

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN
Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

NICOLÁS GRAPPASONNO

DIRECTOR
DOCTOR FRANCO MARCELO FIUMARA

TESIS
LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LA
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

UN ANÁLISIS SOBRE EL ATENTADO A LA DEMOCRACIA PREVISTO
EN EL ARTÍCULO 36 DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



Universidad Nacional de La Matanza

Grappasonno, Nicolás

Tesis : los delitos de corrupción y la prescripción de la acción penal : un análisis sobre el atentado a la democracia previsto en el artículo 36 de la Constitución Argentina / Nicolás Grappasonno. - 1a ed. - San Justo : Universidad Nacional de La Matanza, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8931-71-5

1. Derecho. I. Título.

CDD 342.00982

© Universidad Nacional de La Matanza, 2023

Florencio Varela 1903 (B1754JEC)

San Justo / Buenos Aires / Argentina

Telefax: (54-11) 4480-8900

editorial@unlam.edu.ar

www.unlam.edu.ar

Diseño: Editorial UNLaM

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos reservados

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
AGRADECIMIENTOS	15
RESUMEN	17
INTRODUCCIÓN	19

PRIMERA PARTE REFLEXIONES TEÓRICAS

I.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	31
a) Introducción	31
b) Acerca de la definición de corrupción o enriquecimiento contra el Estado..	31
c) Delitos comunes	38
d) Delitos Internacionales (de lesa humanidad, genocidio, de guerra y de agresión)	41
e) Violaciones graves a los Derechos Humanos.....	43
1. Caso Bulacio Vs. Argentina	45
2. Caso Bueno Alves Vs. Argentina.....	47
3. Caso Barrios Altos Vs. Perú	48
II.- ESTADO DEL ARTE	51
a) A favor de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.....	51
b) En contra de la imprescriptibilidad de tales conductas	64
c) Entrevistas sobre el tema	77
1. Aclaración previa.	77
2. Aportes	77
III.- JURISPRUDENCIA ARGENTINA	83
a) Caso Miralles	84
b) Caso Cossio y otros o IBM-DGI	88
c) Caso Montes	102
IV.- PAUTAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	107
a) Introducción	107
b) Criterios generales de interpretación	108

1. Método literal o gramatical.....	108
2. Método sistemático.....	109
3. Método histórico o teleológico	111
b) Aproximación a una teoría de la interpretación	113
1. Neconstitucionalismo	113
2. Del neoconstitucionalismo a una teoría de la interpretación.....	118
3. La corrección moral	131
4. Discrecionalidad judicial.....	133
5. Ponderación.....	137

SEGUNDA PARTE

REGULACIÓN ARGENTINA Y DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

I.- LA ASAMBLEA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE DEL AÑO 1994.....	145
a) Génesis del artículo	145
b) El debate	150
1. Primera Jornada	150
2. Segunda Jornada.....	164
3. Aportes de otros convencionales constituyentes	173
c) Algunas consideraciones	178
d) Proyectos de ley	179
e) Gráficos	187
1. Asamblea Convencional Constituyente año 1994 - comisión de participación democrática, en particular “defensa del orden constitucional y el sistema democrático”.....	187
2. Convencionales que no integraron la comisión “defensa del orden constitucional y el sistema democrático”, pero dieron cuenta de la corrupción como un tema problemático.	188
3. Cámara de inicio de proyectos para declarar los delitos de corrupción imprescriptibles por ley, período 2010-2020.	188
IV.- DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL	189
a) Introducción	189
b) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).....	189
d) Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional.....	196
e) Responsabilidad internacional.....	198
f) Otros pronunciamientos	199
V.- DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO	211
a) Aclaraciones previas.....	211
a) Estado Plurinacional de Bolivia	213
b) República del Ecuador.....	214
c) República del Perú	214

d) República Bolivariana de Venezuela	215
f) Gráficos	216
1. Países -35 en total- que han ratificado la Carta de la OEA y son miembros de la Organización.	216
2. “Imprescriptibilidad de delitos de corrupción” en la Constitución de cada país miembro de la O.E.A.	218
3. Índice de percepción de la corrupción de los países de la O.E.A.....	219

TERCERA PARTE

MÉTODO Y CONCLUSIÓN

I.- MÉTODO DE INTERPRETACIÓN PARA EL CASO	223
II.- CONCLUSIÓN	243
BIBLIOGRAFÍA	267

PRÓLOGO

Es un honor poder asentar estas palabras en la publicación de la tesis cuya dirección tuve a mi cargo. El autor trata un tema candente en nuestra sociedad como lo es la corrupción, su investigación y los obstáculos que implica; en particular la reforma constitucional del año 1994 en la República Argentina incorporó la figura de “atentado contra el sistema democrático” en su artículo 36, empero quedó a mitad de camino el tema de la imprescriptibilidad.

En esta investigación el doctor Grappasonno advirtió la problemática que trae consigo dicho articulado, las disquisiciones que realizó el convencional constituyente y la distinta categoría de importancia que les otorgó a los atentados contra el sistema democrático, el sistema constitucional, el orden institucional y contra las funciones de las autoridades públicas. El grado de protección puede interpretarse con la sanción de inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos y descartar la posibilidad de indulto, conmutación de penas y la prescripción de la acción penal de los delitos comunes.

El Congreso tuvo la posibilidad (aún la tiene) de zanjar este tema a través de su actividad legislativa, se refirió expresamente al momento de sancionar la ley de ética pública en el ejercicio de la función, sin embargo, únicamente se impuso la suspensión del curso de la prescripción de la acción mientras en tanto alguno de los implicados en la maniobra delictiva ostente un cargo público. Sabido es que la mera suspensión aludida no guarda relación con la imprescriptibilidad que alude el artículo para otras conductas delictivas.

Es claro que el delito de corrupción, en el texto constitucional se presenta como “grave delito doloso que conlleve enriquecimiento”, afecta el sistema democrático, lo cual constituye una declaración del convencional constituyente que recogió un dato de la realidad,

punto que había sido advertido por otras ramas del conocimiento y finalmente con acierto encontró su previsión normativa.

Además de lo interesante y actual del tema escogido, no puedo dejar de elogiar el camino emprendido para develar el interrogante, el derecho comparado latinoamericano, la ardua tarea de introducirse en la extensa Asamblea Convencional Constituyente del año 1994, agotar las voces de la doctrina y recopilar la jurisprudencia atinente al caso. Recién después, como quién cosecha su siembra, el doctor Grappasonno ensaya una aproximación a un mecanismo de interpretación de las normas para el caso en particular, se hace eco de autores de la talla de Atienza, Alexy, Zagrebelsky -entre otros- y brinda su posición al mundo jurídico con coherencia y dentro del marco de la investigación previa.

Al margen de las complicaciones de interpretación que presenta este artículo de la Constitución Nacional, debemos elogiar que si bien en la versión original de la Carta Magna (años 1853/60) existía una escasa mención al sistema democrático (artículo 1º), la aludida reforma le dio cuerpo en varios otros artículos la tema, como ser el 36 (que el autor analiza), 38 sobre partidos políticos, 75 inc. 19 sobre la cláusula de progreso y promoción de valores democráticos, 75 inc. 24 acerca de tratados de integración que deben respetar el orden democrático, así como los supuestos de democracia directa (artículos 39 y 40).

Por último, es dable destacar que el desafío académico abordado por el distinguido doctor Grappasonno, tiene como corolario la generosa entrega a la comunidad académica de una valiosa transferencia de conocimiento científico, que en definitiva va en beneficio de la defensa de todo sistema democrático de gobierno, es decir, en claro objetivo de la defensa de los Derechos Humanos Universales consagrados en el orden internacional y nacional.

Estos valores plasmados en su tesis, va en consonancia con su trayectoria laboral, académica, y con su trato humanitario inter pares, que lo convierte en una persona de bien y solidaria con su entorno, haciendo un verdadero culto a la amistad.

Por eso recomiendo acabadamente su lectura, que nos va a dejar un mensaje de profunda reflexión en el actuar cotidiano de cada miembro en una comunidad organizada.

Doctor Franco Marcelo Fiumara

AGRADECIMIENTOS

Debo brindar mi gratitud a esta alta casa de estudios y su rector doctor Daniel Eduardo Martínez, no solo cursé el doctorado en ciencias jurídicas en la Universidad Nacional de La Matanza, sino que tengo el privilegio de integrar su prestigioso cuerpo docente.

En este sentido, no puedo olvidar en este reconocimiento al decano del Departamento de Económicas, Mg. Alejandro Martínez.

Además, sumo en estas líneas al Decano de la Escuela de Posgrado doctor Daniel Marx, el Director de la carrera de doctorado doctor Rodolfo Barra, y especialmente al coordinador académico doctor Ezequiel Abásolo, cuya objetividad, acertadas críticas y aportes enriquecieron sin dudas la investigación.

En esta senda, confieso que sin el acompañamiento de mi director doctor Franco Marcelo Fiumara no hubiera podido afrontar semejante desafío, su motivación y experiencia en la materia fueron imprescindibles, su dedicación a pesar de los obstáculos de la trágica pandemia que la humanidad transitó nunca mermó.

Asentado esto, tampoco hubiera podido finalizar la empresa emprendida sin un trío de testigos silenciosas e inquebrantables, fuente de amor permanente, mi esposa Aldana y mis hijas Fátima y Trinidad.

