en sentido similar al definir el alcance del denominado allí *speedy trial* previsto expresamente en la Sexta Enmienda de la Constitución, oportunidad en la que estableció un estándar de circunstancias relevantes a tener en cuenta, al expresar que “*aunque algunos podrán expresarlo de manera diferente, nosotros identificamos cuatro factores: la duración del retraso, las razones de la demora, la aserción del imputado de su derecho y el perjuicio ocasionado al acusado*”(Considerando 12, los resaltados no obran en el original).

La doctrina expuesta por el voto en disidencia de los ex jueces Fayt y Bossert fue consolidada por la mayoría del tribunal *in re* “Barra” (Fallos 327:327), y aplicada también *in re* “Montes, Alejandro Daniel y otros s/infracción al art. 166, inc. 2 del C. P.”, M. 960. XLII, del 15 de julio de 2008, entre otros.

Por su parte, en Fallos 330:3640, el Procurador Fiscal dictaminante Eduardo Ezequiel Casal indicó, en un dictamen cuyos términos y conclusiones el tribunal compartió e hizo suyos, que “[e]n sentido similar [al expuesto por el referido voto disidente de Fallos 322:360], la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514; 319:1840; 323:4130) consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el artículo 8º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **‘debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competente en la conducción del proceso’** (caso 11.245, resuelto el 1º de marzo de 1996, párrafo 111º y caso ‘López Alvarez v. Honduras’, del 1º de febrero de 2006)” (el resaltado no obra en el original). Criterio que ya había sido expuesto por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo Vs. Nicaragua y Suárez Rosero Vs. Ecuador, ambas sentencias del año 1997, entre otras.

Habida cuenta de ello, a fin de determinar si en el caso se había configurado un supuesto de irrazonabilidad en el plazo del proceso, los jueces intervinientes en los autos “*Menem, Carlos S. y otros s/casación*”, debieron haber considerado y valorado, estos tres elementos esenciales. No obstante, y tal como será desarrollado a continuación, **los magistrados prescindieron absolutamente del análisis y consideración de un aspecto fundamental para la determinación de la procedencia de la doctrina que sostuvieron se debía aplicar al caso: esto es, la conducta del imputado en asociación con la conducta de las autoridades judiciales; lo que constituye un apartamiento arbitrario del Derecho aplicable.**

2.2. Tiempo en los procesos de corrupción

Las causas que versan sobre hechos de corrupción estatal en las que se encuentran imputados sujetos con alta capacidad política de incidencia en las causas judiciales, presentan patrones fácilmente identificables; uno de ellos consiste en la demora injustificada del lapso temporal que toma el trámite del proceso.

La duración de los procesos judiciales puede responder a causas de diversa índole, tales como la complejidad jurídica y probatoria del objeto de la litis, la conducta de letrados de parte o la cantidad y calidad de recursos con los que cuentan los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, si bien es cierto que existen situaciones en las que algunos de estos factores explican o inciden especialmente sobre la demora en el trámite del proceso, es innegable que en Argentina las causas de corrupción presentan características propias que inciden negativamente en su normal avance.

El retraso de esta especie de causas a raíz de los vínculos del Poder Judicial con el Ejecutivo ha sido reconocida por el Poder Legislativo, el Consejo de la Magistratura y por la sociedad civil, entre otros.

Respecto al Legislador, el agregado incorporado a través de la Ley 21.338 al artículo 67 del Código Penal, tuvo por objetivo evitar que el término de la prescripción se configure en tanto las

influencias políticas de funcionarios públicos pudiesen obstaculizar o paralizar el ejercicio de la acción penal.

En lo concerniente a la sociedad civil, se ha señalado que no solamente es corriente la presión del poder político sobre el Poder Judicial, sino que también sucede a la inversa: jueces que utilizan las causas judiciales como objetos de negociación para adquirir algún beneficio político personal.

En un informe realizado por la organización no gubernamental Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (A.C.I.J.), denominado “*La parálisis de la justicia frente a los casos de corrupción*” se expone: “... el juez Daniel Rafecas señala que los procesos de mayor relevancia institucional, en la mayoría de los juzgados del fuero, difícilmente pasen de la etapa instructoria al juicio oral, **pues retener una causa es retener poder**. Afirma que el juicio oral pasa a ser como un mito; es como si no existiera ninguna relación entre la instrucción y los tribunales orales. Los casos que llegan a juicio oral son los menos trascendentes en términos de interés público (tenencia de droga, pequeños traficantes, falsificación de documentos, etc.). De esta forma, destaca que la tarea de los jueces a cargo de los Tribunales Orales Federales (TOF) es vista como de menor jerarquía, a pesar de que cuentan con los mismos privilegios que los camaristas. Agrega que ningún juez federal dejaría su cargo para ejercer funciones en un TOF, ni siquiera en carácter de subrogante, ya que ello significaría perder un espacio de poder” (el resaltado no obra en el original), opinión con la que coincide el camarista Gabriel Cavallo⁵.

La dilación temporal de las causas de corrupción no solo es causada por parte de un desvío de poder de los jueces, quienes tienen la responsabilidad principal de dirigir el proceso, sino que es alimentada y encausada en el marco de pedidos efectuados por los abogados de parte. Así, se ha dicho que “[m]uchos entrevistados afirmaron que la mayoría de los abogados que defienden a los imputados por este tipo de delitos de poder, son abogados con una gran preparación, que perciben altos honorarios y que su tarea principal consiste en demorar la causa en la medida en que sea posible. Díaz Cantón afirmó que la mejor estrategia de defensa en estos casos es utilizar todas las herramientas que la ley ofrece con el objetivo de dilatar el proceso. ‘El proceso es un torneo para no llegar al juicio oral’, señaló tajante el reconocido abogado”⁶.

⁵ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *La parálisis de la Justicia frente a los casos de corrupción*, febrero de 2008, p. 8. Disponible en https://acij.org.ar/wp-content/uploads/La_paralisis_de_la_Justicia_frente_a_los_casos_de_corrupcion.pdf

⁶ *Ob. cit.*, p. 22.

Por su parte, la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública de la Procuración General de la Nación, conjuntamente con la mencionada organización A.C.I.J. y el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica, elaboraron un informe denominado “*Los procesos judiciales en materia de corrupción. Los tiempos del proceso. Estado de situación*”, cuyo origen radicó en “... *la necesidad de contar con un diagnóstico más profundo sobre los problemas de la justicia para investigar delitos de corrupción. Frecuentemente se afirma que las causas de corrupción tardan mucho tiempo en investigarse más no se llena de contenido esa observación y, en consecuencia, es más difícil extraer conclusiones que permitan modificar las prácticas instaladas que derivan de este modo de tramitación de los expedientes*” agregando que “... *el tiempo que demandan en tramitar las causas de corrupción ya no es solamente un dato empírico con consecuencias más o menos perceptibles sino que, además, se ha transformado en el fundamento de decisiones de tribunales orales que impidieron el juzgamiento de los imputados por el paso del tiempo, lo que confirmó y le dio contenido a la sensación de impunidad que se tiene a la hora de analizar los resultados que se obtienen en la persecución de estos delitos*” (el resaltado no obra en el original)⁷.

En dicho entendimiento, y respecto al Consejo de la Magistratura de la Nación, no debe perderse de vista que con fecha 12 de abril de 2016 el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires efectuó una presentación ante dicho cuerpo solicitando se realizara una auditoría a los Juzgados y Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional Federal de la capital federal **en aquellas causas en las que tramitan acciones por corrupción contra la Administración Pública Nacional**, señalando que tanto en la opinión de los especialistas como en el público en general, “*existe una excesiva dilación en el trámite de nuestros procesos judiciales*”⁸; solicitud a la que adhirieron la Sociedad de Abogados Penalistas de Buenos Aires, la asociación sin fines de lucro “Será Justicia” y la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Es decir, **que en opinión de este amplio sector de organizaciones de letrados y de la sociedad civil, resultaba necesario efectuar un examen de los**

⁷ Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública de la Procuración General de la Nación, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica, *Los procesos judiciales en materia de corrupción, Los tiempos del proceso. Estado de situación*, septiembre de 2012, p. 2. Disponible en <https://acij.org.ar/informe-sobre-causas-de-corrupcion-en-argentina/>.

⁸ Cf. fs. 21/34 del expediente AAD 22/2016 caratulado “Lipera Guillermo (Pte. del Colegio de Abogados de CABA) y otros s/presentación.

procesos de corrupción en razón al tiempo que demora su trámite, puesto que incluso teniendo en cuenta el resto de los factores, su trámite excede los tiempos razonables.

