

Imprescriptibilidad de los Delitos de Corrupción

Autor: Dr. Mariano Hernán Da Vila

De los hechos:

El 24 de octubre de 2003 el Sr. Fiscal Oscar Gutiérrez Eguía efectuó requerimiento de instrucción, a raíz de los hechos denunciados por la Sra. Pagalday.

El 11 de febrero de 2004, se designó audiencia para recibir la declaración indagatoria de Erwin Darío Leitner, respecto de la comisión del delito previsto por el art. 293 del C.P. El día 5 de mayo de 2004, el Sr. Juez de grado designó audiencia a fin de recibir la declaración indagatoria de Julián Mauricio Luege respecto de la comisión de los delitos previstos por los arts. 172 y 293 del C.P. y, se dictó falta de mérito respecto del nombrado. El día 23 de junio de 2004, se designó audiencia para recibir la declaración indagatoria de Daniel Marino Mazzochini y Carmelo Bova respecto de la comisión de los delitos previstos por los arts. 172 y 293 del C.P. y se dictó, nuevamente, la falta de mérito respecto de los nombrados.

El 25 de febrero de 2005 el Dr. Daniel Marino Mazzochini se presentó solicitando su sobreseimiento por prescripción de la acción penal. Sergio Alejandro Franco (fiscal) efectuó dictamen postulando que correspondía declarar prescripta la acción penal, y por tanto dictar el sobreseimiento respecto de Daniel Marino Mazzochini, Martín Serravalle y Erwin Eduardo Darío Leitner. Así las cosas, el día 23 de marzo de 2005, el Sr. Magistrado de primera instancia resolvió: No hacer lugar a la prescripción solicitada a fs. 570/573 y calificar la conducta endilgada a Daniel Marino Mazzochini, Carmelo Bova y Martín Serravalle, como la de uso de documento privado falso en concurso ideal con el delito de estafa procesal, para el primero de ellos en concurso real por reiteración de hechos, y a Edwin Darío Leitner y Julián Mauricio Luege en el carácter de partícipes necesarios de estafa procesal en concurso real para Leitner, por reiteración de hechos (art. 296 en función del art. 292 y 172, 54 y 55 del C.P.).

El Sr. Fiscal ante la Cámara señaló no coincidir con el planteo defensivo ni con el ensayado por el Fiscal de grado, pues se ha soslayado la investigación con parcelamientos de conductas que en definitiva propician la impunidad de los imputados.

Refirió, a su vez, que del trámite que se ha reunido en los sumarios administrativos labrados por la Cámara y en las primeras intervenciones de ese ministerio, siempre se apuntó a la responsabilidad penal del otrora titular del Juzgado Federal N° 4 de esa ciudad (Dr. Julio César Miralles), sin cuya intervención este favorecimiento en el trámite de los expedientes del denominado “corralito financiero” no hubiese sido factible.

Subsumieron los hechos imputados al Dr. Miralles en las previsiones del art. 257 del C.P. que tiene una pena de 12 años (aclaró que el Dr. Miralles renunció a su cargo el 9 de octubre de 2006 siendo aceptada su renuncia por Decreto 1407 del PEN), y proyectó esta calificación legal sobre el resto de los imputados, valorando su necesaria intervención en los términos del art. 258 del Código Penal, más allá de los encuadres penales que respecto de cada uno se hicieran oportunamente.

.....

A modo de prieta síntesis podemos enumerar dos líneas argumentales sobre las cuales se sostiene el fallo; por un lado, contamos con el desarrollo postulado por el Dr. Schiffrin quien sostiene que los delitos de cohecho pasivo agravado –entre otros delitos contra la Administración Pública- son la manifestación en el Código Penal del delito constitucional individualizado en el Art. 36 de la CN, y que a consecuencia de ello devienen en imprescriptibles. Y, por otro lado, el voto de la Dra. Calitri esgrime que los delitos de corrupción pueden ser calificados como “otros actos inhumanos” provocando como consecuencia el merecimiento de un tratamiento análogo a los delitos contra la humanidad y, por ello, serían imprescriptibles.

En un tercer orden de ideas el voto del Dr. Alegre no ingresa al análisis de fondo sobre la fundamentación de la imprescriptibilidad de los delitos endilgados, al entender que no procede la prescripción en tanto no se da el cómputo de los plazos para tenerse por prescripta la acción penal. Lo cual nos releva de poner el foco de análisis sobre sus argumentos.

Es así que a los fines de un mejor orden expositivo elegimos tomar el plexo argumental de los dos primeros votos referenciados por separado para estudiar su fundamentación, y las posibles críticas que pudieran derivar de los mismos.