RESUMEN

La presente investigación se centró en la interpretación del artículo 36 de la Constitución Nacional, especialmente en el quinto párrafo que alude al atentado contra el sistema democrático que implica el grave delito doloso de enriquecimiento del funcionario público, siendo materia discutible si además conlleva la imprescriptibilidad de la acción penal. Como paso previo se estudió el instituto de prescripción y los requisitos que debía presentar un delito para encuadrar en dicho tipo constitucional. Se advirtió que no había acuerdo de opiniones en doctrina y tampoco en materia de jurisprudencia en el fuero federal, por otro lado resultó evidente la ausencia de una metodología particular para develar la cuestión. En esta tarea, se puso especial énfasis en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete en nuestro sistema de la Carta Magna, dejando constancia que aún no se expidió sobre el punto en cuestión. Así las cosas, se elaboró una técnica de interpretación para el caso, se ahondó en el derecho comparado latinoamericano, se investigó sobre las posiciones vertidas en la Asamblea General Constituyente del año 1994, a través de la cual se incluyó dicho artículo, sin dejar de analizar los instrumentos internacionales en materia de corrupción que Argentina suscribió. El camino transitado posibilitó dar una respuesta al interrogante planteado.

Abstract

This investigation focused on the interpretation of Article 36 of the National Constitution, specifically in the fifth paragraph that refers to the attack against the democratic system that implies the serious fraudulent crime of enrichment of the public official,

which is a debatable matter if it also entails the inapplicability of the statute of limitations of the criminal action. As a preliminary step, the statute of limitations and the requirements that a crime must present to fit into said constitutional type were studied. It was noted that there was no agreement of opinions in doctrine nor in matters of jurisprudence in the federal jurisdiction; on the other hand, it was clear that there was an absence of a particular methodology to reveal the issue. In this task, special emphasis was placed on the rulings of the Supreme Court of Justice of the Nation, as the last interpreter in our Magna Carta system, stating that it has not yet been issued on the point in question. Thus, an interpretation technique was elaborated for the case, it delved into Latin American comparative law, it was investigated on the positions expressed in the General Constituent Assembly of 1994, through which said article was included, without stopping to analyze the international instruments on corruption that Argentina signed. The road traveled made it possible to answer the question posed.

Palabras clave: artículo 36 Constitución Argentina - corrupción - enriquecimiento doloso – imprescriptibilidad – sistema democrático.

INTRODUCCIÓN

“Cuando alguien asume un cargo público debe considerarse a sí mismo como propiedad pública”¹

Thomas Jefferson (1743-1826)

A través de la reforma constitucional del año 1994 se incorporó un nuevo capítulo –segundo– bajo el título de nuevos derechos y garantías en la primera parte (denominada dogmática), capítulo en el cual, entre otras novedades, se constitucionalizó la protección del orden institucional y el sistema democrático, así como el derecho de resistencia.

En el artículo 36 del ordenamiento se hace mención, en uno de sus párrafos, a la afectación al sistema democrático que implican graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento. Así, reza:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

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.

¹ Fuente “Transparencia y probidad para el 2021: ¿Qué aportará la universidad?”, autor Bernardo Navarrete Yañez, Publicado por Universidad de Santiago (Chile), con fecha 4/1/2021, ver https://www.litoralpress.cl/sitio/Prensa_Texto?LPKey=.Mbhf17/p3.Yg.Id.TLk.Knf.Vdic.Fp.M28.Z.C0.Yrs.A.Lz.E1.Jjic.Ö

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

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

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función” (la negrita nos pertenece).-

No está en discusión que los llamados delitos de corrupción afectan el sistema democrático, en cuanto a las expectativas que la ciudadanía tiene de los funcionarios públicos que elige y la representa directa o indirectamente, como aquellos ejercen la función pública a través de una designación o concurso, en definitiva todo agente estatal debe tener como único fin buscar el bien común. La propia letra de la Carta Magna establece que estos casos constituyen un atentado contra el sistema democrático.

La cuestión que suscita controversias reside en la imprescriptibilidad de la acción penal en este tipo de delitos, pues para los dos primeras conductas descriptas (1.- interrumpir la observancia de nuestra constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático; 2.- usurpar funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias), se prevé claramente la imprescriptibilidad en ciernes. La tercera acción prohibida por nuestra Carta Magna consiste en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, empero su previsión se encuentra luego que el artículo estipulara la imprescriptibilidad de las conductas 1° y 2° referidas anteriormente.

Ahora bien, la doctrina parcialmente se ha pronunciado sobre el particular, solo una parte sostuvo la imprescriptibilidad en ciernes, bien por tratarse de delito de lesa humanidad, o como consecuencia de una interpretación extensiva de tal norma. La jurisprudencia ha brindado únicamente dos fallos que declaran la imprescriptibilidad, mientras los pronunciamientos que han dictado prescripciones en estos casos han omitido alguna referencia para zanjar aquella postura sobre el artículo 36, va de suyo que tácitamente la han descartado.

Este es el desafío, el artículo presenta problemas de interpretación derivados de su deficiente técnica legislativa. De la simple lectura -interpretación literal- advertimos que mal podría concluirse ab initio² sobre una posición por la negativa ante los delitos de corrupción y su posible imprescriptibilidad. Pero esta respuesta no solo no ha conformado a ciertas voces de la doctrina, sino que desde el punto de vista de la ciudadanía parece minimizar la mella que la corrupción hace en el sistema democrático.

Mal podría pasarse por alto un dato de la realidad, las causas de corrupción (durante el último período democrático, de 1983 al presente) no han superado -salvo excepciones- la etapa procesal de investigación, en su mayoría vieron su culminación en esa etapa a través de la aplicación del sobreseimiento y/o prescripción; en estos casos de todos modos podría resultar de aplicación un instituto, que aclaro escapa la finalidad de este trabajo, la cosa juzgada írrita o fraudulenta. Tampoco resulta objeto de trabajo, aunque llama la atención, el constante comportamiento de los actores del sistema judicial federal para con el gobierno de turno y que detenta el poder, es decir el dictado de resoluciones desincriminantes, sean de sobreseimiento o absolución. Especialmente notorio ha sido desde que se reanudara el sistema democrático (año 1983). Un fuero que, en nuestro país, parece estar siempre sospechado de parcial, dependiente del partido gobernante y los intereses en juego.

La reforma del año 1994 en nuestra Carta Magna ha dejado en claro, entre otros postulados, que los delitos de corrupción se dan de bruces con el sistema democrático. Ciertamente es que la actividad espuria de los funcionarios públicos debilita las expectativas de la ciudadanía sobre sus representantes, hasta pone en alerta la legitimidad de propia del sistema democrático. No olvidemos que los funcionarios jerárquicos juran por lo menos por la Constitución Nacional desempeñar el cargo lealmente.

Sabido es que la democracia es perfectible, pero aún no se elaboró un sistema superior (en mi criterio). Debe tenerse presente

² “desde el comienzo”, según Gernaert Willmar, Lucio R. R., en “Diccionario de Aforismos y Locuciones Lantinas de uso de forense”, editorial Abeledo Perrot, segunda edición ampliada, Buenos Aires, 2000, pag. 15.

que esta previsión constitucional guarda íntima relación con el preámbulo, en cuanto nuestra Nación debe afianzar la justicia y promover el bienestar general (según la jurisprudencia de la Corte Suprema dichos enunciados tienen plena operatividad), así como el sistema democrático en lo aquí nos interesa (art. 1°); advertimos el vínculo de la justicia con la democracia. Si bien en la Carta Magna de 1853/60 estaba esa sola mención a la democracia, la reforma del año 1994 incorpora distintas expresiones sobre el tema; se hace alusión expresa al sistema democrático (art. 36); en el art. 38 a los partidos políticos cuyas autoridades deben ser elegidas en forma democrática; en el art. 75 inc. 19 la cláusula de progreso y promoción de valores democráticos; en el art. 75 inc. 24 a tratados de integración que respeten el orden democrático; asimismo se incorporan supuestos de democracia directa a través de la iniciativa popular en el art. 39 y la consulta popular en el art. 40.

La problemática de la corrupción ha sido denominada como “la balcanización de la política”, porque el Estado está ocupado por funcionarios que ya no son fieles a sus fines, sino a los suyos propios³. Ferrajoli va más allá y no sólo vincula a la corrupción con la afectación del sistema democrático, sino –junto a la impunidad– con los principales factores de criminalidad⁴.

En relación al tema presentado, aunque desde la perspectiva particular de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el Secretario General, Kofi Aman, en el prefacio de la publicación presentada en Viena, expresó con sumo acierto que: “l(L)a corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad

³ Sapelli, Giulio, “Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y derecho”, editorial Losada, Buenos Aires, 2007, pag. 17.

⁴ Así lo afirmó al momento de ser entrevistado con fecha 20/4/2015, por el Zulema Udach, para el periódico Los Andes, cuando recibiera el título “honoris causae” por parte de la Universidad Nacional de Cuyo, provincia de Mendoza, ver <https://www.losandes.com.ar/article/luigi-ferrajoli-para-que-no-haya-homicidios-hay-que-prohibir-las-armas/>

de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana...”. Hasta desde una posición se catalogaron estos delitos como de lesa democracia⁵.

La hipótesis que se plantea consiste en que los delitos de corrupción son imprescriptibles. Debe vincularse los casos de grave enriquecimiento doloso contra el Estado con el instituto de prescripción penal, en los términos del artículo 36 quinto párrafo C.N. y las disposiciones respectivas del Código Penal vigente.