En consideración a este pedido, ese Consejo de la Magistratura ha señalado que: “...*aunado al corolario de diversas consultas realizadas al respecto entre los distintos consejeros que integran este organismo, es que resulta necesario fijar un marco de auditoría sobre el fuero Federal, en particular, sobre aquellas causas que involucran como sujeto imputado a funcionarios públicos y en las cuales haya existido requerimiento de instrucción por parte del agente fiscal por aquellos delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis, y XIII del título XI, o en el título XIII del Código Penal, entre los años 1996 al corriente.* 20°) ***Que formular un acabado análisis sobre el trámite impartido a las denuncias que refieren a este tipo de delitos es también necesario por los compromisos que asumió la República Argentina al suscribir la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759) y la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por ley 26.097).*** 21°) ***Que es tarea de todos los poderes del estado y, en particular, de los jueces agilizar los procesos en los que se combate la corrupción. Ello así, toda vez que el preámbulo de ésta última pone de manifiesto los actos de corrupción de los funcionarios de los poderes de un Estado, comprometen ‘la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia’ (...)*** 23°) ***Que es firme intención de este Cuerpo en su actual integración cumplir con el mandato constitucional que lo habilita para lograr un mejor y más eficiente servicio de justicia”***.

Este tipo de observaciones dan cuenta de que es de público y notorio conocimiento, el hecho de que las causas de corrupción se ven incididas por cuestiones de naturaleza política cuya consecuencia es, nada menos, que su dilación temporal.

Habida cuenta de ello, y toda vez que es firme intención de ese Consejo de la Magistratura, cumplir con el mandato constitucional que lo habilita para lograr un mejor y más eficiente servicio de justicia, **no pueden soslayarse las consecuencias que traería aparejada la aplicación arbitraria por parte de la Cámara Federal de Casación Penal, de la doctrina de la extinción de la acción**

⁹ Consejo de la Magistratura de la Nación, Resolución n° 342/16 de fecha 30 de junio de 2016.

penal por irrazonabilidad del plazo, a todos los procesos de corrupción; lo que precisamente, son los más sensibles a los intereses políticos espurios.

Es que, tal como lo advierte implícitamente el Consejo al ordenar un procedimiento de auditoría, las causas de esta especie, en las que se ven involucrados actores con alta capacidad de incidir en la justicia, demoran más de lo razonable. Ciertamente, si esto no fuera un hecho aceptado por el cuerpo, carecería de sentido destinar recursos estatales a realizar una auditoría cuyo objeto es determinar las causas de la dilación temporal excesiva sobre la totalidad de los expedientes en los que se investigan hechos de corrupción en los últimos veinte años.

Habida cuenta de las características particulares de esta especie de procesos, y dada su naturaleza, **una desviación de poder arbitraria y generalizada, legitimada a través de la doctrina de la irrazonabilidad del plazo, tal como ha acontecido en el presente caso, conducirá a absolver a todos los imputados en la gran mayoría de los procesos penales en los que se investiguen hechos de corrupción**, desamparando a la sociedad frente a funcionarios y ex funcionarios corruptos, violentando el mandato conferido a la justicia y deslegitimando así su imagen frente a la sociedad.

Como será desarrollado a continuación, la exégesis efectuada por Catucci y Riggi se presenta como una desviación del derecho aplicable, puesto que como fue señalado, no tuvo en consideración la conjunción entre las conductas y características de los sujetos involucrados y las dilaciones jurídicamente inexplicables en el transcurso del proceso.

2.3. Omisión de valoración de la incidencia maliciosa del imputado en la Justicia, en pos del transcurso del tiempo del proceso. Apartamiento arbitrario del Derecho aplicable por parte de los jueces

Al fundar su sentencia, los jueces Catucci y Riggi omitieron considerar el hecho de que el principal imputado en la causa, es nada menos que el ex Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem.

En efecto, la sentencia en crisis fue dictada como corolario del proceso judicial que se originó con fecha 15 de marzo de 1995 a raíz de una denuncia efectuada por el abogado Ricardo Monner Sans,

para que se investigara los hechos por los cuales el Estado argentino había vendido armas a Ecuador y a Croacia, durante la presidencia del imputado.

Cabe recordar que Carlos Menem ejerció la primera magistratura de la Nación desde el 8 de julio de 1989 hasta el 10 de diciembre de 1999, habiendo impulsado en el año 1994 una reforma constitucional con el propósito habilitar su reelección, e incoado un recurso judicial a fin de que se habilitase su re-reelección, persiguiendo así perpetuarse de forma indefinida en el ejercicio de la jefatura del Estado federal.

Su gobierno se caracterizó, entre otras cosas, por una percepción generalizada altísima de los niveles de corrupción¹⁰ y por haber sido expuesto por escándalos en los que estuvo involucrado él y varios funcionarios de primer nivel de su gobierno. Tal como es de público y notorio, y lo resumió en un artículo el periódico “El País” de España, durante ese período ***“[l]a batalla contra la corrupción tropieza con un serio obstáculo llamado impunidad, que favorece la comisión del delito ante la deslegitimación en que se encuentra el poder judicial desde 1992, con los cambios introducidos en la Corte Suprema.”*** (el resaltado no obra en el original)¹¹.

En efecto, el caso paradigmático de las graves y evidentes intromisiones por parte de Menem en el Poder Judicial, fue la maniobra política mediante la cual logró la “mayoría automática” de la Corte Suprema; ampliando el número de los miembros del Tribunal supremo, a través de la incorporación de jueces carentes de la independencia requerida en un sistema republicano.

Ya en el año 1989, la Corte Suprema de Justicia advirtió por vía de su Acordada 44/89 la peligrosidad que tendría la modificación impulsada por Menem con respecto a la composición de la cabeza del Poder Judicial federal. En dicha resolución el tribunal señaló, entre muchas otras cuestiones, que los motivos expuestos por el Poder Ejecutivo en el mensaje contenido en el proyecto de reforma de composición de miembros de la Corte, *“...no expresa las concretas razones por las cuales el arbitrio*

¹⁰ El Índice de Percepción de Corrupción (I.P.C.), publicado desde 1995 por la organización internacional Transparencia Internacional, mensura los niveles de percepción de la corrupción en el sector público en un país determinado, definiendo a la corrupción como el abuso del poder encomendado para beneficio personal. A lo largo de su historia, se utilizaron primero escalas de cero (percepción de mucha corrupción) a diez (percepción de inexistencia de corrupción), y luego de cero a cien, respectivamente. De conformidad con este índice, la Argentina ha arrojado los siguientes resultados: **1995:5,24; 1996:3,41; 1997:2,81; 1998:3; 1999:3**. Puede verse que, pese a que en los dos últimos años se ha producido una mejora, su promedio ha estado en torno a 3 puntos, es decir, que de acuerdo a esta medición, la percepción generalizada de la existencia de corrupción en la Argentina ha sido altísima por este período de tiempo.

¹¹ Ver El País, *El rastro de corrupción de la 'década Menem'*, 20 de octubre de 1999, disponible en https://elpais.com/diario/1999/10/20/internacional/940370418_850215.html

*propuesto sería el medio idóneo para conjurar el estado de cosas que lo motivaría”*¹², evidenciándose, desde el origen, una voluntad encubierta en torno a la modificación propuesta.

Como era de esperar, con posterioridad a dicha reforma, el Alto Tribunal se caracterizó por convalidar jurídicamente los intereses políticos del partido gobernante a través del voto conjunto de los nuevos miembros designados por el Poder Ejecutivo. Esta aberrante situación devino tan evidente, que fue fácilmente reparada por la política, el periodismo y la academia nacional e internacional.

Tal como lo expresó Owen Fiss¹³ “[e]n 1990, por ejemplo, el presidente Menem propuso legislar aumentando el número de jueces de cinco a nueve, y en cuanto esa legislación fue aprobada, procedió a llenar las nuevas vacantes con candidatos de su propia elección. Todo esto, en un contexto en que el partido de Menem controlaba el Senado (que debe confirmar las designaciones) y donde la lealtad partidista se daba por hecho. Para agravar las cosas, el presidente Menem fue acusado de haber ofrecido cargos diplomáticos para estimular la renuncia de los jueces designados por su predecesor”¹⁴.

Puede citarse también a Margaret Popkin¹⁵, quien en base a un informe elaborado por Víctor Abramovich¹⁶, señaló que “... **Durante la administración del presidente Carlos Menem, el número de magistrados en la Corte Suprema se incrementó y la mayoría de los miembros de la Corte tenía fuertes lazos con el gobierno. Los anteriores asociados del bufete de abogados del presidente, sus amigos personales y hasta el anterior Ministro de Justicia fueron**

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 44/89, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/achist/docPdf?res=12877>

¹³ Sterling Profesor of Law, Universidad de Yale.

¹⁴ Owen M. Fiss, *El grado adecuado de independencia*, Versión publicada en la revista Derecho y Humanidades No. 5 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago (1997), a cuya dirección agradecemos los permisos otorgados para su publicación. Este trabajo fue escrito en 1993, y publicado en inglés en la revista Inter-American Law Review, No. 1, vol. 25, otoño de 1993, Universidad de Miami.