Voto del Dr. Schiffrin.

El desarrollo argumental esbozado por el decisor es una extraña conjunción –a nuestro entender- de complacencia con el clamor popular, una interpretación sesgada entre moral y derecho, y un análisis fragmentario del Art. 36 de la CN; con la intención de tener por justificada la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública, en particular, de aquellos delitos que tiene como sujeto activo a los funcionarios públicos.

Se puede vislumbrar esta apreciación desde los inicios del voto cuando afirma que *“el Ministerio Público nos pone así, ante una temática gravísima y siempre presente en el discurso social de la actualidad.”*. Pareciera ser que la exigencia incita en el discurso social se presenta como un elemento relevante y condicionante en la mirada de la cuestión planteada. Particularmente podemos deducir esto del siguiente párrafo *“el flagelo de la corrupción está incardinado en la historia argentina desde los orígenes hasta la actualidad, variando sus modalidades según las épocas. **Y, de las últimas décadas, en la nuestra, ha llegado a niveles intolerables.**”* (el resaltado nos pertenece). Si bien a lo largo del desarrollo histórico de nuestra Nación se han comprobado hechos de corrupción, la particular caracterización que en la actualidad han aumentado estas prácticas delictivas –como así también de otros delitos- tiene poco sustento empírico o estadístico y, por el contrario, mucho de construcción mediática en su aumento indiscriminado. Que se tilde de “intolerable” esta realidad nos lleva a pensar que esa expresión comunica una posición personal y, no una posición de la sociedad, la cual es de difícil mensuración y aprehensibilidad.

Se podría inferir entonces que esta percepción sobre la “realidad” actúa como condicionante de la decisión del Dr. Schiffrin en tanto en aras de poner fin a este “intolerable” flagelo se adoptan medidas innovadoras como declarar la imprescriptibilidad de este tipo de delitos.

Las constantes referencias a versículos bíblicos respecto a los comportamientos honestos que deberían adoptar los fieles, trasluce una desafortunada comunión entre

moral (religión) y derecho la cual fue ampliamente superada luego de la Edad Media, y la consecuente separación entre pecado y delito. Es por ello, que estas reminiscencias solo logran oscurecer aún más las críticas que se pueden ensayar sobre los argumentos nucleares que posee este voto.

Para mayor abundamiento, en este mismo orden de ideas se expresó que *“el remedio a la corrupción exige, pues, un grado importante y extendido de moral cívica, de preocupación por el bien común. Hagamos que el torrente ígneo de la profecía bíblica corra por las estructuras de nuestra antigua y elaborada tradición penal románica.”*. Estas afirmaciones se presentan como desafortunadas en el estudio de la cuestión planteada al ser absolutamente ajena de todo fundamento teórico; antes bien, pareciera ser que estamos en presencia de una oda clerical que ante un Juez imparcial que decide conforme a derecho.

De acuerdo a la costumbre interpretativa de la Parte Especial es habitual que su estudio se inicie por el desarrollo histórico que ha tenido la figura delictiva y su evolución en la codificación; pues bien, esta no fue la excepción y es así que se afirmó que *“de este crimen repetundarum derivan las figuras penales que el día de hoy en un sentido genérico se llaman de corrupción.(...) Obsérvese que el amplio campo del crimen repetundarum cubre las figuras penales que nuestro código contiene en los artículos 256 a 258..”*.

Es correcta la evolución histórica de la figura de Cohecho¹ que se hiciera. Obsérvese que del estudio histórico referenciado se puede deducir una primera conclusión, el tipo delictivo del cohecho, u otras figuras a fines, no surgen del Art. 36 de la CN como intentará sostener el decisor. Es decir, habiéndose afirmado que sus orígenes se remontan a los albores de la regulación penal de las figuras de corrupción no puede sostenerse, simultáneamente, que estos delitos son la manifestación en el Código Penal de un delito constitucional que se incorporó con la última reforma del año 1994. En efecto, esbozar ese razonamiento se presenta como abiertamente contradictorio en términos temporales al ser imposible que un mismo delito responda a dos causas originadoras diferentes. Es por ello que no se puede sostener al menos desde el punto

¹ NUÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal. T V, Vol II, Pag, 97; SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. T 5. Pag 158; BUOMPADRE, Jorge. Tratado de Derecho Penal. T 3. Pag 195.

de vista histórico, y así tampoco desde lo técnico como después lo veremos, que los delitos de cohecho o enriquecimiento ilícito u otras figuras semejantes tienen su causa fuente en el Art. 36 de la Constitución Nacional.