Sentado esto, el estudio propuesto intentará despejar la incertidumbre que ha generado la redacción de este articulado constitucional, puedo pronosticar –en el supuesto de concluir acerca de la imprescriptibilidad– la ardua tarea de fijar el alcance de los delitos grave que conlleven enriquecimiento, para lo cual sería necesaria la sanción de una ley. Sobre el particular, se han presentado distintas propuestas legislativas, ninguna ha tenido siquiera media sanción.

Una postura novedosa, al margen que los delitos de corrupción no sean considerados como imprescriptibles y de lesa humanidad (según el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional), podría verificar que constituyan una grave violación a los Derechos Humanos, extremo que los diferenciaría del resto de los delitos ordinarios, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos en que la omisión de investigar podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Arriesga Nino que algunas indeterminaciones en el texto no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino en muchos casos recursos intencionales y funcionales para arribar a un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución o circunstancia diversa. En el caso del artículo 36, siguiendo a este constitucionalista, estaríamos ante una ambigüedad del tipo sintáctica, porque la indeterminación estaría dada

⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Defensa del sistema democrático y corrupción”, ensayos Ediar, Buenos Aires, 2019, pag. 13/50.

no por las palabras, sino por las oraciones, pues las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones⁶.

El desafío propuesto, tal como dejé entrever en los objetivos fijados, en una primera etapa, consiste en aplicar las técnicas de interpretación constitucional sostenidas por nuestra Corte Suprema y la doctrina, a la redacción de dicho artículo, sumado a las delicadas cuestiones en juego, y ante la necesidad y justificación del trabajo propuesto; sin perder de vista la incipiente jurisprudencia, el derecho comparado y la convencional constituyente del año 1994, fuente del artículo objeto de atención.

En definitiva, intentaré develar la intrincada interpretación que nos presenta esta cláusula constitucional, acerca de los delitos de corrupción y la prescripción de la acción penal, ante la ausencia de previsión legal en ese sentido, si puede adoptarse algún temperamento original al respecto. El punto de partida está circunscripto a la propia letra de la Constitución Nacional.

En referencia a la descripción de la metodología para el desarrollo de esta investigación, comenzaré con lo planteado por Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba⁷, en tanto resulta probable que existan infinitos métodos del conocimiento. Siguiendo a este autor, desde el vamos, el método también será unidisciplinario, únicamente comprende a la rama jurídica, especialmente derecho constitucional y en algún punto la filosofía del derecho en su capítulo de interpretación de la ley. Lo cual incluirá las reglas hermenéuticas: interpretación literal, extensiva, contextual, armónica, etc.; como métodos fenomenológicos *lato sensu* que definen lo jurídico, pues parten de un fenómeno observable (las normas escritas vigentes)⁸. A su vez, se tendrán en cuenta distintas técnicas de interpretación que ha cosechado la Corte Suprema a través

⁶ En “Fundamentos de Derecho Constitucional”, editorial Astrea, 3° reimpresión, 2005, pag. 90/93.

⁷ En “La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles”, Revista de Educación y Derecho, nro. 12, abril-septiembre 2015, pag.5, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaSeleccionDelMetodoEnLaInvestigacionJuridica100Me-5276233.pdf

⁸ *Ibidem*, pag. 9 y 10.

de sus decisiones, no puede olvidarse que se trata de una norma constitucional y aquél órgano es el último intérprete del sistema judicial, al margen de la intervención del sistema interamericano en algunos casos.

Más allá que hay doctrina y jurisprudencia sobre el tema planteado, por razones metodológicas escojo partir del texto del artículo de mentas. A su vez, en esta configuración del método en particular, cabe agregar que será cualitativo, toda vez que no se recurre al “elemento número” para el análisis, el diseño de investigación será flexible⁹.

También tratándose de una investigación teórica, utilizaremos el método de derecho comparado, pues sustituye a la experimentación, permite cotejar dos objetos jurídicos; y dentro de este método, especialmente aquél de tipo externo¹⁰, porque se abordará cualquier previsión constitucional similar en otros países, a partir de sus textos constitucionales. Probablemente, limitaremos el análisis a los países latinoamericanos del sistema interamericano de Derechos Humanos, pues han quedado englobados bajo un mismo sistema jurídico de garantías y por lo menos un instrumento internacional en materia de corrupción. En este punto, no puedo obviar la propuesta de Alessandro Somma, en cuanto da cuenta de sendos métodos en materia de derecho comparado, uno estructuralista y otro funcionalista, al margen que ningún método puede ser valorado en términos absolutos, se hará hincapié en el estructuralista¹¹. Ello así, con la aclaración que sería extenso y errático abrir la comparación a otros países. Asimismo, en este

⁹ Villabella Armengol, Carlos Manuel, “Los métodos en las investigaciones jurídica. Algunas precisiones”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, DR 2015, pag. 928, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

¹⁰ Villabella Armengol, *ibidem*, pag. 940.

¹¹ Somma, Alessandro, “Introducción al derecho comparado”, Alessandro Somma, traducción de Esteban Conde Naranjo, Universidad Carlos III de Madrid, Historia del derecho, nro. 34, 2015, título original “Introduzione al diritto comparator”, publicado por Gius Laterza & Figli, año 2014, pag. 153 y ss..

apartado, es oportuno poner de resalto que el trabajo será orden bibliográfico y no de campo¹².

También puede advertirse previamente que nuestro país ha suscripto varios instrumentos internacionales en materia de prevención y castigo de hechos de corrupción, deberá develarse la jerarquía normativa de estos compromisos dentro del sistema jurídico, así como si imponen la obligación de establecer la imprescriptibilidad, en definitiva será de interés en esta investigación evidenciar la responsabilidad internacional ante su incumplimiento.

No podrá omitirse pasar revista de las posiciones de la doctrina sobre este artículo, en contra y a favor de la imprescriptibilidad. En este tren, la jurisprudencia ha brindado dos pronunciamientos¹³ que, si bien concluyen –ambos por mayoría– en desechar la prescripción, echan mano de argumentos distintos e irreconciliables, lo cual aconteció además en un contexto de silencio del resto de los tribunales sobre la temática.

Asimismo, una vez estudiados los parámetros de la interpretación constitucional, en ese paraje las técnicas propuestas por la Corte Suprema de Justicia y doctrina en materia de interpretación de la ley y de la Constitución; será imprescindible dar cuenta de la Asamblea Convencional Constituyente año 1994, la declaración de la necesidad de la reforma, en particular la 12° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, días 19 y 20 de julio de 1994 y la incorporación luego del artículo 36 a la Carta Magna.

Dicho esto, la formulación esquemática del procedimiento general para verificar el planteo a modo de hipótesis; sin embargo podrá reencauzarse la metodología si se evidencia que no resulta

¹² Sabino, Carlos A., “Cómo hacer una tesis y elaborar todo tipo de escritos”, edición ampliada, Lumen Humanitas, 3° edición, 2006, pag. 113.

¹³ Caso “Miralles”, Sala II de la Cámara Federal de La Plata (jueces César Alvarez, Olga Angela Calitri y Leopoldo Héctor Schiffrin), expediente N° FLP 3290/2005 (Reg. Int.N° 3344), caratulado “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, fecha 6/10/2016; caso “Cossio” (IBM-DGI), fallo de Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (jueces Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos), causa CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8 del registro de esta Sala, caratulada “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”, fecha 29/8/2018.

suficiente para el objetivo. Como adelanto, puedo mencionar que se presenta como paso previo y obligado, definir y fijar el alcance de dos conceptos, uno corrupción o enriquecimiento grave contra el Estado, así como la prescripción de la acción penal, pues todo el trabajo rondará sobre los mismos.

En alusión a la metodología, no solo dar cuenta de los criterios de interpretación, el estado del arte y el tratamiento que al tema le brindó la jurisprudencia será suficiente en el plano de las reflexiones teóricas. Cobra importancia la necesidad de elaborar para el caso en particular un método de interpretación, el asunto en ciernes posee sus propias complejidades por lo delicado que implican estos delitos para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Entiendo que de abocarse la Corte Suprema de la Nación en lo venidero a responder el planteo expuesto, tampoco perderá virtualidad la tarea diagramada, habida cuenta que, desde el vamos, sería poco plausible ensayar una interpretación que pueda englobar sin fisuras distintas situaciones fácticas que se presenten. Digo que, a poco el lector se introduzca en este cuestión, podrá compartir o por lo menos considerar con rigor científico la propuesta que presento. A pesar del criterio que pueda exhibir la Corte Suprema, la temática siempre invitará a un nuevo análisis a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto judicial en trámite.

A modo de aclaración, evitaré exponer en esta introducción mayores precisiones sobre el marco teórico, al margen de una aproximación incidental, pues siendo los criterios teóricos sumamente importantes en materia de interpretación, según lo propuesto, en los primeros capítulos se afrontan reflexiones teóricas.

Una vez transitados estos pasos, estimo arribar a un estado de cosas que permita esbozar reflexiones finales. Este es el desafío, caracterizar y delimitar la relación entre los delitos de corrupción y la prescripción de la acción penal, nunca perdiendo de vista el propio artículo 36 de mentas. Auguro poder echar luz sobre la hipótesis apuntada, acerca de la imprescriptibilidad de tales atentados.