¹⁵ Margaret Popkin fue una líder del movimiento de derechos humanos en los Estados Unidos y América Central. Murió en 2005, a la edad de 54 años. Popkin fue la directora ejecutiva de “Due Process of Law Foundation (DPLF)”, una organización sin fines de lucro en Washington D.C., que promueve reformas en los sistemas nacionales de justicia en el hemisferio occidental. Fue consultora de la ONU y del Lawyers Committee for Human Rights, y directora en el Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights de 1995 a 1999. Información disponible en: <https://www.carnegiecouncil.org/people/margaret-popkin>

¹⁶ Abramovich, Víctor “Informe sobre independencia judicial en Argentina”, Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? - Germán Burgos S. (Ed.) Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición: ILSA. Bogotá, Colombia, 2003

nombrados como magistrados de la Corte Suprema. Se podía confiar que la Corte Suprema, con esta ‘mayoría automática’, validaría acciones ejecutivas controversiales (Abramovich, 2000: 2)’ (el resaltado no obra en el original)¹⁷.

Por su parte, María Angélica Gelli explica que “[e]n efecto, la ampliación de la Corte Suprema de cinco a nueve miembros puso en cuestión la independencia de sus decisiones pues dio ocasión al entonces presidente Menem de conformar una mayoría en el Tribunal según su particular criterio (...) Sin duda, aquel pecado de origen -que no fue atendido cuando aún había tiempo- esmeriló la credibilidad social de la Corte Suprema, desde entonces muy cuestionada.”¹⁸

Cabe poner especialmente de resalto que la conducta de Menem con respecto a las injerencias sobre el Poder Judicial ha sido objeto de examen y denuncias también por parte -ya con posterioridad al cese de su su gobierno- del Poder Legislativo.

El Congreso de la Nación inició un proceso de acusación y enjuiciamiento de los entonces jueces de la Corte Suprema de Justicia por desvío de poder en el ejercicio de sus funciones. Iniciados los procedimientos en la Cámara de Diputados, el juez Nazareno presentó su renuncia el 27 de junio de 2003, a la que le siguieron las de Guillermo López el 23 de octubre de 2003 y de Adolfo Vázquez el 1 de septiembre de 2004. Finalmente, el ex juez Moliné O’Connor fue enjuiciado y destituido con fecha 3 de diciembre de 2003 por la causal de mal desempeño, acusado de haber legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento y haber abdicado de manera arbitraria de su responsabilidad de controlar la constitucionalidad en los términos del art. 14 de la ley 48¹⁹.

A los fines del presente planteo, es posible señalar que la conducta adoptada por Menem con respecto a la máxima institución del Poder Judicial constituyó su *modus operandi*, que fue replicado en aquellos cargos judiciales inferiores cuya independencia era capaz de conmovier, en favor de sus intereses personales o el de su entorno.

¹⁷ Margaret Popkin, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa*, Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? - Germán Burgos S. (Ed.) Colección Textos de aquí y ahora. 1ª Edición: ILSA. Bogotá, Colombia, 2003. Disponible en <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2189/Taq02-03-05.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁸ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Thomson Reuters La Ley, 2018, tomo II, p. 55.

¹⁹ Ver María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Thomson Reuters La Ley, 2018, tomo II, p. 60.

Resulta especialmente ilustrativo de esta situación el escándalo acaecido a propósito de los 13 jueces designados para integrar, nada menos, que la primera composición de la Cámara Federal de Casación Penal, creada durante la presidencia de Menem. Su selección por parte del entonces primer magistrado de la Nación habría tenido como consecuencia la renuncia del entonces Ministro de Justicia, León Arslanian; lo que generó repercusiones incluso, en la prensa de otros países.

En dicha oportunidad, el periódico “El País” de España publicó: *“[L]a designación de los 13 jueces que van a integrar la nueva Cámara de Casación, que se convertirá en el segundo tribunal en importancia después del Tribunal Supremo, fue el detonante que hizo estallar la tensión entre los miembros del Ejecutivo que quieren extender su influencia creciente sobre el Poder Judicial y un ministro que aspiraba, por trayectoria y vocación, a preservar esa independencia. Arslanian aceptó a nueve de los 13 jueces que le proponían, pero se resistió a la designación de tres hombres y una mujer sin otro mérito que sus vinculaciones con el presidente Carlos Menem. El ex fiscal del juicio a las juntas militares, Julio Strassera, dijo que la actitud del Gobierno de ‘copar el Poder Judicial’, dictar decretos y desconocer los fallos contrarios a sus deseos le hacía recordar a Hitler. Strassera aseguró a EL PAÍS que ‘el Gobierno marcha inexorablemente hacia el autoritarismo’.”*²⁰.

No debemos dejar de considerar, además, lo ocurrido a fines de la década de 1980 y principios de la de 1990, cuando el país se vio azotado por un proceso inflacionario que mermó el poder adquisitivo de los salarios, incluyendo el de los funcionarios judiciales. Esta situación, -señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 307:2174-, en conjunción con la falta de equiparación salarial correspondiente -reconocida por el Decreto 1770/1991-, produjo el éxodo de una gran cantidad de jueces del Poder Judicial; generándose un gran número de vacantes que debieron ser suplidas por el menemismo. Lo que resultó una oportunidad inmejorable para llenar los tribunales de jueces afines o poco independientes.

Carlos Menem consideró la potencial injerencia judicial un riesgo para las medidas de gobierno que tenía proyectado realizar, como las leyes de “Emergencia Económica” y de “Reforma del Estado”, los decretos de necesidad y urgencia, la ley de Obediencia Debida y los indultos, la remoción de los

²⁰ El País, 9 de septiembre de 1992; disponible en https://elpais.com/diario/1992/09/09/internacional/715989611_850215.html

miembros del Tribunal de Cuentas, los ‘ascensos’ de jueces a cargo de causas controvertidas, etc.²¹. También, evidentemente, una amenaza respecto de sus conductas ilícitas.

Como será desarrollado más adelante, en lo relativo al fuero penal, esta intromisión sobre el funcionamiento de la judicatura también estuvo dada con el propósito de obstruir y desviar las investigaciones de las causas en las que el imputado Menem y sus socios estuviesen encartados; y las acciones que la conformaron, persiguieron ralentizar el avance de los procesos y garantizar su impunidad.

La circunstancia de que el proceso de la causa en la que emitieran su fallo los Dres. Catucci y Riggi, se haya prolongado 19 años después que Menem cesó en el ejercicio de la primera magistratura, no contradice en modo alguno, el hecho evidente de que su dilación temporal ha sido producto de su injerencia política sobre el Poder Judicial. Esto, en tanto Menem continuó revistiendo el poder político suficiente para influir en la justicia a causa de dos factores: a) la influencia política y personal que continuó ejerciendo sobre muchos de los magistrados que él mismo se encargó de posicionar en puestos clave del Poder Judicial durante su década de gobierno, quienes continuaron en el ejercicio de sus cargos pese al cambio de gobierno; y b) la articulación de alianzas con el poder político de turno, luego de que cesara en su cargo. Sin embargo, los magistrados han obviado considerar estos factores de suma implicancia en el trámite de la causa.

En efecto, el 23 de octubre de 2005 Menem se presentó a elecciones para Senador Nacional por su provincia y obtuvo la banca correspondiente a la minoría, cargo público cuyo desempeño irregular mantiene hasta el presente. Si bien durante el comienzo del gobierno de los Kirchner, su relación con Menem aparentaba enemistad política, datos de las votaciones muestran que de 2005 a 2014, Menem estuvo ausente el 86,3% de los casos; en el 13,7% restante, es decir, cuando acudió al recinto para votar, en el 12,1% (correspondiente a 171 votaciones) votó a favor de los intereses del oficialismo²², en sesiones clave para sus intereses políticos. Así, de la totalidad de las sesiones en las que se presentó a votar, votó en un 88,32% a favor del oficialismo.

²¹ Carlos H. Acuña y Gabriela Alonso, La Reforma Judicial en América Latina: Un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México, Departamento de Humanidades Universidad de San Andrés, Enero de 2003, disponible en <https://home.udes.edu.ar/files/humanidades/DT28-C.pdf>

²² Diario La Nación, “Carlos Menem, un voto clave para el Kirchnerismo en el Senado”, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/1756359-carlos-menem-un-voto-clave-para-el-kirchnerismo-en-el-senado>

Resulta también esclarecedor del referido punto b) el contenido de un informe publicado en el sitio web “Chequeado - La verificación del discurso público”, que indica: “[a] pesar de las fuertes críticas que tuvo por parte de la gestión de Cristina Fernández de Kirchner, Menem votó casi un 90% a favor de los proyectos de ley aprobados en el Congreso con una mayoría del anterior oficialismo, es decir, del Frente para la Victoria (FpV). Esta tendencia no se ha modificado en 2016 y en lo que va de 2017: estuvo ausente en un 90% de las votaciones y, en las que asistió, su voto fue afirmativo en un 95 por ciento. El único proyecto de ley que votó en contra en este periodo fue la declaración de ‘emergencia pública en materia social por violencia de género en todo el territorio nacional’, que finalmente obtuvo media sanción de la Cámara alta. En las últimas elecciones legislativas, Menem se candidateó por la alianza Frente Popular Riojano acompañado por Hilda Aguirre. Sin embargo, en la actualidad el ex Presidente integra el monobloque Federalismo y Liberación y Aguirre el bloque PJ Frente para La Victoria”²³.