Ingresando ya a la cuestión axial positiva se desprende del fallo el siguiente párrafo que expresa: *“Nuestro país ha celebrado dos convenciones contra la corrupción, una, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29/3/1996), aprobada por ley 24.759, del 4/12/1996 y la otra, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31/10/2003), incorporada por ley 26097 del 10/5/2006, ambas sin rango constitucional.”* Empero a lo largo de las citas (las cuales no transcribimos por su extensión) que se hacen de los fines u objetivos que persiguen estas dos convenciones se deduce un intento de justificación, que, en aras de la democracia, la sociedad, y la lucha contra la corrupción surge como necesaria la imprescriptibilidad de estos delitos.

Sin embargo, este razonamiento choca frontalmente contra la fría letra de las convenciones que tiene apartados específicos en relación a la prescripción; es así que la ley 26.097 en lo correspondiente dice: *“Artículo 29. Prescripción. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un **plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención** y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.”*. Ergo al regular en términos amplios el instituto de la prescripción se infiere que para los Estados partes estos delitos son prescriptibles, como así también para nuestra histórica regulación interna. Pregonar lo contrario, como intenta hacer el votante con las citas seleccionadas, es distorsionar de acuerdo a sus fines interpretativos la estructura de un instituto de orden público y correlativamente las finalidades de la Convención, haciéndole decir aquello que no dice.

En esta misma línea rectora la Ley 24.759 en su parte pertinente reza *“Artículo XIX. Aplicación en el tiempo. Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de*

irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención." (el resaltado nos pertenece). Se deriva entonces que si la Convención Interamericana contra la Corrupción contempla supuestos de interrupción de la prescripción es porque este instituto es aplicable para esta clase de delitos. En rigor, no puede hacerse anclar la restricción de la imprescriptibilidad sobre la base de las Convenciones internacionales, pues al ser ellas mismas las que regulan de modo explícito a través de contornos amplios esta figura, resulta equivocado hacer afincar esa restricción sobre los principios que inspiran a la Convención para garantizar la "paz y el desarrollo de la región, o las democracias representativas".

Todo intento de descargar la responsabilidad de la persecución penal y la condena de un delito sobre circunstancias ajenas al Estado, v.gr. sobre la víctima o por la naturaleza del delito o sus intervinientes; se presenta como altamente desaconsejable para un representante estatal (Juez), en tanto niega su rol y ensaya justificaciones vacuas. Es así, que se ha intentado justificar diciendo que *"con la corrupción ocurre algo similar: su carácter típicamente clandestino, la ausencia de víctimas individuales fácilmente identificables que puedan impulsar los procesos, el poder que retiene los autores aún luego de cesar en sus cargos públicos y el hecho de que se trata de un fenómeno que impacta por igual a quienes deberían investigarlo y juzgarlo (el Poder Judicial y el Ministerio Público) son obstáculos que dificultan y muchas veces imposibilitan la persecución penal"*. (el resaltado nos pertenecen). La naturaleza clandestina de la modalidad delictiva no puede ser óbice para su persecución. En rigor de verdad, no es de naturaleza clandestina; antes bien, responde a la estructura de un pacto venal entre los intervinientes, los que desde luego no publicitaran sus acuerdos espurios. Pretender que sea la víctima quien impulse el proceso significa negar el rol impuesto por la CN en el Art. 120 al Ministerio Público Fiscal como promotor de la acción penal.

Se puede colegir entonces que al entender del sentenciante dada estas características que tienen estas figuras delictivas, devendría en necesario una flexibilización de ciertos institutos para alcanzar la tan mentada condena a consecuencia de estos contornos particulares que colorean a este tipo de delitos. Es decir, es el imputado el que debe

cargar con las impericias del órgano jurisdiccional o del MPF por no cumplir con su labor dentro de los plazos razonables.

Hasta lo aquí expuesto tenemos expresado los distintos intentos de justificación de carácter histórico, social, la regulación internacional sobre la materia, y hasta la percepción personal del votante sobre el eje de conflictividad. Sin embargo, ello es solo un preámbulo para dar pie a la solución que propone el Dr. Schiffrin, que consiste en sostener que los delitos de corrupción son imprescriptibles en función del tercer y quinto párrafo del Art. 36 de la CN.

Así lo explica: *“más explorar este dificultoso campo equivaldría, en mi sentir, a buscar remedios para la sed cuando se está frente a una fuente, que no es otra que la Constitución, en su artículo 36, cuyos párrafos tercero y quinto rezan así: “Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles [...]”*

[...]Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.”