PRIMERA PARTE
REFLEXIONES TEÓRICAS

I.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

a) Introducción

En este trabajo se tocarán dos temas, la corrupción y la prescripción de la acción penal en estos casos a la luz del artículo 36 C.N., en este capítulo en particular la prescripción lisa y llana, destacando que en qué casos opera y en qué supuestos no tendría aplicación. Desde el punto de vista de la prescripción, encontramos las siguientes categorías de delitos: comunes, internacionales (de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y de agresión), y de grave violación de Derechos Humanos; aclarando que los casos de lesa humanidad implican una grave violación a los Derechos Humanos, empero no todas estas violaciones de referencia pueden catalogarse como de lesa humanidad.

b) Acerca de la definición de corrupción o enriquecimiento contra el Estado

Con acierto explica Donna que “(L)a llamada corrupción de los funcionarios públicos ha pasado en América hispánica a ser una constante. Esta situación es aprovechada por aquellos que intentan reemplazar la política por los gerentes empresariales, que es otra forma de aprovechamiento de los bienes públicos. La falta de una cultura democrática, producto de golpes de Estado, y la creencia de que la cosa pública es parte del patrimonio privado llevan a que la llegada a la función pública, en cualquiera de sus jerarquías, tiene

como consecuencia el acrecentamiento del patrimonio propio en perjuicio del pueblo en general”¹⁴.

También se ha definido a la corrupción como “un fenómeno histórico y sus efectos son cada vez más devastadores. Resulta necesario conocer las causas, sus características y sus efectos”¹⁵.

En esta línea, Sayed y Bruce rescatan el sentido lego del término corrupción al aplicarlo a la política y dicen que la corrupción implica mal uso o abuso de poder público para beneficio personal privado, ajeno al bien común. Peters y Welch profundizan en el significado del concepto corrupción política y dicen que la corrupción política consta de un receptor, un favor, un funcionario público y un beneficio. Acerca del tema, Scott, entiende que la corrupción política se puede definir en relación con la ley, al interés público y a la opinión pública. A su vez, los autores Zamora y Albaladejo, distinguen el concepto de corrupción del concepto de escándalo, si bien se pueden tomar en cuenta las variables de interés público, opinión pública y cultura, la corrupción política se define siempre en relación con la ley y al abuso de poder, o sea que no se puede confundir con el escándalo que es una manifestación de la reacción social al acto corrupto¹⁶.

¹⁴ En “Delitos contra la administración pública”, segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fé, 2008, pag. 19/20.

¹⁵ Wainstein, Mario, “La corrupción, un tema a investigar”, Material correspondiente al proyecto Año 2001-2003 - 034 UBACYT titulado “La corrupción y la actividad del contador público”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Secretaría de Ciencia y Técnica, Publicación “Contabilidad y Auditoría” Número 17 - Año 9 - junio 2003, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/cya/cya_v9_n17_01.pdf

¹⁶ Sayed, T. & Bruce, D., año 1998, *Police Corruption: Toward a Working Definition*. *African Security Review*, pag. 7; Peters, J. & Welch, S. (año 1974), *Political Corruption in America: A Search for Definitions and a Theory, or If Political Corruption Is in the Mainstream of American Politics Why Is It Not in the Mainstream of American Politics Research?*, *The American Political Science Review*, pag. 72, 974/984; Zamora, R. y Marín Albaladejo, J.A., año 2010, “La representación simbólica del escándalo político. Hacia una tipología de los marcos periodísticos (frames) utilizados en la narración del escándalo de corrupción política”, *Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación*, pag. 73; Scott, J., año 1972, *Comparative Political Corruption*, Englewood Cliffs: Prentice; citados por Elena Stein-Sparvieri, Profesora titular del Taller de Medios de Comu-

De alguna manera la introducción del artículo 36 –quinto párrafo- en nuestra Carta Magna, obedece a esta mirada. A su vez, constituye la tipificación de un delito constitucional al decir “..quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”, dejando librado al Congreso establecer el tiempo de inhabilitación para ejercer cargos o empleos públicos y la sanción de una ley de ética pública para el ejercicio de la función.

Asimismo, queda claro que el bien jurídico protegido que el Convencional Constituyente quiere resguardar es el sistema democrático; aunque a diferencia de los tipos penales adonde la afectación del bien jurídico resulta una condición para configurar el tipo objetivo de la figura, aquí se ha declarado que el sistema democrático es atentado por parte del corrupto; no se exige ninguna comprobación adicional, no es rebatible.

Una vez comprobada la existencia de una acción relevante jurídicamente hablando; podemos develar que los elementos del tipo objetivo constitucional consisten en: a) que esta acción sea grave; b) cometida contra el Estado; c) cualquiera que sea pero que conlleve enriquecimiento. A la vez se trata claramente de un delito doloso, el tipo subjetivo comprende la parte cognoscitiva y la parte volitiva, es decir tener conocimiento de la acción que se despliega y actuar con voluntad de realizar la misma, cumpliendo con todos los elementos de la faz objetiva del tipo constitucional.

En general se entendió que cuando el constituyente, en nuestro caso los convencionales del año 1994, instituyen estas figuras, al legislador ordinario le toca asignar consecuencias jurídicas a quienes incurran en esos comportamientos. Entiendo que en el caso del quinto párrafo del artículo 36, la figura es genérica y asegura

nicación, Maestría en Problemas y Patologías del Desvalimiento, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), en artículo “La corrupción política y su expresión en el discurso periodístico; “Political corruption and its expression in the journalistic discourse”; revista “Subjetividad y Procesos Cognitivos”, Vol. 17, Nº 2, año 2013, pag. 133/155, ISSN impreso: 1666-244X, ISSN electrónico: 1852-7310.

*iuris et de iure*¹⁷ que dichas conductas contra el Estado afectan el sistema democrático.

Otra características del caso, reside en que será el Código Penal el cuerpo jurídico que describe esas graves conductas dolosas contra el Estado o actos de corrupción, aquí el legislador no solo debe asignar pena sino describir las conductas en detalle y todas las modalidades delictivas, extremo que está zanjado desde mucha antes de la reforma constitucional¹⁸; habiendo quedado pendiente la sanción de la ley de ética en la función pública¹⁹.

Entonces, este delito constitucional no es una conducta en particular, sino un conjunto de características que de cumplirse nos lleva de un delito legal a uno constitucional, con la afectación del sistema democrático.

Más allá que varios autores, según se verá más adelante, sostienen que el convencional constituyente no ha alterado la previsión legal de estos delitos, pues no se estipuló la imprescriptibilidad –como sí ocurre con los atentados de los párrafos anteriores del artículo 36- y la inhabilitación para ejercer la función o cargos públicos es limitada en el tiempo en sintonía con las previsiones actuales del Código Penal, la afectación del sistema democrático cobra sentido a la luz de distintos instrumentos internacionales que nuestro país ratificó. Una prueba de ello resulta la gran cantidad de proyectos de ley, sobre lo cual me expediré en su momento, que intentaron en sintonía con la protección del sistema democrático antes aludido, declarar estas conductas corruptas como imprescriptibles.

Ahora bien, resulta atino aclarar que cuando el quinto párrafo habla de atentados contra el sistema democrático cometidos por quienes se enriquecen de modo grave y doloso, se trata de delitos contra la administración pública y en algunos casos contra la

¹⁷ Tipo de presunción que no admite prueba en contrario, según Gemaert Willmar, Lucio R. R., en *Diccionario de Aforismos y Locuciones Lantinas de uso de forense*, editorial Abeledo Perrot, segunda edición ampliada, Buenos Aires, 2000, pag. 87.

¹⁸ Código Penal, ley 11.179 (B.O. 3/11/1921) y modificatorias.

¹⁹ Ley 25.188 (B.O. 1/11/1999).

propiedad (por ejemplo, algunos supuestos de los arts. 173 y 174) según la diagramación de nuestro Código Penal. Va de suyo que la norma constitucional no exige que quienes atenten contra el Estado de este modo deban revestir la calidad de empleados o funcionarios, lo que sí ocurre en la mayoría de las figuras contra la administración pública.

En el caso de estos delitos, se ha dicho que “e(E)l correcto desempeño de la función pública constituye un requisito indispensable en el desarrollo del sistema democrático. En el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción se considera que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, y que la democracia representativa exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. También, en el art. 36, quinto párrafo, de la Constitución Nacional se estableció que atenta contra el sistema democrático quien incurra en un delito doloso grave contra el Estado que conlleve enriquecimiento”²⁰.

Además, no solo se afecta el sistema democrático como mayor atentado posible en estas figuras, sino el normal y regular el funcionamiento de los órganos del Estado, comprensivo de todas las ramas de sus tres poderes. La perturbación funcional puede provenir de la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función o de los particulares que con su conducta obstruyen en ese normal funcionamiento²¹.

La figura constitucional no especifica delitos en particular y solo establece un tipo genérico que incluye varias figuras del Código Penal, en tanto afecten al Estado, en tanto sean graves y conlleven enriquecimiento.

A su vez, nuestro país incorporó a su derecho interno la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) mediante ley

²⁰ Autores varios en “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, D’Alessio Andrés José (director), Divito Mauro A. (coordinador), Tomo III, editorial La Ley, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2011, pag. 1164.

²¹ Así Marín, Jorge L., “Derecho Penal. Parte especial”, segunda edición actualizada, editorial Hammurabi, José Luis Palma editor, Buenos Aires, 2008, pag. 732.

24.759²², en la cual se describieron el artículo VI las siguientes conductas como actos de corrupción:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

En relación a esta Convención se estableció un seguimiento continuo sobre su implementación, así en la Segunda Ronda de Análisis de la CICC (Washington DC, 2006)²³, el Comité de Expertos del Mecanismo De Seguimiento De La Implementación

²² B.O. 17-1-1997.

²³ Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_arg.pdf

(MESICIC) catalogó las disposiciones penales de la Argentina que se adecuaban a lo dispuesto por dicho instrumento.