Respecto del trámite del proceso, nótese que habiendo iniciado la causa en marzo del año 1995, es recién en abril del año 2001 cuando se citó a prestar declaración indagatoria a Menem, y en julio de ese mismo año, se lo procesó por considerarlo *prima facie* responsable de la comisión de los delitos de asociación ilícita en carácter de jefe y falsedad ideológica de los decretos n° 1.697/91, 2.283/91, 1.633/92 y 103/95 (fs.19.586 y 24.167/24.435 respectivamente). Ello, pese a que ya se había indagado y procesado a varios involucrados en la ejecución de la maniobra delictiva investigada, la que se había perpetrado justamente, en virtud de órdenes suscriptas por el ex Presidente.

Todo lo expuesto precedentemente constituye una insoslayable prueba respecto a la intervención cierta que ha tenido el imputado sobre el proceso durante todos estos años, coartando la independencia del Poder Judicial en beneficio propio. Pese a ello, los jueces Catucci y Riggi aplicaron al caso la doctrina judicial del “plazo razonable”, omitiendo valorar esta circunstancia decisoria. Cuando, como dijimos, la aplicación de la misma impone a los jueces la obligación de examinar la conducta del procesado como un elemento imprescindible a los fines de juzgar la demora del proceso.

²³ Chequeado, la verificación del discurso público, *La candidatura de Carlos Menem: ¿cómo fue su desempeño en el Senado?*, 8 de agosto de 2017, disponible en: <http://chequeado.com/hilando-fino/menem-buscara-ser-reelecto-como-senador-como-es-su-desempeno-en-el-congreso/>

Así, en lo que a ello se refiere, la jueza Catucci no efectuó examen alguno de la conducta del imputado; en efecto, lo único que alcanza a leerse al respecto, es una mera fórmula “sacramental”, sin fundamento, al señalar: “[l]amentablemente la falla sólo es atribuible a los operadores procesales y no son los justiciables los que deben hacerse cargo...”²⁴.

Por su parte, el juez Riggi aborda teóricamente esta cuestión en dos partes; en la primera -ap. 3º.3, b) de su voto- expone en seis párrafos consideraciones en abstracto en torno a la conducta de los procesados con relación a la violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas²⁵; en la segunda, - ap. 5º.1 de su voto-, transcribe lo expresado por la Corte Suprema nacional a propósito de la atribución de las dilaciones del proceso a la conducta del imputado, citando los fallos “Goye”, “Barra” y “Acerbo”, sin efectuar una aplicación concreta de esta doctrina a los hechos del caso, esto es, a la conducta de los imputados en la causa sobre la que debía dictar sentencia. Así, si bien el juez Riggi enfocó su examen en la actuación de los órganos jurisdiccionales, tampoco dijo nada concreto sobre la conducta del imputado, más que las referida exposición teórica.

En efecto, pese a que la posición de poder de Carlos Menem y su incidencia en la Justicia se trata de una circunstancia de trascendencia institucional y de vital importancia para la causa; y a que era una exigencia requerida por la propia doctrina judicial que invocaron para resolver la extinción de la acción penal, los jueces decidieron soslayar absoluta y arbitrariamente este elemento. Tal como si el imputado Menem se tratase de un justiciable ordinario.

No obstante, y franca contradicción, los magistrados sí identificaron graves irregularidades en torno al trámite de la causa.

En lo concerniente al tiempo transcurrido, la juez Catucci advirtió sobre la existencia de: *“[g]raves defectos exhibidos en un trámite desmedidamente prolongado de 27 años transcurridos desde 1991 en que ocurrieron los hechos, durante los cuales se acumularon más de 300 cuerpos con miles de fojas, a través de las cuales todavía se discute la existencia o no de*

²⁴ Voto de la jueza Catucci en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p. 115.

²⁵ Voto del juez Riggi en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p.152.

contrabando, habiendo dejado pasar delitos mucho más graves. Circunstancias todas estas pocas veces vista en un proceso penal". Asegurando, como fue señalado, que "[l]amentablemente la falla sólo es atribuible a los operadores procesales y no son los justiciables los que deben hacerse cargo..."²⁶.

Por su parte, el juez Riggi, apuntó que: "... los hechos del presente legajo tuvieron su génesis hace más de dos décadas y, la tramitación del expediente, desde su inicio fue por demás engorrosa, lenta y **sin un claro norte tendiente a descubrir la verdad real de lo sucedido**. Y todo ello ocurrió por la exclusiva **desidia, inactividad o deficiencia en la técnica investigativa de los distintos órganos estatales intervinientes que resultaban los encargados de llevar adelante la persecución penal pública en tiempo y forma...**"²⁷.

Asimismo, en lo atinente al encuadre legal, los jueces advirtieron que a través de diversos actos procesales y sustanciales, **se desvió inadecuadamente la causa hacia un fuero carente de competencia para juzgar la totalidad de los delitos configurados por los hechos probados en las actuaciones**.

Tanto la dilación temporal como el desvío de la causa al fuero penal económico fueron explicados por los jueces a través de la adjudicación de "errores" (o sus sinónimos) a operadores judiciales intervinientes en el proceso penal: **en adelante, la "hipótesis del error"**.

Sentado cuanto precede, cabe cuestionarse: ¿es posible inferir razonablemente, conforme a un criterio jurídico independiente, que una gran parte de los decisores judiciales intervinientes -incluyendo fiscales y jueces- hayan errado en una cuestión tan elemental como es el encuadre jurídico de los hechos en los tipos penales? ¿Es posible inferir que estas conductas son el resultado de una mera secuencia de errores por parte de la mayoría de los operadores intervinientes? **¿Es razonable, en fin, que el conjunto de estos desvíos sea explicado mediante la hipótesis del error?**

²⁶ Voto de la juez Catucci en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2 en los autos "Menem, Carlos S. y otros s/ casación", p. 115.

²⁷ Voto del juez Riggi en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 33008830/1997/8/1/CFC2 en los autos "Menem, Carlos S. y otros s/ casación", ps.126.

Sin dudas no resulta verosímil, puesto que la probabilidad de error por parte de un número tan alto de operadores, es extremadamente baja, en virtud de que nos encontramos frente a cuestiones elementales en materia de derecho penal.

En efecto, **la hipótesis del error contraría una presunción elemental de nuestro ordenamiento jurídico**: esto es, que los jueces con competencia en materia penal poseen una formación suficiente en dicha rama del Derecho, como para advertir que los hechos de la causa no se encontraban subsumidos de forma limitada al delito de contrabando, sino que, además, podían subsumirse también en los delitos de falsificación material e ideológica de instrumento público (arts. 292 y 293 Código Penal), falsificación documental (art. 296 Código Penal), compromiso de la paz y la dignidad de la Nación (art. 219 Código Penal), violación de un tratado internacional (art. 220 Código Penal), violación de los deberes de funcionario público (art. 248 Código Penal), malversación de caudales públicos (art. 260 y ss. Código Penal), cohecho (art. 256 y ss. Código Penal), encubrimiento (art. 277 Código Penal) y asociación ilícita (art. 210 Código Penal); y que por lo mismo, la causa debía tramitar en el fuero federal a fin de que existiera la posibilidad de dictar una sentencia conforme a derecho.

Consiguientemente, no resulta plausible, por altamente improbable y jurídicamente inviable, asumir la ignorancia de derecho por parte de múltiples operadores judiciales que fueron, nada menos, que quienes confirmaron la delimitación de la competencia que conduciría a juzgar los hechos únicamente al tipo penal de contrabando, en instancias superiores de la organización jurisdiccional federal.

Es decir, nos encontramos ante a un escándalo jurídico, frente al cual la hipótesis del error se presenta manifiestamente incapaz de explicar.

En lo relativo al tiempo insumido -casi tres décadas-, las acciones judiciales que provocaron la dilación temporal del proceso de marras constituyen un elemento más dentro de aquellas que de acuerdo a los jueces se explican vía la hipótesis del error.

Citemos las partes más relevantes de las manifestaciones de los jueces Catucci y Riggi utilizadas para caracterizar el desenvolvimiento del proceso que condujo a la demora *sub examine*: los jueces identifican y señalan de forma expresa “**graves defectos**”, “**circunstancias pocas veces vista**”, una

tramitación “**sin un claro norte tendiente a descubrir la verdad real de lo sucedido**”, ocurrido por “**desidia, inactividad o deficiencia en la técnica investigativa**”.

Habida cuenta del contenido de estas afirmaciones, la hipótesis del error resulta nuevamente notoriamente contradictoria; repárese en que el juez Riggi señala de forma expresa que el conjunto del trámite no tenía por norte descubrir la realidad de lo sucedido; va de suyo, tampoco juzgarlo.