Una sola conclusión puede extraerse de esta propuesta de solución, que es equivocada. Sostenemos ello, en tanto se alcanza esta definición como fruto de un estudio fragmentario y parcial del artículo que se usa como fundamento para sustentar la imprescriptibilidad. Además, esa conclusión no responde a la razón histórica por la que se incorporó el Art. 36 a la CN.

En lo que concierne a la *ratio legis* de su incorporación por el constituyente de la reforma del 94, se postuló que como la Corte, reiteradamente y durante más de sesenta años, desde la nefasta acordada de septiembre del 1930 sostuvo que los actos emitido por los gobiernos de *facto* “subsisten en los periodos constitucionales siguientes mientras no sean derogados o revocados con autoridad y efectiva equivalencia a las que tiene los de

los gobiernos de *iure*"². Evidentemente, la reforma de 1994 ha tornado inútiles esos esfuerzos interpretativos con la inclusión del art. 36 que aquí comentamos, según la lectura que del mismo proponemos: toda norma emanada de un gobierno *de facto* es nula, dado que la Constitución "mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiese su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático"³.

Vale decir, entonces que el constituyente cuando decidió incorporar este artículo a la Constitución lo hizo con miras a superar la vigencia de los actos emanados en los gobiernos de facto, al punto tal que la CN perdura en su vigencia aun en estos periodos de oscurantismo. Lejos ha estado de la intención de la convención constituyente establecer la imprescriptibilidad de los delitos que fueran cometidos en tiempos democráticos, antes bien, la intención del constituyente fue mantener perenne la persecución de quienes usurpen el poder por la fuerza, como así también de quienes se enriquezcan en estas circunstancias. Como probadamente se tiene en los juicios a las juntas militares de los años '80, y los posteriores⁴, en donde se acreditó que además de las aberraciones cometidas una vez exterminadas sus víctimas se producían apropiaciones de sus bienes materiales y valores.

Resulta curioso que el votante no haya realizado un estudio de los antecedentes históricos que fundamentan la incorporación de este nuevo artículo, como si lo hizo del delito de cohecho como antes comentamos. No podemos ensayar razones de esta ausencia, pero si marcarla pues si lo hubiera hecho no habría alcanzado la conclusión equivocada a la que arribo.

Asimismo, podemos sostener que estamos en presencia de una interpretación fragmentaria del artículo en estudio, puesto que solo se limita a analizar los párrafos tres y cinco, empero, de modo aislado y descontextualizado de la sistemática constitucional.

A modo de sucinto estudio podemos decir que el Art. 36 de la CN expresa lo siguiente:

² CSJN, Fallos: 208:184; 225 y 562 entre otros.

³ SABSAY, Daniel. Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia. Ed. Hammurabi. T 2. Pag 45 y sig.

⁴ <http://juicioesma.blogspot.com.ar/2010/03/la-apropiacion-de-bienes-en-la-esma.html>

a.- Párrafo Primero: imperio de la Constitución aún en tiempo de *facto*. Y nulidad de los actos emanados en este periodo.

b.- Párrafo dos: Los autores serán penados de acuerdo al Art. 29 de la CN. Se excluye el indulto y la conmutación de penas para ellos.

c.- Párrafo tres: Idéntica sanción para quienes usurpen cargos de autoridad regulados por la CN, por lo que responderán penal y civilmente, y estas acciones son imprescriptibles.

d.- Párrafo cuarto: regula el derecho de resistencia a la opresión.

e.- Párrafo quinto: Atenta contra el sistema democrático los delitos dolosos de enriquecimiento contra el Estado.

f.- Párrafo Sexto: se sancionará una ley de ética pública.

Se desprende de esta enumeración una línea rectora de la pretensión del constituyente al intentar hacer perdurar la vigencia de la Constitución aun en tiempos del uso de la fuerza por sobre el imperio de la ley. Es así, que se establece una regulación progresiva conforme a la temática y los antecedentes históricos. Porque en todo momento se hace referencia a aquellos que usurpen el poder, y a las consecuencias dadas a los actos de estos. La primera sanción para estos es que serán juzgados de acuerdo al delito constitucional regulado en el Art. 29. Además, quienes usurpen cargos nacionales o provinciales serán pasibles de sanciones penales y civiles, las cuales serán imprescriptibles. Lo cual se engarza lógicamente con la naturaleza de los actos cometidos. En semejante sentido castigará a aquellos que habiendo logrado el poder por medios ilegítimos, además obtengan un beneficio patrimonial ilegal a través de la conducta ilegítima precedente. Vale decir, cuando se enriquezcan mediante el rol funcional que se obtuvo de acuerdo a los párrafos anteriores.