En relación al citado artículo VI:

- Párrafo a): artículos 256 del Código Penal, modificado por el artículo 31 de la Ley 25.188 (Cohecho Pasivo), 257 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 25.188 (Cohecho del -Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público), 266 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 25.188. (Exacciones Ilegales), 267 del Código Penal. (Exacción Agravada por los Medios), artículo 268 del Código Penal. (Concusión) y 259 del Código Penal. (Admisión Simple de Dádivas);
- Párrafo b): artículo 258 del Código Penal. (Cohecho Activo);
- Párrafo c): artículos 174, inciso 5, del Código Penal (Fraude en Perjuicio de la Administración Pública), 173, inciso 7, del Código Penal. (Administración Infiel) y 265 del Código Penal (Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas);
- Párrafo d): artículo 277 del Código Penal, modificado por las leyes 25.246 y 26.087. (Encubrimiento);
- Párrafo e): artículos 45 del Código Penal. (Participación Criminal), 46 del Código Penal (Complicidad Secundaria), 277 y 278 del Código Penal, artículo 210 del Código Penal (Asociación Ilícita) y 29 bis de la Ley 23.737 de Estupeficientes y Psicotrópicos.

A este listado deben agregarse los arts. VIII y XI de la CCIC – y sus correlativos del Código Penal –, que establecen la obligación de tipificar los delitos de soborno transnacional (art. 258 bis del C.P.) y enriquecimiento ilícito (arts. 268 1), 2) y 3) del C.P.). Además, ambos artículos aclaran que dichos delitos serán considerados un acto de corrupción.

Tal como surge del inciso segundo del art. VI, la enumeración que se hace en sus párrafos de los distintos actos de corrupción no es taxativa y permite ser ampliada. Por lo tanto, numerosos tipos penales que caben en el concepto genérico de corrupción antes

dado, y que no fueron tenidos en cuenta por el art. VI.1, pueden ingresar por la vía del acuerdo entre Estados (por ej., tráfico de influencias²⁴, peculado, malversación de fondos públicos, etc.) a los efectos de aplicar los distintos mecanismos de cooperación procesal penal que la Convención prevé.

c) Delitos comunes

Se ha entendido, a la luz de los lineamientos de la Corte Suprema, que la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el “olvido y el desinterés del castigo”²⁵; mientras el daño o las consecuencias negativas del delito tengan vigencia también lo tendrá la necesidad del castigo. A su vez, si bien “consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones respectivas, también son razones vinculadas al interés general las que llevan al legislador a determinar el efecto interruptivo...”²⁶.

²⁴ Por citar un ejemplo, recordemos uno de los casos vinculados a “Berlusconi” en Italia, adonde la comisión competente de la Cámara de Diputados italiano autorizó el arresto de Alfonso Papa, legislador del Pueblo de la Libertad (PdL, el partido del ex premier) involucrado en la investigación sobre la llamada “P4”, una asociación secreta que manejaba informaciones reservadas para obtener ventajas ilícitas. Así como el arresto del influyente empresario Luigi Bisignani, según se dijera, lobbista, se investigó el posible chantaje a empresarios y funcionarios, se obtenía información sobre procesos judiciales y se prometía “protección y ayuda” a los acusados a cambio de dinero y otros valores.

²⁵ CS Fallos 292:103.

²⁶ CS D. 749 XLVIII recurso de hecho “Demaría, Jorge Luis s/ casusa 14.358”, considerando 13°, con cita Fallos 307:1466. A pesar de ello, no debemos olvidar el pensamiento de Immanuel Kant sobre la pena, en cuanto “[l]a pena judicial (poena forensis), distinta de la natural (poena naturalis), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real”; así en “Metafísica de las Costumbres, segunda parte de la Introducción a la doctrina

En este tren de fundamentos, podemos agregar en favor de la prescripción en ciertos casos: 1) la dificultad probatoria que genera el transcurso del tiempo, pues hace desaparecer rastros y efectos del delito; 2) podría servir para fortalecer la necesaria seguridad jurídica, pues elimina un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el delincuente y el Estado; 3) desde la perspectiva especial el derecho penal no debe actuar sobre quien ha logrado su reinserción social avalada por su abstención de delinquir durante un largo tiempo, porque desaparece la necesidad de la pena; 4) como límite que se impone el Estado para comprometerse a llevar a cabo la acción en un plazo máximo²⁷.

También se ha mencionado que la prescripción es una causal de extinción de la pretensión represiva estatal que opera por el paso del tiempo, aunque no borra el delito como hecho penalmente típico, antijurídico y culpable, sino que entonces elimina la punibilidad, pues extingue la acción penal, sea pública -de oficio-, pública dependiente de instancia privada o privada²⁸.

Otros autores criticaron fuertemente la posibilidad de que el Estado no pueda castigar, para Bentham “deja abierta una puerta a la impunidad e incita a la perpetración de delitos”, según Saldaña se trata de “un premio a la ligereza del criminal que huye”, y en términos de Beccaria debe denegarse las prescripciones para delitos atroces²⁹.

En nuestro país, el instituto tal cual está regulado en el digesto represivo estableció una armonía que combina el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido

del Derecho”, Observación General, par. E, trad. y notas Adela Cortina Orts y Jesús Conilli Sancho, editorial Tecnos S.A., 1989, pag. 166.

²⁷ “Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Hammurabi, segunda edición, 2007, autor Carlos Lascano, artículos 62 y 63 del Código Penal, pag. 218/219.

²⁸ Lascano, Carlos, ob cit., pag. 219.

²⁹ Citado por Lascano, Carlos, ob cit., pag. 217.

a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro³⁰.

Se presenta “a priori”³¹ como una institución del derecho procesal³² porque obstaculiza el ejercicio de la acción penal de neto contenido procesal, empero con la positivización de los Derechos Humanos comenzó a tener raigambre constitucional como garantía del imputado en el proceso, con estrecha vinculación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

Otra posición sitúa a la prescripción como parte del derecho sustantivo o material en tanto en esa inteligencia extingue la potestad punitiva³³, o bien como límite a la actividad del estado³⁴.

Y una tercera postura, le atribuye naturaleza mixta, tanto material como procesal³⁵, en esa línea se sostuvo que se presenta como obstáculo procesal a la respuesta punitiva³⁶, o también se ha argumentado que en su esencia la prescripción es material, aunque produce efectos procesales³⁷.

³⁰ CS Fallos 320:1717, considerando 9°.

³¹ “por lo que precede”, según Gernaert Willmar, Lucio R. R., ob cit., pag. 33.

³² Righi, Esteban, “Los límites de la persecución penal y la tutela de los derechos fundamentales”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año II, N° 3, editorial Ad Hoc, 1996, pag. 198.

³³ Nuñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, tomo II, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, pag. 173, De La Rúa, Jorge, “Código Penal Argentino. Parte General”, tomo III, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 1071.

³⁴ Pastor, Daniel R., “Prescripción de la persecución y código procesal penal”, editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pag. 41.

³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, 4ta edición completamente corregida y ampliada, traducción Miguel Olmedo Cardenete, editorial Comares, Granada, año 1993, pag. 822, Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, “Derecho penal. Parte general”, tomo I, traducción Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pag. 968/969.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, tomo V, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pag. 859.

³⁷ Vela Barros, Oscar N., “La prescripción penal en el Código Penal, Bibliografía Argentina, Buenos Aires, año 1960, cap. I, pag. 94, Nuñez, Ricardo C., “Manual de derecho penal. Parte General”, 4ta. Edición, actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pag. 209, citados por Lascano, Carlos, ob cit., pag. 219.

Empero, más allá de la naturaleza, cierto es que en la práctica y a la luz de la doctrina de nuestra Corte Suprema, las causales de prescripción de la acción penal quedan contempladas dentro de la “ley penal” y así el principio de legalidad (art. 18 C.N.), así las cosas una modificación legal que acorte los plazos de prescripción será considerada ley más benigna y una modificación que extienda los mismos deberá regir para casos futuros.

Entonces, a los requisitos de la ley penal en cuanto ley previa al hecho del proceso, no solo se contempla la descripción de la conducta prohibida y la sanción penal, sino otras consecuencias, inclusive los plazos de prescripción de la acción penal. Si bien es cierto que la acción penal atañe a la temática procesal, siendo uno de sus capítulos más importantes, nuestro digesto de fondo echó mano de ciertos institutos procesales y los llevó al plano sustantivo al regir para todo el país; con sustento en el art. 75 inc. 12 C.N., ello así desde el año 1921 a la fecha en forma ininterrumpida³⁸.

Recuérdese que esta cuestión la desentrañó la Corte Suprema, al momento de tratar de la reforma al art. 62 del C.P.-leyes 23.077 y 25.990-, dijo que “r(R)esulta importante destacar que la nueva legislación no abandona el esfuerzo en mantener el equilibrio entre Nación y provincias –desde un código que debe regir en toda la República- toda vez que además de realizar una enumeración de los actos con naturaleza interruptora de la prescripción permite su asimilación a los institutos similares previstos en las normas locales”³⁹.

d) Delitos Internacionales (de lesa humanidad, genocidio, de guerra y de agresión)

La prescripción de la acción penal, sin embargo, como instituto, no alcanza a la totalidad de los delitos, sino aquellos denominados comunes. Hoy día, los delitos relacionados con la corrupción

³⁸ Código Penal, ley 11.179 (B.O. 3-11-1921).

³⁹ CS D. 749 XLVIII recurso de hecho “Demaría, Jorge Luis s/ casusa 14.358”.

entrarían a priori en esta categoría, salvo escasas interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia, lo cual aludiré más adelante.