¿Cómo se compatibilizaría la existencia de meros errores materiales e involuntarios con la carencia -“desde el principio”- de un “norte tendiente a la dilucidación de la verdad real de lo sucedido”?

Deviene así ostensible que la hipótesis del error, sostenida tan livianamente por los jueces, no sólo es contradictoria con sus propias apreciaciones (que lejos de ser apreciaciones subjetivas, resultan objetivamente observables a partir de la compulsión de las actuaciones), sino que en el mejor de los casos, no alcanza para explicar, a través de su núcleo -la comisión de meros errores involuntarios-, el escándalo jurídico perpetrado por el aparato judicial el 10 de diciembre de 2001 (fs. 31.483/ 31.484) consistente en la desviación de la causa hacia el fuero penal económico, ni tampoco por qué el conjunto del trámite procesal presenta errores dilatorios tan groseros, ni por qué, de acuerdo a la apreciación de los jueces, la actividad judicial no estaba orientada a descubrir la verdad “real” de los hechos.

Esa explicación resulta tan deficiente, que deviene también inexplicable su adopción para elucidar las falencias identificadas por parte de dos jueces de Casación con más de un cuarto de siglo en el ejercicio de esta alta función.

Si la hipótesis del error se presenta, bajo un criterio jurídico independiente y objetivo, como absolutamente incapaz para explicar los hechos descriptos por los jueces en el caso de Menem, nos encontramos inmersos en un escenario notablemente más oscuro: aquel caracterizado por una pluralidad de decisores judiciales con el propósito intencionalmente ilegítimo de beneficiar, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, al ex presidente imputado. Pues el verdadero motivo que inspiró dichos actos, no fue la administración imparcial de justicia, sino la ejecución de una estrategia diseñada para reducir lo más posible, e incluso anular, la pena que correspondería al encartado por los hechos acreditados en la causa.

Ciertamente, no existen más que estas dos posibilidades en torno al desenvolvimiento del proceso descrito por los jueces, y una de ellas carece de razonabilidad para explicar las causas de los resultados observados.

Consecuentemente, **la hipótesis del desvío de poder se presenta como aquella con el mayor grado de probabilidad de acaecimiento a raíz de dos motivos: a) la hipótesis del error es manifiestamente insuficiente *per se* para explicar las características del proceso descriptas por los jueces, transcritas *supra*; y b) la hipótesis del desvío de poder no solo es la única que resulta acertada para explicar las causas de este resultado, sino que, además, existen circunstancias que la refuerzan; esto es, la capacidad política del afectado principal de incidir en el desenvolvimiento de la causa, sumado el alto grado de probabilidad jurídica de condena en base a los extremos acreditados a lo largo del proceso.**

Ni el lento avance, ni la efectiva probanza de hechos comprometedores de responsabilidad penal existente en la causa, constituyen óbices para la adopción de esta última hipótesis, toda vez que, como fue expuesto, ella no sostiene la existencia de complicidad por parte de la totalidad de los agentes judiciales, sino de una pluralidad de ellos, poseedores de la suficiente capacidad de decisión jurisdiccional como para materializar los groseros desvíos de índole jurídico-temporal que presentó de forma evidente el proceso en estudio.

La desviación intencional del fuero federal permitiría la circunscripción de los delitos a juzgar solamente al tipo de contrabando; de esta manera se reduciría notablemente la pena en comparación al concurso delictual que se hubiese configurado en el fuero federal, y se aumentaría el margen de maniobrabilidad técnico-jurídica en pos de evitar el encuadre de los hechos en el tipo.

Por su parte, el entorpecimiento u obstrucción de la celeridad del trámite permitiría, en caso de que el resto de las acciones fallara, apelar al instituto de la prescriptibilidad, o en su defecto, a la teoría de la irrazonabilidad del plazo, produciendo en ambos casos la extinción de la acción.

Sin embargo, ninguna de estas maniobras tendría éxito si no existieran jueces funcionales a la estrategia, dispuestos a fundar sus sentencias en la única hipótesis alternativa posible, la del error. Una operación de este tenor finaliza absolviendo al imputado y convirtiendo en víctima al victimario: todo ello al amparo de la aplicación de la ley y las

garantías constitucionales desplegadas nada menos que por los más altos tribunales de justicia del mundo entero.

Sin dudas, los jueces Riggi y Catucci fueron intencionalmente funcionales a toda la secuencia de acciones que ellos mismos describen, aunque responsabilizando a otras Instancias. Tal como la hipótesis del error resulta incapaz de explicar los desvíos identificados y descriptos por los magistrados en la causa, **tampoco puede explicarse cómo es que los jueces Catucci y Riggi, con tantas décadas de experiencia en el ejercicio de la magistratura, no han siquiera sospechado que las groseras acciones que identificaron no podían razonablemente ser producidas por simples desaciertos jurídico-procesales, teniendo en cuenta quién se encontraba imputado, su intencionalidad y su efectiva capacidad de injerencia en el Poder Judicial; máxime tratándose de una causa en la que se encuentra en juego su propia libertad.**

De hecho, frente a la mera sospecha de la existencia de maniobras destinadas a obstruir la causa y descarriarla al fuero penal económico, los magistrados tenían la obligación legal no solo de efectuar las denuncias correspondientes ante el Consejo de la Magistratura, sino de evitar ser funcionales a las maniobras tendientes a garantizar la impunidad de Menem.

Pese a ello, los jueces Riggi y Catucci accionaron de una forma **jurídicamente inexplicable:** frente al conjunto de desvíos groseros que identificaron en el proceso, se ampararon en la inverosímil hipótesis del error para consagrar desvíos de poder, absolviendo a la totalidad de los imputados por medio de la aplicación arbitraria de una doctrina cuya base fundamental, el retardo del trámite, fue causada por el propio imputado.

De esta manera, los magistrados que se ven alcanzados por la presente denuncia pusieron en evidencia, por medio del contenido de su sentencia, su carácter de partícipes necesarios en el ardid tendiente a garantizar la impunidad del ex presidente Menem, objetivo que al estado presente de cosas, se habría alcanzado con éxito.

A fin de esclarecer lo sostenido por la hipótesis del desvío de poder, cabe traer a colación lo que ha sido señalado por el Jurado de Enjuiciamiento en el caso “Brusa”: *“el enjuiciamiento se debe llevar a cabo sobre la base de la imputación y demostración de hechos o sucesos concretos, y no de apreciaciones difusas, pareceres u opiniones subjetivas, sean personales o colectivas. El texto del artículo 53 exige así interpretarlo, pues de otro modo se llegaría a una conclusión que significaría prescindir de sus orígenes y*

su letra (...) Cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en forma reiterada que el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sea idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función (Fallos, 266:315, 267:171, 268:203, 272:193, 277:52, 278:360, 283:35, 301:1242) y que está fuera de toda duda, como ya se dijo ut supra, que ‘son los hechos objeto de la acusación’ los que determinan la materia sometida al juzgador (conf. Doctrina de la causa ‘Nicosia’, Fallos, 316:2940)”²⁸.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, es posible descartar sin hesitaciones, que las circunstancias denunciadas carezcan de bases probatorias, puesto que el conjunto de indicios sobre los que estriba la evidencia que la sostiene, radica precisamente en: a) el accionar mismo de los órganos judiciales, evidenciados en el expediente de la causa y puestos de manifiesto por los jueces Catucci y Riggi en la sentencia; b) el conjunto de investigaciones y documentos generados por el periodismo, la academia, organizaciones de la sociedad civil, partidos políticos y los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación, de público acceso y notorio conocimiento, confeccionados a lo largo de estos últimos 28 años, relativos a las injerencias de Menem en el Poder Judicial²⁹; y c) el contenido de la sentencia (en la que, como fue expuesto, se esgrime una hipótesis absurda, con una resolución absolutoria a favor de Menem, que se condice con la hipótesis alternativa posible)³⁰.

²⁸ Caso “Brusa”, consid. 15.

²⁹ Incorporar la totalidad de esta documentación sería innecesariamente oneroso, en virtud a que se trata de una situación que no solo se puede presumir, sino que además formó parte de la historia argentina.

³⁰ Sin perjuicio de que la hipótesis aquí descripta sea susceptible de generar responsabilidad penal en los autores de la sentencia en crisis, no debe confundirse ni en procedimiento ni tampoco los estándares probatorios necesarios para la configuración de estos distintos tipos de responsabilidad. En Fallos 287:103 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que “...la circunstancia de que la justicia criminal haya dictado auto de sobreseimiento definitivo en la causa por falsedad de instrumento público instruida a raíz de la denuncia efectuada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, no excusa la gravedad de la falta que cabe atribuir al titular del Juzgado, cuya corrección excede las facultades disciplinarias y de superintendencia de los tribunales superiores (art. 16 del decr. ley 1285/58). Corresponde, en consecuencia, poner los hechos en conocimiento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, a los fines que estime corresponder (art. 45, Const. nacional)”. Como señalara Joaquín V. González, el juicio político es una “investigación hecha por el pueblo a través de sus representantes, tiene por finalidad, hacer cumplir el principio que todo funcionario público, incluidos los jueces, son responsables, y tiene por único y exclusivo objeto hacer efectiva esa responsabilidad (...) y cuando medie delito definido por las leyes (...) el propósito del juicio político no es el castigo de la persona delincuente, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso del poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo” (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, 26° ed., Buenos Aires, 1971, p. 390). Este asunto ha sido expuesto con claridad en el caso “Nicosia” (Fallos 316:2940).