El análisis que debemos hacer del tercer y quinto párrafo debe ser englobado de acuerdo al fin teleológico que guio al constituyente. Y, por el contrario, no se puede aislar segmentos de la norma para alcanzar una interpretación direccionada hacia fines distintos.

Deberíamos centrarnos sobre el vocablo “Estado” que esta enunciado en el párrafo quinto, pues una primera deducción que podríamos ensayar es que en términos jurídicos estrictos no son analogables los conceptos de “Estado” y “Administración Pública”; en efecto, cuando el legislador utiliza dos voces distintas para un mismo ente es porque ha querido designar cosas diferentes.

Sobre esta idea ha trabajado SOLER⁵ expresando que los delitos agrupados en el título IX y X (Delitos Contra la Seguridad de la Nación y Delitos Contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional) constituyen atentados de ese carácter; que van dirigidos contra el Estado mismo, considerado en general, como organización o cuerpo político; y que afectan las bases constitucionales y la integridad territorial. Se trata de delitos no solo dirigidos contra el Estado, sino propiamente de delitos que tienden a afectarlo como ente político. Y para mayor claridad se afirma que por esta última razón es oportuno diferenciar estas infracciones de todas aquellas en las cuales la lesión, si bien ofrende determinada función concreta de un poder público, como ocurre con los atentados contra la administración pública o contra la administración de justicia, no afecta en sí misma a la personalidad del Estado.

Al unísono, COBO afirma que la función pública es una forma de manifestación de la actividad del Estado, o mejor dicho, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. La función pública se caracteriza en cualquiera de sus manifestaciones por su contenido final, en el sentido de que el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones, que se proyectan en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa⁶.

Se colige entonces que cuando el legislador ha querido proteger al Estado lo ha realizado mediante dos Títulos en específico que captan como bien jurídico al orden constitucional y democrático como sistema de gobiernos de un país, y cuando a título seguido se regula como bien jurídico a la Administración Pública desde luego que debe pensarse que es un interés protegido diferente al anterior, y por lo tanto con un contenido distinto. Esto está abonado si lo pensamos en términos lógicos a través del Principio de Identidad, de modo que Estado y Administración Pública no pueden ser lo mismo en tanto responden

⁵ SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Ed. Temi. T 5. Pag 2.

⁶ DONNA, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Rubinzal Culzoni. T3. Pag 13.

a identidades diferentes. En efecto, podríamos preguntarnos: ¿Por qué se creó un tercer título que responde al nombre de “Administración Pública” si es lo mismo que el “Estado” o el “Orden Constitucional”? Pues bien, si el legislador los ha separado y le ha dado nombre diferentes es porque el interés protegido no es idéntico, y su contenido los diferencia.

Que, con un criterio semejante se ubica NUÑEZ⁷ cuando analiza al bien jurídico del título X, explicita que los delitos políticos son “delitos contra la cosa pública”, pero no todos los “delitos contra la cosa pública” son delitos políticos. Los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o los de los particulares contra este ejercicio, son delitos que lesionan la “cosa pública”, porque atentan contra instituciones públicas, pero lo hacen en un aspecto que no atañe a las estructuras estatales básicas mencionadas.

Por lo tanto, el Cohecho o el Enriquecimiento Ilícito que son delitos insertos dentro de los delitos contra la administración pública no puede ser la canalización del delito constitucional emplazado en el Art. 36 de la CN.

Prueba de ello, y de su diferencia, es esta afirmación que el propio votante realiza al decir: *“Así ocurre con el artículo 29 de la Constitución que encuentra eco en el artículo 227 del Código Penal y con el primer, segundo y tercer párrafo del artículo 36 al que corresponde el artículo 227 bis del Código Penal introducido en el año 1984.”* Ergo se presenta como absurdo y contradictorio que una parte del Art. 36 este regulado en el Título X y solo el párrafo quinto este tipificado en el Título XI en otro bien jurídico distinto y con una estructura diferente.