Es decir, quedan exceptuados de prescripción los delitos de lesa humanidad o crimen contra la humanidad⁴⁰. Se entienden, a los efectos del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴¹, diferentes tipos de actos inhumanos graves cuando reúnan dos requisitos: “la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque”. Encontramos los siguientes: a) Asesinato, b) Exterminio, c) Esclavitud, d) Deportación o traslado forzoso de población, e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, f) Tortura, g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, h) Persecución de un grupo o una colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, i) Desaparición forzada de personas, j) El crimen de apartheid, k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (art. 7 inc. 1°). A esto se suma, el genocidio y los crímenes de guerra y de agresión (arts. 6 y 8). Todos estos delitos no prescribirán (art. 29).

Además, el carácter imprescriptible de estos delitos está receptado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁴² (arts. I y IV),

⁴⁰ El doctor Franco Marcelo Fiumara, en su obra “Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención”, primera edición, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, 2016, realiza un estudio profuso, detallado e histórico de esta excepcional categoría de delitos.

⁴¹ Leyes 25.390 (B.O. 23/1/2001) y 26.200 (B.O. 9/1/2007).

⁴² Ley 24.584 (B.O. 29/11/1995), ley 24.080 (B.O. 29/9/2003).

la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas⁴³, aplicable a estos casos en particular (art. VII), ambas con jerarquía constitucional, a su vez en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas⁴⁴ (art. 5).

Tal como se hiciera la distinción, a diferencia de los crímenes internacionales comunes, la categoría de estos crímenes es excepcional, dadas algunas consecuencias que acarrearán, como ser: imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistía y su aplicación retroactiva en el derecho interno por constituir *ius cogens* en el plano internacional. Además, son crímenes contra la humanidad porque afectan todas las personas como integrantes de la humanidad, contrariando la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados, cometidos por un agente estatal en la ejecución de una acción gubernamental o por una organización con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal⁴⁵.

e) Violaciones graves a los Derechos Humanos

Otra categoría que sorteja los límites de la prescripción de la acción penal, consiste en estas graves violaciones. Estos supuestos comprenden claramente los mencionados delitos de lesa humanidad, pero también otras conductas que sin estar previstas en ese rótulo (según letra del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional⁴⁶), por su gravedad no pueden dejar de investigarse y castigar en su caso. Se ha dicho expresamente que debe asegurarse un recurso efectivo a las víctimas y deben restringirse las disposiciones de amnistía, prescripción y/o el esclarecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investi-

⁴³ Ley 24.556 (B.O. 18/10/1995), ley 24.820 (B.O. 30/4/1997).

⁴⁴ Ley 26.298 (B.O. 30/11/2007).

⁴⁵ Lorenzetti Ricardo Luis y Kraut, Alfredo Jorge, "Derechos Humanos: justicia y reparación", editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2011, pag. 30.

⁴⁶ Aprobado por ley 25.290 (B.O. 23/1/2001).

gación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos⁴⁷.

Resulta trascendente hacer alusión al criterio de la Corte IDH, que expresamente destacó que si bien hay casos que no se trataban de crímenes de lesa humanidad, se estaba ante una vulneración grave a derechos fundamentales, lo cual genera la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos. Así la obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado⁴⁸.

Haciendo una interpretación de la C.A.D.H., dicha Corte si bien no declara imprescriptibles determinados delitos per se⁴⁹, ante la grave violación de Derechos Humanos resulta inaplicable la prescripción, indulto o amnistía, es decir cualquier obstáculo que impida descubrir la verdad y asegurar el derecho a tutela judicial efectiva por parte de la víctima y/o sus parientes. La Corte se ha expedido en otros casos ante una grave violación de D.D.H.H., siendo un concepto elaborado por dicha Corte en pleno uso de facultad convencionales.

Daré cuenta de los casos más relevantes, con la aclaración previa que no pretendo agotar la profusa jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia. Será de utilidad recrear el sustrato fáctico de estos pronunciamientos para comprender el alcance de esta categoría de graves violaciones a los D.D.H.H., siendo de creación o interpretación jurisprudencial.

⁴⁷ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú”, Fondo, sentencia del 14/3/2001, serie C, n°75.

⁴⁸ Caso “Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia del 11 de mayo de 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

⁴⁹ “por sí mismo”, según Gernaert Willmar, Lucio R. R., ob cit., pag. 119.

1. Caso Bulacio Vs. Argentina⁵⁰

Hechos

Se remontan al 19 de abril de 1991, cuando la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva o “razzia” de más de ochenta personas en la Ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del estadio Club Obras Sanitarias de la Nación ante un concierto de música rock. En este contexto, fue trasladado Walter David Bulacio (17 años) a la Comisaría 35°, específicamente a la sala de menores. Recibió golpes de agentes policiales. El resto de los detenidos recuperaron su libertad -sin causa judicial-, en el caso de los menores no se comunicó al juez de menores en turno, en franca violación de la ley 10.903⁵¹, tampoco a sus familiares. En cuanto a Bulacio fue trasladado en ambulancia al Hospital Pirovano, aún sin notificación al juez y a la familia, se le diagnosticó un traumatismo craneano, a su vez fue trasladado al Hospital Fernández para efectuarle un estudio radiológico y después regresó al Hospital Pirovano. En esa oportunidad, Bulacio le manifestó al médico que había sido golpeado por la policía. Los padres por intermedio de un vecino tomaron conocimiento de lo ocurrido, lo visitaron en la comisaría. Un día después, fue trasladado al Sanatorio Mitre, el médico de guardia denunció ante la Comisaría 7° que había ingresado el menor con lesiones, por lo que se inició una investigación policial por el presunto delito de lesiones, tomó conocimiento de las denuncias un juez de menores. El joven falleció. La autopsia encontró huellas inequívocas de golpe con objetos contundentes en miembros, torso, cabeza y extremidades. A raíz de ello y en cuanto al trámite judicial, fue procesado el Comisario Miguel Ángel Espósito por delitos de privación ilegal de la libertad, abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes

⁵⁰ Corte IDH, fallo de fecha 18/9/2003, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

⁵¹ B.O. 27/10/1919, abrogada por la ley 26.061 (B.O. 26/10/2006).

de funcionario público, luego fue sobreseído (de modo provisorio primero y definitivamente después).

Sentencia

Entre otras cosas, declara la responsabilidad del Estado y el deber de reparar (art. 63.1 C.A.D.H.), imponiendo la plena restitución (*restitutio in integrum*). La obligación de investigar debe cumplirse con seriedad, esta debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.

La función de los órganos judiciales no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

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. Las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 C.A.D.H. requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 C.A.H.D.. A su vez, define a la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

2. Caso Bueno Alves Vs. Argentina⁵²

Hechos

A principios de 1988, Bueno Alves (uruguayo residente en Argentina), había iniciado una transacción de compraventa inmobiliaria, la que se frustró. A raíz de lo cual en febrero de 1988 denunció a la parte co-contratante por estafa y amenazas, dando inicio a una causa judicial. Esta parte, el 10 de marzo de 1988, también denunció por estafa y extorsión a Bueno Alves y a otros. Posteriormente, ambas causas fueron acumuladas y las partes acordaron rescindir la transacción. Sin embargo, el 5 de abril del mismo año, Bueno Alves y su abogado fueron detenidos en la oficina profesional de éste, la cual fue allanada por la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal de Argentina por orden de un juzgado. Luego el señor Bueno Alves fue objeto de torturas consistentes en, *inter alia*⁵³, golpes con la mano ahuecada en los oídos, mientras se encontraba en sede policial, a fin de que declarase contra sí mismo y su abogado. A consecuencia de estos golpes sufrió un debilitamiento en la capacidad auditiva del oído derecho y en el sentido del equilibrio. Estos delitos motivaron un procedimiento judicial que culminó sin que se hubiese identificado y sancionado a los responsables de las torturas. En todas las instancias del Poder Judicial argentino, incluyendo la extraordinaria de la Corte Suprema, se sostuvo que el hecho había prescrito.

Sentencia

A la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana y la definición de la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁴, los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto

⁵² Corte IDH, ya citado.

⁵³ "Entre otras cosas", diccionario on line Glosbe, <https://es.glosbe.com/la/es/inter%20alia%20>

⁵⁴ Ley 23.652 (B.O. 2/11/1998).

intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito. Más allá de ello, no significa que deban ser calificados per se⁵⁵ como delitos de lesa humanidad, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Según el artículo 5 C.A.D.H. el Estado tiene el deber de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual también está establecido en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, especialmente el Estado se encuentra obligado a tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción, así como a prevenir y sancionar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Este deber de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado.

3. Caso Barrios Altos Vs. Perú⁵⁶

Hechos

Se ha acreditado que el 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en un inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, arribaron en dos vehículos, portaban luces y sirenas policiales. Estos

⁵⁵ “Por sí mismo, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 119.

⁵⁶ Corte IDH, sentencia de fecha 14/3/2001, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf

obligaron a las víctimas a arrojarse al suelo y les dispararon indiscriminadamente, así mataron a 15 personas e hiriendo gravemente a otras 4, una de las cuales quedó permanentemente incapacitada. Los involucrados resultaron ser miembros del Ejército peruano y actuaban en el escuadrón de eliminación llamado Grupo Colina, el que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo.