Frente a conductas manifiestamente arbitrarias en el ejercicio de la actividad jurisdiccional que no puedan ser explicadas por otros motivos más que por la existencia de un desvío de poder por parte de los jueces intervinientes en la causa, máxime en asuntos de altísima trascendencia institucional; no caben dudas de que quienes hayan dictado dichas sentencias deben ser removidos.

3. Desvío de poder por parte del juez Carlos Mahiques

El juez Mahiques emitió un voto en disidencia, diferenciándose de sus colegas preopinantes. En su voto, coincide con los jueces de la Sala I que emitieron el fallo condenatorio de fecha 5 de marzo de 2013, en lo relativo a la configuración del tipo penal de contrabando a partir de los hechos acreditados en la causa; no obstante, difiere con los mismos respecto a la acreditación de la existencia de dolo por parte de Menem y Cornejo Torino.

En efecto, contrariamente a lo señalado por el fallo condenatorio, Mahiques considera que no ha logrado acreditarse el dolo respecto de Menem y Cornejo Torino; concluyendo que en el caso, existió un supuesto de desviación de poder. Ello, según su voto, en tanto la decisión política contenida en el acto administrativo se había utilizado con propósitos distintos a los que éste previó.

Posteriormente, en sus apartados XIV, XV, XVI y XVII se encarga de refutar los indicios probatorios sobre los que la Sala I de la Cámara de Apelación, resolvió con fecha 5 de marzo de 2013, tener por acreditado el conocimiento de Menem sobre la realidad de los hechos.

Seguidamente, en su apartado XVIII, aborda la cuestión de la especial jerarquía funcional del ex Presidente con relación a los crímenes probados en la causa.

Al respecto, es dable advertir que las consideraciones efectuadas por este juez con relación tanto a los indicios probatorios como a la ponderación jerárquica y funcional de Menem en el aparato de gobierno, se manifiestan como arbitrarias y tendenciosas; a partir que evidencia el mismo propósito encubierto que los otros dos magistrados de la misma Sala, de beneficiar al senador y ex Presidente Menem.

Comenzaremos en primer lugar por examinar la cuestión de la especial jerarquía funcional del ex presidente; seguido a ello abordaremos la cuestión de los indicios.

A propósito de lo resuelto por la anterior conformación de la Sala I de la Cámara casatoria, el magistrado destaca que “[e]l tribunal se limitó a indicar que la intervención de Menem se dio ‘en forma previa al egreso de los embarques’, en función de la especial jerarquía funcional que ostentaba en relación a los demás intervinientes en los hechos. Que desde esa situación de poder, era el único que podría decidir sobre el destino de las exportaciones por medio de las autorizaciones contenidas en los decretos; que esa ‘exclusividad’ como presidente le confería una preeminencia en orden a la determinación del curso de los sucesos, lo que quedó en evidencia ‘por la pasividad que tuvieron gran parte de los organismos públicos frente a la información que arribaba a los mismos acerca de estos hechos’³¹. Discrepando con lo resuelto al sostener que “[s]i bien es claro que en su carácter de Presidente de la Nación ostentaba una posición de especial relevancia y preeminencia, no es jurídicamente admisible que de esa sola circunstancia se derive su responsabilidad penal por la actuación dolosa o culposa que pudo haberle a cualquiera de sus subordinados o integrantes de los organismos de la administración”³².

Sin dudas, la aseveración efectuada por Mahiques, no solo contraría el avance de la dogmática penal relativa a las relaciones poder en las organizaciones criminales, sino que también denota un inexplicable desconocimiento respecto de la física del poder en las relaciones humanas; o al menos, una manifiesta carencia de sentido común para interpretarlas.

La autoría en virtud de las relaciones de poder carece de novedad en la de la dogmática penal. Tal como ha sido expresado, “[s]i bien el derecho penal está estructurado pensando en un autor individual frente a un hecho determinado, la teoría jurídica se ve desafiada por nuevas modalidades de organización social, que involucran en cada acto complejas relaciones, tanto respecto a los hechos como a la intervención de los autores, ejecutores directos, indirectos, inductores, partícipes, coautores”³³; desafío que exhibió su máximo exponente en la comisión de actos criminales por parte de inmensas y altamente complejas organizaciones delictivas durante el transcurso de la Segunda Guerra mundial.

³¹ Voto del juez Mahiques en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 3008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p. 280.

³² Voto del juez Mahiques en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 3008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p. 281.

³³ Bruera, Matilde: “Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”, en AAVV, ‘Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales’, Edición Homenaje al Dr. Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001. Edición dirigida por Carlos Julio Lascano (h).

Frente al avance de la realidad, el jurista Claus Roxin desarrolló hace más de medio siglo la denominada “*teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder*”, a fin de explicar la responsabilidad penal de los jefes en el régimen nazi, a través de la autoría mediata pero con aparatos de poder organizados, como lo dice su nombre. A partir de lo cual, “...*la figura de la autoría mediata se ha venido legitimando en marcos jurídicos relevantes, como la puesta en práctica y la historia han podido demostrarlo, y en ese sentido, se ha tornado en marco referencial evolutivo de imputación de responsabilidad penal del sujeto de atrás, como mediador del hecho ilícito penal, sin que se disponga material e inmediatamente de sus capacidades y de su fuerza para el desarrollo fáctico de la consecución del delito*”³⁴.

Tal como lo explica Roxin, en supuestos como el analizado en el caso, “[e]l verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización, porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide”³⁵.

Es así que, para que se configure este tipo especial de autoría, debe atenderse a principios estructurales del dominio de la organización, esto es, el criterio de *fungibilidad* o *intercambiabilidad* del instrumento, el poder de mando, la desvinculación jurídica, y la disposición incondicional del ejecutor para realizar el hecho. De todos ellos, **el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, es la posibilidad de llevar a cabo la voluntad del jefe máximo de la organización delictiva a través la ejecución de órdenes independientemente de que quién sea el ejecutor**, puesto que la organización cuenta con múltiples sujetos dispuestos a cumplir dicha función, caracterizándose por su fungibilidad, como quedó dicho.

³⁴ Omar Huertas Díaz, Carolina Amaya Sandoval, Germán Darío Malte Ruano, “*Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito*”, p. 84, disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a06.pdf>

³⁵ ROXIN, Claus, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad de Pablo de Olavide, Sevilla, Revista de Estudios de la Justicia, (7), p. 11-22, 2006.

De este modo, “[l]o que garantiza al sujeto de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar el suceso es la ‘fungibilidad’, la sustituibilidad o reemplazabilidad sin límites del autor mediato. El que actúa de manera inmediata es sólo una ‘pieza o ruedecilla’ intercambiable en el engranaje del aparato del poder”³⁶; “mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, **en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se ascienda en la escala jerárquica del aparato**”³⁷(el resaltado no obra en el original), apuntando también que “[e]l caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, **puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley**” (el resaltado no obra en el original)³⁸.

Por lo mismo, de forma contraria al proceder del Juez Mahiques, debió dársele la relevancia jurídica suficiente a la posición en la pirámide de mando político y el gran poder que revistió Menem durante su mandato -tal como fuera desarrollado en los puntos precedentes-, al momento de juzgar la responsabilidad del ex Presidente por el hecho delictivo acreditado en los autos. Puesto que la misma posee la misma contundencia fáctica y jurídica que -utilizando una conocida expresión metafórica- “*un elefante en la habitación*”³⁹.

³⁶ ROXIN, Clauss, Derecho Penal. Parte General, 1ª edición, Thomson Reuters-Civitas, 2014, Tomo II, p. 112.

³⁷ ROXIN, Clauss, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, 7ª edición, 2000, p. 274.

³⁸ Roxin, Clauss, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, España: Marcial Pons, 1998, p. 277. Roxin planteaba en su obra original que para la configuración de este supuesto era también necesario que la existencia de la organización existiese fuera de un Estado de Derecho. No obstante, Kai Ambos (Ambos, Kai: “Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, traducción de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998) señaló la innecesariedad de dicha nota, apuntando que “[s]i el aparato no está fuera del ordenamiento jurídico, sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho de los hombres de atrás es mayor que en el caso del aparato desvinculado del derecho”, postura que prevaleció en el Tribunal Supremo Alemán en el caso “guardianes del muro”.