Luego sigue diciendo: *“En cuanto a los hechos del párrafo quinto, las normas penales que establecen las figuras respectivas se encontraban ya en el Código Penal cuando se sancionó la reforma de 1994. Basta examinar los artículos 256 y siguientes del Código Penal hasta el 268, para percibir con qué detalle el legislador ha previsto las conductas a las que se refiere el párrafo quinto del artículo 36 de la Constitución Nacional.”* Es curioso el razonamiento ensayado, porque significaría que estos delitos (Art. 256 al 268 del CP) fueron creados desde la comprensión del futuro, es decir, el legislador originario del Código Penal ya tuvo en miras la intención del constituyente de 1994; lo cual se

⁷ NUÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal. Ed. Maros Lerner. Pag. 288.

muestra como una palmaria contradicción histórica y teleológica. Sostener ello, es valerse de una interpretación rebuscada que no responde a los antecedentes históricos de las figuras delictivas y tampoco a la comprensión sistemática de nuestro catálogo punitivo.

Además, en otro orden de cosas, por un lado, también se diferencia en la modalidad de ataque al bien jurídico. Podemos inferir esto de la redacción del Art. 36 de la CN cuando expresa “*incurriere en grave delito doloso **contra el Estado***”, mientras que los delitos contra la Administración Pública se caracterizan por un abuso funcional. Así lo tiene asumido la doctrina cuando propugna que lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo⁸. La venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario deba cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento⁹.

Por otro lado, el ataque “contra el Estado” nos comunica una modalidad de agresión directa, en este caso, contra el orden constitucional y democrático. Lo que demanda una acción franca y concreta para ese fin, lo que no parece posible mediante una modalidad de “abuso” o de “acuerdos venales”. Es decir, la dirección y la modalidad de la acción aquí también son distintas.

Con cita de Bidart Campos, El Dr. Schiffrin dijo “*los principales problemas que plantean los delitos constitucionales son los siguientes: (...) b) cuando lo hace –sea en el código penal, sea en la ley especial- no puede alterar o modificar el tipo penal descrito en las normas de la constitución*”. De esta afirmación se puede desprender una conclusión que contradicen a la postura del votante, porque si el Cohecho (o el Enriquecimiento Ilícito) son la materialización de la figura del Art. 36 de la CN, claramente se ha alterado el tipo penal. Pues, en el Cohecho el tipo delictivo consiste en “recibir dinero o cualquier otra dádiva o aceptar una promesa...”; y en el Enriquecimiento Ilícito versa sobre “el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento...”. Es entonces dable afirmar que hay una alteración total al tipo del Art. 36 constitucional, y

⁸ FONTAN BALESTRA, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Pag 846.

⁹ CREUS-BUOMPADRE. Derecho Penal. Parte Especial. T2. Pag 287

por tanto se puede alcanzar como primera conclusión que las figuras del Art. 256 (supuesto básico y agravado) y del Art. 268 párr. 2 no son la instrumentación efectiva del delito incito en la Constitución justamente por esta distinción.

Continuando con el desglose que se hiciera de la exegesis del mentado artículo el sentenciante expuso *“ahora bien, probado que en el caso de los tres primeros párrafos del art. 36 los delitos respectivos son imprescriptibles también habrán de serlo los que ingresen en la descripción del párrafo quinto recién transcripto. Rechazar esta equiparación significaría dejar de lado el significado especialísimo que han adquirido en este tiempo los delitos de corrupción.”*. Corresponde señalar el salto conceptual injustificado que realiza el decisor, construyendo la noción de delitos de corrupción desde el articulado que protege y mantiene la vigencia de la Constitución. Pues claro, es erróneo crear una analogía entre la voz “enriquecimiento” y los delitos de corrupción cuando esta expresión se encuentra incita dentro de un contexto ajeno a las modalidades corruptoras.

A modo de resumen podemos sostener que este voto adolece de congruencia por deficiencias argumentativas con contradicciones históricas y sistemáticas que fueron señaladas a lo largo del desarrollo. Es por ello que reafirmamos que no se puede sustentar la imprescriptibilidad de estos delitos sobre un sostén argumentativo tan endeble que intenta poner en jaque un instituto de orden público que solo admite excepciones especialísimas, como los delitos de lesa humanidad. Puesto que nuestro sistema jurídico, salvo este ejemplo, no admite otros delitos que sean perseguibles sin límite temporal alguno.

Voto de la Dra. Calitri.

El tercer voto de este fallo arriba a la misma conclusión que sus predecesores empero lo hace mediante una argumentación distinta, valiéndose de “fundamentos” mucho más extravagantes que los anteriores y que difícilmente pueden hilarse de modo lógico y sustentable. Es así, que propugna la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción por entenderlos que son delitos de Lesa Humanidad [i!] porque constituirían “otros actos inhumanos” según lo expresa el Estatuto de Roma.