La investigación recién se inició en el año 1995, los tribunales militares reclamaron competencia sobre el caso, la Corte Suprema no llegó a expedirse sobre la competencia pues se sancionó una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad a los militares y policías, que hubieran cometido entre 1980 y 1995 violaciones a los Derechos Humanos. Luego, otra ley de amnistía, según se recabara, estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos, a la luz de su letra la amnistía no era revisable en sede judicial y resultaba de obligatoria aplicación, así la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió el archivo definitivo del proceso.

Sentencia

Declaró que se habían violado distintos Derechos Humanos de la C.A.D.H., derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. A su vez, que eran inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Agregó que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones a Derechos Humanos, obstaculizan la investigación y el acceso a

la justicia e impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

II.- ESTADO DEL ARTE

Como en todas las cuestiones jurídicas, en doctrina -por lo menos- se evidencian dos posiciones. Cabe destacar que, en este caso en particular, son pocos los juristas que se han expedido sobre la interpretación del art. 36 C.N. en materia de imprescriptibilidad de delitos de corrupción. No pueden agotarse las voces que se expresaron, pero sí en gran medida representar los argumentos principales de cada uno de las posturas.

Desde ya, reservo para las conclusiones finales un análisis más profundo y toma de posición.

a) A favor de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

Uno de los primeros juristas que se expidió en este sentido, se trata de Carlos Alberto Ghersi. Sostiene que según la Convención Interamericana contra la Corrupción, las acciones de corrupción son ejercidas por el funcionario o empleado del Estado, los bienes afectados son públicos y en referencia a la conducta, precisa que requieren o aceptan directa o indirectamente cualquier artículo de valor, a cambio de que el funcionario o empleado cumpla actos u omita los mismos con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí y para terceros, aprovechamiento doloso u ocultación de bienes, participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o cualquier otra forma de comisión, tentativa, asociación o confabulación, etc. Agrega que la legislación interna, en especial el Código Penal, es complementario a través de los delitos contra el orden público, la seguridad de la Nación, la Administración Pública y la Fé Pública, se refiere a los previstos en el artículo 36 C.N.

A modo de ejemplo, cita el delito de traición como generación de deuda externa que permite someter a la Nación a una potencia u organismo extranjero o internacional y/o generación de deuda interna que permita someter el Estado a grupos económicos y atentado contra la vida democrática y orden constitucional, mediante abrogar derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar aunque sea temporariamente la independencia económica de la Nación.

A su vez, las empresas –con socios ocultos- se incorporan en el círculo de la corrupción y se constituyen en “empresas mafiosas por acción u omisión” que destruyen la competencia del mercado (obras públicas, etc.) generando una anomia en el centro de institucionalización del sistema legal (son de apariencia legal).

Agrega que la corrupción en el Estado constituye un acto de cercenamiento de derechos económicos y extra económicos de las personas-individuos y las familias. La vulneración de las personas como seres humanos ha llevado específicamente a la internacionalización y globalización de los Derechos Humanos y los delitos de lesa humanidad. El derecho patrimonial es un derecho humano esencial colectivo y que su violación constituye un delito de lesa humanidad y, por ende, no existe la cosa juzgada y es imprescriptible.

Nuestra Constitución Nacional en su preámbulo establece dos objetivos claros y contundentes: afianzar la justicia y promover el bienestar general, los que poseen plena operatividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Está claro entonces que solamente será retroactiva la aplicación de la legislación procesal penal, pero no la ley penal. Tampoco se interrumpirán los plazos de prescripción de la acción penal de hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Cuando se trata de la apropiación directa o indirecta de bienes públicos o simplemente favorecerse o favorecer a terceros en el enriquecimiento por la función, constituyen delitos de lesa humanidad, ya que son realizados por funcionarios, afectan bienes públicos y dañan intereses colectivos. En su criterio, los delitos de corrupción constituyen traición a la patria por afectación de bienes

públicos, abuso de función y daños a los intereses colectivos, por lo cual resultan también imprescriptibles⁵⁷.

También avala la tesis de que estamos ante un delito de lesa humanidad, el reconocido Agustín Gordillo⁵⁸. Despliega varios argumentos para avalar este pensamiento, fundamentalmente destaca que hay eventos que a lo largo de la historia han pasado a estar condenados, hace referencia al “genocidio” y a la “esclavitud”, también apunta que hace alusión a otros comportamientos que aún no se los considera como de “lesa humanidad” pero sí como “lesa humanidad in statu nascendi”; es decir en estado de formación o nacimiento.

En relación a la incorporación del artículo 36 C.N., expresa “n(N)uestro primer paso fundamental en este camino, en la Argentina, lo dimos en el art. 36 de la Constitución de 1994. El texto constitucional comienza complementando la condena constitucional de “infame traidor a la patria” a quien otorgue la suma del poder público. Lo hace extendiendo y ampliando esa sanción a los que interrumpen el orden constitucional y el sistema democrático. Luego el mismo artículo de la Constitución argentina extiende tales sanciones a quienes, como consecuencia de tales rupturas del orden constitucional, usurpen funciones públicas y amplía una vez más las sanciones. Avanza luego un paso más en ese mismo desarrollo: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.” En lugar de la inhabilitación automática a perpetuidad de los anteriores supuestos, aquí el texto constitucional autoriza al legislador a fijar plazos específicos de inhabilitación.

⁵⁷ Ghersi, Carlos Alberto, “Corrupción. Delito de lesa humanidad e imprescriptible”, La Ley 15/4/2010, 1, La Ley 2010-B, 1210, cita on line: AR/DOC/1358/2010.

⁵⁸ En artículo “La Corrupción como delito de Lesa Humanidad”, obra “Ética Pública y Sistemas de Responsabilidad del Estado y del Agente Público”, derivaciones del III Seminario de Actualización en Derecho Administrativo año 2016”, en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Espinoza Molla Martín R. y Rizzi Guillermo, coordinadores, Universidad Nacional de La Plata, primera edición, ISBN: 978-950-34-1584-9, 1997, pag. 285/305. Puede consultarse en Dialnet-EticaPublicaYSistemasDeResponsabilidadDelEstadoYDe-724705.pdf

Pero en lo sustancial se remite, a mi juicio inequívocamente, a todas las severas condenas precedentes. A falta de ley expresa en sentido diverso, se aplica la inhabilitación automática perpetua de los primeros supuestos del artículo 36. A efecto ilustrativo, reproduzco el texto introduciendo en cuerpo más pequeño a las frases que a mi juicio pueden oscurecer la lectura integral que propongo...”.

A su vez, es contundente al decir “...quizás indirecto e instrumental, la corrupción en sus diversas manifestaciones va así en camino de constituir el casi seguro hilo conductor de los delitos que asolan a la humanidad entera. Aunque parezca y tal vez sea excesivo, la seguridad de las naciones depende en gran medida de la eficacia de la lucha contra la corrupción. No es per se el dinero: El enriquecimiento ilícito, el soborno, el contrabando, el lavado de dinero. No, son las vidas humanas que se diezman por doquier con aquella quizás lejana pero no menos conveniente intermediación. Es también el nexo directo con la pobreza y miseria de los pueblos que la soportan. La acción internacional es imperativa, casi para preservar la especie humana y su hábitat...”.

Similares términos encontramos en la posición de Pablo E. Iribarren⁵⁹, al expresar lo siguiente: “e(E)n los últimos años se puede observar en el derecho comparado una fuerte corriente tendiente a equiparar —en cuanto a sus efectos— a la corrupción, o mejor dicho a los delitos estrechamente vinculados con este fenómeno (cohecho, enriquecimiento ilícito, negociaciones incompatibles en el ejercicio de la función pública, exacciones ilegales, etc.), a los delitos de lesa humanidad y por lo tanto a considerarlos imprescriptibles. Por sólo dar algunos ejemplos, dentro del ámbito latinoamericano, podemos señalar a la Constitución de la República del Ecuador, que en su versión actual establece: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o

⁵⁹ En artículo “Corrupción ¿delito de lesa humanidad?” La Ley, 2011-C-327, cita on line: AR/DOC/1365/2011, fecha 18/5/2011.

representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas”.

En su entendimiento “r(R)esulta un antecedente interesante sobre el tema la Mesa Redonda Internacional “Corrupción y modernización del Ministerio Público”, desarrollada en Lima los días 21 y 22 de marzo de 2002, los representantes de los Ministerios Públicos de Chile, Colombia, Costra Rica, Ecuador, México, Panamá, Perú y Venezuela, coincidieron en que la lucha contra la corrupción exigía un “cambio de mentalidad”, “optimizar” los mecanismos técnicos especializados y “asumir” las decisiones políticas jurídicas a fin de armonizar las normas legales y adecuarlas a los instrumentos internacionales. En tal razón convinieron en “recomendar la ampliación de los plazos de prescripción de la acción penal por delitos de corrupción, a fin de impedir la impunidad en los países donde no se ha considerado la imprescriptibilidad de dicha acción” (punto séptimo)”.

También ha sostenido que “...la diferencia entre delitos comunes y los crímenes de lesa humanidad radica en que éstos son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi-gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control. La Corte Suprema Justicia de la Nación en forma reiterada (“Priebke”; “Arancibia Clavel”; “Etchecolatz”; “Simón”; “Mazzeo”, entre otros) viene sosteniendo que más allá de los Tratados Internacionales firmados por el país, existe una costumbre internacional que obliga a los Estados a perseguir estos delitos, considerándolos imprescriptibles. Por otro lado, se señala que los principios de cosa juzgada y non bis in ídem, ceden ante la imposición de los Tratados Internacionales que obligan al Estado Argentino a sancionar a los responsables”.