³⁹ En inglés, elephant in the room («elefante en la habitación») es una expresión metafórica que hace referencia a una verdad evidente que es ignorada o pasa inadvertida. También se aplica a un problema o riesgo obvio que nadie quiere discutir (Cambridge University Press. (2009). Cambridge academic content dictionary, p. 298). Se basa en la idea de que sería imposible pasar por alto la presencia de un elefante en una habitación; entonces, las personas en la habitación que fingen que el elefante no está ahí han elegido evitar lidiar con el enorme problema que implica (Sánchez-Cuenca, Ignacio (1 de febrero de 2017). «El elefante en la habitación». InfoLibre).

En efecto, como fuera señalado, al momento de la comisión de estos crímenes contra la Nación, Menem ostentaba la máxima jerarquía formal y política en un país hiperpresidencialista; durante diez años fue la persona más poderosa de la Argentina en términos normativo-institucionales y también políticos. Además, mantenía estrechos vínculos jerárquicos con sujetos condenados por haber intervenido en la maniobra de ejecución del hecho delictivo. Así, **en contradicción con lo que examina Mahiques, lejos de haber ostentado una mera jerarquía formal como Presidente de la Nación, Menem ejercía un vasto poder político real sobre el conjunto del Estado y sus funcionarios.**

Por lo mismo, el caso presenta las características básicas de los principios del dominio mediato de la organización a través de aparatos de poder, con relación al conjunto de sujetos cuya condena fue confirmada por Mahiques en su voto. Sin perjuicio de lo cual, es de considerar que además, en el caso que nos ocupa, Menem no solo poseía capacidad de nivel estratégico superior – *“del hombre de atrás”*- de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le estaba subordinada, y de reemplazar fácilmente a los sujetos de mandos medios poseedores de las funciones estatales necesarias para llevar adelante la operación (fungibilidad); sino que también participó del hecho de forma directa, suscribiendo los decretos que sirvieron de base a la maniobra delictiva en cuestión.

Máxime cuando un análisis basado en el simple sentido común, indica que la conclusión a la que arribó Mahiques acerca del desconocimiento de Menem resulta ridículamente inverosímil; en virtud del **conocimiento de hechos relevantes que proviene del flujo de la información en las organizaciones de poder. Recordemos que la aplicación de las máximas de la experiencia forma parte de las reglas que rigen el sistema valoratorio de la sana crítica.**

Ciertamente, se muestra como una máxima de la experiencia que el flujo de información en toda organización humana jerárquicamente organizada corre desde las bases hacia la cúpula; en la gran mayoría de los casos, **la cúpula de una organización jerárquica en la que el líder ejerce poder formal y también real, se encuentra en conocimiento de las cuestiones más relevantes que acaecen en la organización. De hecho, contar con información es un presupuesto necesario para el ejercicio del poder, y el poder, a su vez, se caracteriza por la capacidad de acceso a la información.**

Si bien es acertado señalar que a mayor tamaño y complejidad de la estructura, disminuye la información del jerarca relativa al “detalle” de la totalidad de los hechos que suceden en la misma; no es menos cierto que si éste ejerce poder real, también poseerá conocimiento de los hechos más importantes de la organización, a causa justamente del referido flujo de la información, consecuencia del ejercicio del poder.

Consiguientemente, en los casos en los que se encuentra acreditada la existencia de una relación de poder real de un sujeto respecto de una organización criminal, **cuando el hecho acaecido en su seno es de una magnitud tal que resulta virtualmente imposible el desconocimiento absoluto por parte de su jerarca, debe ponderarse especialmente la altísima probabilidad de que éste posea conocimiento del hecho, en conjunto con el resto de los indicios de la causa.**

En efecto, en el caso bajo examen se corroboró un hecho con una dimensión tal que poseía capacidad suficiente como para poner en peligro las relaciones y responsabilidad jurídica de la totalidad del país frente a la comunidad internacional; siendo pasible, incluso, de generar un conflicto bélico. Asimismo, dicha acción fue realizada en supuesta ejecución de instrucciones impartidas por el máximo jerarca de la organización estatal: se trató nada menos que de múltiples maniobras realizadas por una organización conformada por funcionarios estatales entre 1991 y 1995 -bajo la línea jerárquica de poder formal y real de Menem- con el objeto de trasladar 6.500 toneladas de material bélico de fábricas y unidades militares argentinas a países que se encontraban transitando situaciones internacionales de conflicto bélico y frente a las cuales la Argentina tenía una obligación jurídica internacional de no agravar ni interceder. Habida cuenta de ello, **a contrario de lo considerado por Mahiques, resulta absolutamente inverosímil sostener que Menem se encontraba completamente alienado de esta situación.**

En este entendimiento, lejos de servir de base a un supuesto objetivo de atribución de responsabilidad, -tal como señaló el juez- el poder de mando del ex presidente y los efectos del poder real que ejerció durante diez años es un hecho que debió ser ponderado adecuadamente; pese a ello, Mahiques equiparó, en sus efectos, la posición de poder de Menem y sus relaciones con los miembros de la organización delictiva a la de un sujeto ordinario.

Por todo lo expuesto, lejos que pretender efectuar una impugnación judicial de los argumentos esgrimidos por el juez para arribar a su sentencia, o de expresar una mera disconformidad con su

criterio jurídico; lo expresado precedentemente persigue demostrar que un juez que hubiese efectuado una intervención imparcial, intelectual y moralmente proba en el asunto que nos ocupa, no debió dejar de considerar elementos tan evidentes como esenciales para proceder a la resolución del caso.

Ciertamente, la autoría de Menem en virtud del manejo de un aparato de poder, debió haber sido el punto de partida obligado a fin de examinar su participación delictiva en la organización criminal, para luego proceder a considerar la valoración los hechos indiciarios acreditados en la causa que conducían a probar su obrar doloso⁴⁰, los cuales, a su vez, debieron ser considerados en su conjunto y no de forma aislada.

Lejos de ello, el juez Mahiques se apartó arbitrariamente de las reglas básicas de la sana crítica; asignando un peso nulo a la jerarquía del imputado sobre la organización criminal y los indicios existentes, para proceder a refutar cada uno de éstos últimos, con explicaciones justificatorias carentes de solidez racional suficiente. En un ejercicio similar al que, en todo caso, llevaría a cabo un abogado defensor y no un juez imparcial.

Nuevamente, excede el objeto de la presente refutar cada uno de los argumentos del juez, en tanto lo que se persigue es dar cuenta del grado de arbitrariedad inexplicable que contienen los fundamentos aparentes de su voto; por lo que para percatarse de ello, resulta suficiente señalar tres de los indicios que Mahiques utilizó para intentar sustentar la postura según la cual Menem fue ajeno a todo lo sucedido:

1) El magistrado desacreditó el hecho de que al momento de firmar los decretos Menem supiera que Panamá se encontraba invadido por los Estados Unidos de América -y que en consecuencia, al momento de los hechos el gobierno de Panamá ya había decidido eliminar su ejército nacional- alegando que los testigos que refirieron a la situación de Panamá en esos años reflejan un “... *relato de cada percepción personal de la situación política de Panamá y de sus fuerzas de seguridad entre los años 1990 y 1992, pero nunca se atribuyó a Menem estar en conocimiento de lo expuesto, antes, durante o con posterioridad a que éste firmara los decretos del año 1991*”. Es decir, pese a que la invasión estadounidense y la eliminación del ejército panameño fueron hechos de relevancia histórica e internacionalmente conocidos, el juez utilizó los relatos de los testigos para señalar que no se encontraba acreditado que el entonces Presidente de la Argentina (que es quien concluye y firma

⁴⁰ *Brevitatis causae*, invitamos a que se releen los argumentos expuestos de forma clara y concisa por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en la sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, p. 189-199.

tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules, y es el comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación) se encontrara en conocimiento de ello⁴¹;

2) Asimismo, Mahiques ignoró que en el Decreto de exportación de armas, se incluyeron materiales incompatibles con el tipo de fuerza del país que lo recibiría;

3) En relación al hecho probado en la causa, respecto a que el gobierno argentino no informó a los embajadores argentinos en Panamá ni en Venezuela la exportación de aproximadamente 6.500 toneladas de armamento a dichos países; para desvirtuar dicha prueba, Mahiques sostuvo que: “[t]ampoco surge de la sentencia que haya existido una obligación específica del ex presidente de dar noticia a los embajadores de esta clase de obligaciones”⁴².

Así, en ejercicio de esta exégesis arbitraria, Mahiques refutó los fundamentos de Madueño, Cabral y Gemignani con argumentos dramáticamente irrisorios. Lo que da cuenta, junto con un apartamiento injustificado de las reglas de la sana crítica y falta de ponderación de la jerarquía del imputado sobre los autores y partícipes del delito, de la existencia de otro supuesto de desvío de poder por parte del tercer juez de la Sala I de Casación; evidenciando una clara intención de favorecer a Menem.

4. Corolario

Por todo lo expuesto, este pronunciamiento, con apariencia de resolución judicial, está muy lejos de ser realmente una sentencia judicial; y por su arbitrariedad y manifiesta contradicción con el sentido común, provoca el efecto contrario al que debería producir la actuación de la justicia en la sociedad.