No es descuidado el adjetivo de “extravagante” que usamos para calificar al voto que analizamos pues la a quo produce un concepto de corrupción que a través de una analogía interpretativa crea un salto conceptual hasta convertir a la corrupción en un delito contra la humanidad que difícilmente puede ser sostenido en términos positivos, axiológicos, e históricos. Esta nueva comprensión solo se puede entender desde la voluntad criminalizadora del decisor de poder lograr la persecución penal bajo cualquier justificación.

Desde un principio, es pertinente expresar que esta decisión está sustentada sobre fundamentos inconstitucionales atento a que hace uso del instrumento de la *analogía in malam partem* para ampliar los márgenes del uso del poder punitivo a supuestos que no tenía contemplada la ley formal, contraviniendo el mandato de determinación y correlativamente el carácter de *Ley Estricta* del Principio de Legalidad. Este procedimiento de interpretación quedo absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable,¹⁰ por tanto, el juez no puede atravesar este límite exclusivamente pergeñado para él para evitar que se convierta en fuente del derecho creando nuevos supuestos delictivos ajenos a la ley.

Podemos inferir esto de un extracto del fallo, cuando esgrime que “*determinar si los hechos aquí investigados ingresan en la categoría de acto de corrupción, ya sea como sustento para concluir en su imprescriptibilidad o para llegar a la misma conclusión por vía de considerar posible la configuración de un delito de lesa humanidad. La respuesta depende, en cierto modo, de una mejor investigación sobre dichos extremos, y por eso mismo es que tampoco puede sostenerse que se halle prescripto.*”. De lo transcripto podemos colegir que siempre se arribará a la misma definición, que son imprescriptibles estos delitos, aun incluso antes de que se sepa si son actos de corrupción. Empero, como no se conoce su contenido es que se lo debe investigar y es por ello que no son prescriptibles.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, parte general. Ediar, pág. 118.

Se vislumbra entonces una alta carga de prejuicio en la decisión pues nunca se los podrá tener por prescriptos a estos delitos porque no se conoce su contenido con anterioridad, y, por lo tanto, debe ser investigados para conocerlos; con lo cual si estos fueran de corrupción serán imprescriptibles, a pesar que esta es una cuestión que ya se determinó antes de precisar su contenido. Vale decir, se crea una estructura de razonamiento de la cual el imputado nunca podrá escapar de la persecución penal.

Esta inferencia se ve confirmada por la siguiente afirmación *“habría que indagar también en qué casos en particular la actividad ilícita provocó en las víctimas mayor o menor sufrimiento o daño efectivo, sin descartar que ya se pueda objetivizar el carácter inhumano del acto en la misma maniobra.”*. En resumidas cuenta el acto será siempre inhumano amen que se compruebe o no el sufrimiento o el daño efectivo. Se crea entonces una presunción *iure et de iure* respecto a los delitos de corrupción para tenérselos siempre por inhumanos. Sabidos es lo peligroso que es para el derecho penal la construcción de presunciones sin admitir prueba en contrario, pues, crean un mecanismo de construcción de la responsabilidad de la cual solo se puede lograr un solo resultado, el que previamente determino el constructor del proceso de razonamiento.

Sobre esta base es que deben ser entendido los otros argumentos que esboza la votante pues acarrear veladamente su cosmovisión del mundo sobre este eje de conflictividad. No obstante, para atemperar esta “realidad” no puede admitirse echar mano a cualquier recurso interpretativo para morigerar los daños de la corrupción, hasta el punto tal de tenérselo como un delito contra la humanidad.

A modo de introducción es que la sentenciante expresa lo siguiente: *“en mi opinión, la corrupción debe ser considerada como un atentado a la democracia y además como **una violación a los derechos humanos**. Ello, en términos de la Organización de Estados Americanos, en cuanto ha dispuesto que la corrupción “...también afecta a los ciudadanos económicamente. El combate a la corrupción es un aspecto clave en el ejercicio democrático del poder, requerido bajo la Carta Democrática Interamericana, y por ende, es un asunto prioritario para todos los Estados Miembros de la OEA...”* (el resaltado nos pertenece). En forma aproximativa vierte su perspectiva sobre la corrupción y una posible solución, lo que no clarifica es ¿Cómo se afecta a la democracia? Y además ¿De qué forma se produce la violación a los Derechos Humanos?

Solo queda en una oscura afirmación estas expresiones, las cuales no tienen mayor desarrollo explicativo para sustentarlas lo que nos priva de la comprensión de su razonamiento.