El ciudadano promedio, aún sin conocer los hechos de la causa, difícilmente creería que Menem desconoció absolutamente el contrabando de 6.500 toneladas de armas realizado bajo su nariz

⁴¹ Voto del juez Mahiques en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 3008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p. 272 y ss.

⁴² Voto del juez Mahiques en la sentencia de fecha 4 de octubre de 2018 recaída en la causa n° CPE 3008830/1997/8/1/CFC2 en los autos “Menem, Carlos S. y otros s/ casación”, p. 273.

por integrantes de su propio gobierno. Porque sin dudas, resulta inverosímil hasta para el más crédulo y desprevenido.

Y lo afirmado precedentemente “[n]o quiere decir que la justicia deba satisfacer el morbo ciudadano sino por el contrario aplacarlo con sabiduría; y es que una sentencia que no satisface el morbo ciudadano pero que lo acalla con su contenido no puede ser calificada de otra manera sino como una *sentencia sabia*”⁴³. Lo contrario es lo que ha ocurrido con la sentencia dictada por los tres magistrados que vengo a denunciar, que lejos de aplacar la duda ciudadana con sabiduría, genera la legítima desconfianza del ciudadano promedio, que no comprende cómo es que se pudo haber arribado a tan absurda resolución judicial.

5. Peligrosidad de la extensión de la arbitrariedad manifiesta en la presente causa a otros casos análogos

Tal como fue expuesto *ut supra*, la finalidad y el sentido último de la responsabilidad política es el asegurar el buen funcionamiento del sistema institucional, removiendo los obstáculos que impiden un adecuado ejercicio del poder público, asegurando sus condiciones y exigencias básicas de credibilidad y eficiencia.

Lo que en definitiva tendrá que valorar el Jurado de Enjuiciamiento es si el mal desempeño de los jueces Catucci, Riggi y Mahiques hace desaconsejable la continuidad de los denunciados en sus cargos hacia el futuro.

En efecto, así como la arbitrariedad de la aplicación de la doctrina de la irrazonabilidad del plazo será siempre útil a las operaciones de retraso procesal, cuando todo el resto falle; la falta de acreditación del dolo podrá ser utilizada por jueces carentes de independencia, a fin de absolver a los altos mandatarios, invocando la inexistencia de pruebas que acrediten el conocimiento de éstos sobre los aberrantes hechos de corrupción ejecutados por sus subalternos.

Ello por cuanto, aún cuando la experiencia y los indicios resulten abrumadores, podrá apelarse, tal como lo hizo Mahiques, a ignorar el sentido común y la experiencia; con el fin de exponer un fundamento aparente “liberador”.

⁴³ Boris Barrios González, *Teoría de la Sana Crítica*, p. 49. Disponible en http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

Actos jurisdiccionales como los analizados en la presente, que revisten un alto grado de arbitrariedad y desviación de poder, constituyen todo lo contrario a lo que resulta necesario para afianzar la justicia, toda vez que no solo se trata de una desnaturalización arbitraria y delictiva de la doctrina aplicada, sino que en su arbitrariedad desconoce injustamente el interés público, es decir, el interés del conjunto de los argentinos en juzgar y en su caso condenar hechos de corrupción.

La aplicación desviada de las instituciones jurídicas empleadas por los jueces Catucci, Riggi y Mahiques se presenta como una herramienta funcional al interés y estrategia de políticos corruptos, premiando con la absolución a los autores del saqueo a las arcas públicas en un país con una pobreza estructural que ronda el 30% de la población.

Habida cuenta de ello, **los Consejeros tienen la obligación institucional de evitar que estos casos se vuelvan a repetir, sancionando y/o removiendo a aquellos magistrados que hubieran faltado a su deber.**

VI. DE LA INSTITUCIÓN JUICIO POLÍTICO Y EL ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS

El artículo 53 de nuestra Carta Magna establece, junto con el artículo 59 y 60, el proceso excepcional de juicio político. La finalidad de este proceso consiste en la inmediata investigación por parte del Congreso de la conducta del funcionario denunciado a fin de determinar si el mismo incurrió en alguna de las causales previstas para la remoción; el objetivo inmediato es el ejercicio de uno de los controles políticos interórganos. En este caso, el efectuado por el Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

Así debe entenderse al Juicio Político como parte del control político, con propósitos políticos, promovido por culpas políticas, cuya consideración incumbe a un cuerpo político. Se trata, entonces, de una institución política y por ende no se encuentra sujeta a normas estrictas de carácter judicial. Aunque no debe entenderse como una omisión del debido proceso y la defensa en juicio.

Resultando de aplicación al caso, lo dispuesto por el artículo 115 de la CN, que establece que los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Por ello se dice que la finalidad del Juicio Político, aplicable también al caso de enjuiciamiento a los jueces, se dirige a hacer efectivo el principio de responsabilidad del funcionario público y proceder a la separación del cargo del “servidor indigno”. Según Raúl Cárdenas “... *la naturaleza jurídica del juicio político, gira sobre hechos no delictuosos y concluye con la separación e inhabilitación, en su caso, del alto funcionario público que ha perdido la confianza pública; por lo tanto es ajeno a la actividad judicial*”.

V. LA PROCEDENCIA DEL JUICIO POLÍTICO. EL MAL DESEMPEÑO CONFIGURADO EN EL CASO

En el caso de juicio político o enjuiciamiento a Catucci, Riggi y Mahiques, el mal desempeño supone una valoración político institucional teniendo a la vista los resultados y consecuencias de su obrar para las instituciones o para la confianza pública. Esta causal permite una valoración amplia pues se trata de la falta de idoneidad no solo profesional o técnica, sino también moral, como la ineptitud, la insolvencia moral, todo lo cual determina un daño a la función, o sea a los intereses generales de la Nación.

Lo cierto es que de las circunstancias expuestas, se desprende que los magistrados han obrado con arbitrariedad manifiesta en el ejercicio de sus funciones, en tanto resulta evidente la intención con la que has actuado a fin de absolver al imputado Menem. Esto, en claro incumplimiento de la Constitución Nacional .

Y para impulsar el presente pedido no se ha omitido considerar que la remoción es un acto de trascendental gravedad, que no puede estar sustentado meramente en consideraciones respecto de la forma en que se resolvió una causa, toda vez que las irregularidades deben aparecer “...enderezadas y

concatenadas entre sí para acreditar la existencia de alguna finalidad distinta de aquélla que impregna la administración de justicia y que muestre un patrón de conducta disvalioso y censurable en la conducta del magistrado. Este Jurado ha mantenido su criterio en el sentido de que el contenido de las sentencias no es materia de su incumbencia, ni su examen puede ser determinante de la remoción de un magistrado...” (Causa n° 15 “Mahdjoubián”, considerando 38).

En tal sentido, las causales descriptas en los acápite precedentes permiten asegurar que las arbitrariedades cometidas por los jueces Catucci, Riggi y Mahiques, que son objeto del presente reproche, van más allá del aspecto “opinable” de una resolución jurisdiccional. Las referidas irregularidades son prueba indiscutible de su mal desempeño y, en efecto, aparecen claramente enderezadas y concatenadas entre sí para acreditar la existencia de alguna finalidad distinta de aquélla que impregna la administración de justicia: el beneficio del ex presidente Menem. Lo que además, podría ocultar alguna conducta ilícita, si dicha finalidad estuviera atada a algún tipo de beneficio propio.

En general, se puede decir que se configura el mal desempeño cuando un magistrado ha perdido las condiciones necesarias para continuar en el ejercicio de su función. Es decir que no cuenta con la idoneidad suficiente para mantener el cargo, entendiendo como condiciones de idoneidad, entre otras, la buena conducta personal, salud física, equilibrio psicológico, independencia, imparcialidad, integridad, etc.

La inamovilidad de los jueces como la intangibilidad de sus remuneraciones no deben considerarse privilegios sino garantías del buen funcionamiento judicial, mediante el dictado de sentencias ajustadas a derecho y una diligente prestación del servicio de justicia.

En efecto, la figura del mal desempeño adquiere su real dimensión cuando la conducta del juez cuestionado resulta violatoria de uno de los deberes fundamentales de la magistratura, cual es el de su imparcialidad.

El deber de imparcialidad del juez es un imperativo ético y legal. Al respecto, el estatuto universal del Juez señala que *“El juez debe ser y parecer imparcial e independiente en la tramitación y resolución de las causas...”*. Resultando evidente que los magistrados cuyo juicio político aquí solicitamos, se apartaron de tal mandato.

Por el conjunto de razones expuestas, y tal como fue indicado en el objeto de la presente, solicito se disponga la apertura del procedimiento de remoción de los jueces Catucci, Riggi y Mahiques de la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina, se ordene la suspensión de los mismos en el ejercicio de los cargos que desempeñan, y se formule la acusación y enjuiciamiento correspondientes.

Sin otro particular, saluda a Ud. atentamente.