Se intenta dar justificación de ello a través de una comparación rebuscada por la falta de coincidencia en los extremos facticos, en la modalidad delictiva, en el desvalor de acto y de resultado; es decir, abiertamente diferente en todas sus partes. Así, dijo: *“Cabe poner de resalto los términos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003) en cuanto consignó que este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.”* Se ha tomado aquí como ejemplo de comparación un supuesto de Desaparición Forzada de Persona para crear un puente comparativo con los delitos de corrupción y su necesidad de persecución *ad infinitum*. Esta asimilación forzada no responde a ninguna lógica cierta que pueda equiparar ambos supuestos en términos facticos o jurídicos, de aquí lo extravagante del razonamiento.

Se sella esta concepción cuando sostiene explícitamente que *“de todas formas entiendo que los actos de corrupción además de ser imprescriptibles sobre la base de lo antes expuesto, es decir, merced a la consideración de graves violaciones a los derechos humanos y de atentado al sistema y valores democráticos, podrían llegar a ser considerados delito de lesa humanidad y, por ende, también imprescriptible, de acuerdo a ese carácter. Así podría configurarse cuando se haga evidente a través del Estado, en cualquiera de sus órganos, actos de corrupción que consistan en la comisión sistemática y reiterada de estos actos que conlleve serias violaciones a los derechos humanos, que pueda afectar la vida, la propiedad y la dignidad de los seres humanos en su totalidad.”*

Este intento de justificación naufraga cuando cotejamos la normativa positiva internacional al expresar de modo explícito la imprescriptibilidad de los delitos de Lesa Humanidad en comparación a la regulación internacional sobre corrupción. Taxativamente lo expresa el Estatuto de Roma en su artículo 29. Mientras que las convenciones contra la corrupción lo hacen en sentido contrario (admitiendo la prescripción) en los distintos artículos que citamos previamente, y para evitar

redundancias nos remitimos a ellos. Mayor prueba de esto es que el Art. 36 constitucional manda al Congreso a regular una Ley de Ética Pública, la cual entro en vigencia e incorporo la suspensión de la prescripción mientras el funcionario permanezca en el cargo conforme surge del actual Art. 67 del CP. Lo cual echa por tierra todo intento por sostener la imprescriptibilidad de estos delitos.

“Ciertamente, el acto de “corrupción” no aparece mencionado en los antecedentes ligados a la definición histórica de los crímenes contra la humanidad, como uno de los actos a través del cual se pueda implementar el ataque estatal sistemático o generalizado. Pero sería débil esgrimir este argumento para oponerse a la contemplación del delito de corrupción estatal en esa categoría cuando es notorio que él puede adoptar en algunos casos la forma, por ejemplo, de “esclavitud”, de “tortura”, etc. o, al fin, ser considerado uno de los “otros actos inhumanos” cometidos por el Estado (la expresión “otros actos inhumanos” se encuentra en el Estatuto de Nuremberg...)” (el resaltado nos pertenece). La misma votante reconoce las falencias de su razonamiento y anticipa, estérilmente, las futuras críticas. El Estatuto de Roma tiene como hito originador las barbaries cometidas en la Segunda Guerra Mundial y actos semejantes posteriores, los cuales colorean y circunscriben la pretensión protectora. Es por ello que no se pueden negar a los antecedentes históricos como fuente de interpretación de la misma, y, por el contrario, es equivocado ensayar nuevas modalidades que afecten a la humanidad desprovista de un anclaje histórico o explícito de la norma. Pues, en efecto, se estarían creando nuevas modalidades comisivas por vía interpretativa lo que deviene en una infracción constitucional al vulnerarse el *Principio de Legalidad* en carácter de ley cierta.

Es aún más descabellado intentar asemejar la corrupción a los supuestos de esclavitud¹¹ o tortura¹² regulados en el instrumento internacional. Pues estos tienen una definición precisa y clara la cual no admite elasticidad conceptual.

¹¹ Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

¹² Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Cabe entender que es inamisible la analogía entre los Delitos de Lesa Humanidad y los estudiados en este fallo pues mediante el artilugio interpretativo de una expresión de textura abierta como “otros actos inhumanos” no puede intentar filtrarse una nueva modalidad absolutamente ajena como son los supuestos de corrupción.

Por los argumentos dados vemos como desaconsejable todo intento por tener como imprescriptibles delitos que no responden a los supuestos típicos del Art. 36 de la CN y no son tampoco crímenes contra la humanidad. Es desaconsejable que por medio de la interpretación se intenten crear o ampliar los contornos de eficacia del poder punitivo, como en este caso, intentando ir a contrapelo de la regulación formal que inveteradamente ha contemplado la posibilidad de la prescripción para los delitos de corrupción.