A esta altura, se pregunta “¿será necesario un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de esta clase de delitos? ¿Resulta posible y conveniente equiparar los delitos relacionados

con la corrupción, a los crímenes de lesa humanidad? ¿Habrá llegado la hora de ampliar el catálogo de delitos considerados de lesa humanidad e incluir entre ellos a la corrupción? ¿Será ventajoso que en una próxima reforma constitucional se establezca una cláusula de imprescriptibilidad para estos delitos? ¿Podemos considerar hoy en día que existe una costumbre internacional que obliga a los Estados a perseguir los delitos de corrupción?"; continúa este autor y contesta: "n(N)o es posible en este breve comentario contestar estos interrogantes; además, y honestamente, no estoy muy seguro de las respuestas. Pero de lo que sí estoy convencido es que la lucha contra la corrupción debe ser considerada prioridad de Estado. Si estas palabras incentivan el intercambio de ideas y opiniones, habrán cumplido su finalidad. Porque lo que no debemos olvidar es que -como el sol- la corrupción, aunque no la veamos, siempre está".

En la misma línea, encontramos a Andrés Gil Dominguez, quien incorpora la noción de lesa democracia en relación a estos delitos. Acerca del artículo 36, hace alusión a los puentes que unen la primera con la segunda parte como la imprescriptibilidad y la interdicción de los beneficios de indulto, de la conmutación de la pena y de la amnistía.

Sostiene que tanto de la Constitución argentina como de los instrumentos internacionales específicos surge una obligación de establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción como una garantía efectiva de la democracia y del sistema de derechos. Entiende que esta interpretación debe ser acompañada por las siguientes definiciones legislativas: si la imprescriptibilidad abarca también la acción civil, si la inhabilitación de los funcionarios condenados debe ser perpetua, qué delitos comprende el concepto de corrupción, si debe verificarse un grave daño económico o basta con el daño económico, si procede el juicio en ausencia⁶⁰, si se amplía a toda persona partícipe, aunque sea funcionario público, si

⁶⁰ Junto al doctor Franco M. Fiumara, estudiamos el instituto del "juzgamiento en ausencia", estando a favor su constitucionalidad, en "Juzgamiento en ausencia, sí. Una necesidad, una obligación y una deuda", Errerius on line, noviembre 2016, cita digital IUSD284897A; "Juzgamiento en ausencia. Ya es hora de sancionar

se establece la interdicción de la amnistía, el indulto y la conmutación de la pena para esta clase de delitos, si la imprescriptibilidad se extiende a la pena, si se incorpora la confiscación de los bienes provenientes de los delitos de corrupción.

Hace hincapié en la obligación convencional del Estado argentino frente al sistema regional de persecución e imprescriptibilidad, en modificar el actual régimen de prescripción vigente, y que una de las alternativas posibles es establecer la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. También esta obligación implica la promoción y el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, combatir eficaz y eficientemente, erradicar y sancionar la corrupción. Esto implica una objetiva interdicción de todo instrumento normativo que evitar la corrupción.

Entiende que se tratan de delitos constitucionales (art. 36) y plenamente operativos. En cuanto al quinto párrafo del artículo debe interpretarse de forma conjunta la conexión que propicia la palabra “asimismo”, lo cual deriva en la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción⁶¹.

Más recientemente expresó: “mi tesis, y que muchos siguen, es que los delitos de corrupción no están alcanzados ni por el indulto, ni por la amnistía ni por la conmutación de penas. Lo prohíbe por ser un atentado contra la democracia... el artículo 36 habla primero de mantener la fuerza normativa de la Constitución Nacional, que no se interrumpe frente a un golpe de estado, y más adelante se considera los atentados contra la democracia. Una ley podría establecerlo más claramente. Pero del artículo 36 surge

la ley”, Revista Temas de Derecho Procesal, colección compendio jurídico, abril 2019, año III, Buenos Aires, ed. Errerius, pag. 239 y ss.

⁶¹ Gil Domínguez, Andrés, “Defensa del sistema democrático y corrupción”, Ensayos Ediar, Buenos Aires, 2019, pag. 17 y 18 y capítulo 2º “Corrupción e imprescriptibilidad”, pag. 27/50. Anteriormente en “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, Revista Jurídica La Ley, fecha 12/12/2015, pag. 574, cita on line AR/DOC/4338/2015; “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente”, La Ley 2016-F, pag. 157, cita on line AR/DOC/3359/2016.

que el indulto no es aplicable a los delitos de corrupción, ni de lesa humanidad”⁶².

A su vez, Alberto L. Zuppi, entiende que la corrupción no es un delito de lesa humanidad, porque el corrupto no se apodera de bienes con miras a atentar contra la vida o a la salud de los demás, la conducta podrá tornarse lesiva para la humanidad no por su causa –la corrupción– sino por sus efectos que el corrupto consideró al menos con dolo eventual y no lo detuvo en su accionar. Más allá de esta disquisición, la corrupción *per se*⁶³ es un delito grave, pero no alcanza el nivel de crimen de lesa humanidad dado que no se cumple con los requisitos exigidos por el único cuerpo que categoriza estas conductas, el Estatuto de Roma. En entendimiento, tampoco podría asimilarse la corrupción sin más a otros actos inhumanos.

Sin embargo, aclara que, en un hipotético ejemplo, quien se apoderara a sabiendas del único dinero destinado a la salud de una parte de los habitantes y como consecuencia de su acto se produce una epidemia o la muerte de parte de la población, será crimen de lesa humanidad por el resultado producido que consintió su autor, con independencia de cuál haya sido la causa o el origen que produjo ese resultado, como el acto corrupto de apoderarse de bienes públicos.

Así “q(Q)uede en claro entonces que por actos de corrupción se puede transformar un acto de desapoderamiento de caudales públicos en un crimen de lesa humanidad, pero sólo por el resultado producido que el imputado debió consentir al menos por dolo eventual. La corrupción en consecuencia será el medio por el que se comete el resultado consentido”. Ahora bien, no es preciso que se trate de crímenes de lesa humanidad para que la acción de persecución penal sea declarada imprescriptible. La prescriptibilidad o no de un delito es una cuestión procesal y no de derecho

⁶² En entrevista por parte de los periodistas Roman Lejtman y Martín Angulo, publicada con fecha 25/7/2020, en diario Infobae on line, sección política, título “Exclusivo: los planteos judiciales de Cristina Kirchner en Olivos y la solución política que descartó Alberto Fernández”.

⁶³ “Por sí mismo”, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 119.

penal internacional. Sin duda que todo delito del derecho penal internacional es imprescriptible, pero esta premisa no funciona al revés, esto es no todo delito imprescriptible es a su vez un delito del derecho penal internacional. La corrupción *per se*⁶⁴ no alcanza a cumplir con la categorización requerida por el más importante de los instrumentos internacionales que sistematizan al derecho penal internacional. Más allá de esto reconoce que “en un país sistemáticamente asolado por la corrupción desde hace décadas el fallo de la Cámara Federal de La Plata –caso Miralles– es una bocanada de aire fresco, vigorizante y renovador”.

Continúa afirmando que “l(L)os crímenes de aquellos traidores a la Patria que se han apoderado abusando de su función pública de dineros o bienes, o de prebendas pedidas o entregadas, no prescriben, y el recupero de los bienes malhabidos tampoco como consecuencia del tradicional principio que la naturaleza de lo accesorio sigue lo principal. Es hora que nuestra justicia asuma los deberes que la Nación le reclama y siga este provechoso ejemplo que llega desde La Plata”⁶⁵.

Asimismo, se expidió Nicolás Diana⁶⁶, al destacar que “...l(L)a sentencia en comentario (“caso Miralles”), nos recuerda la vigencia del art. 36 de nuestra Ley Fundamental, como norma de aplicación directa que no evita la discusión relacionada al fundamento constitucional de la persecución penal de los delitos que atentan contra el orden democrático. Y el futuro de la democracia argentina depende, en parte pero no totalmente, de dicha persecución”.

Este autor recordó que el Convencional Constituyente Horacio Rosatti dijo “al sistema democrático se lo agravia tanto cuando se procura asumir los cargos públicos por mecanismos diferentes,

⁶⁴ “Por sí mismo”, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 119.

⁶⁵ Así en artículo “La corrupción como delito de lesa humanidad”, publicado por La Ley, fecha 25/10/2016, comentario al fallo “Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II ~ 2016-10-06 ~ M. D. M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP (Nº FLP 3290/2005)”.

⁶⁶ En artículo “Reflexiones en torno a la corrupción (y a la imprescriptibilidad de la acción penal)”, La Ley 2017-A, 436; cita on line AR/DOC/3890/2016.

como cuando desde el mismo sistema se incurre en actos de corrupción que violan la forma republicana de gobierno.”

El art. 36 incluye, por tanto, “una responsabilidad penal constitucional extendida también a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público o de la sociedad de usuarios y consumidores y por supuesto pagamos todos, en impuestos directos y sobre todo indirectos, inflación, etc.”. Esa ofensa constitucional (al art. 75 inc. 22 y los tratados internacionales sobre derechos humanos), ha llevado a Gordillo, a destacar la plena vigencia de un derecho humano a lo no corrupción, dado que nuestro país ha reconocido normativamente a la corrupción de sus funcionarios públicos como delito de lesa humanidad. No obstante ello, desde el plano del derecho internacional también se ha afirmado que si bien “todas las prácticas corruptas pueden, a largo plazo, tener un impacto sobre los derechos humanos, desde un punto de vista legal, no se puede afirmar de forma mecánica que un acto de corrupción viola los derechos humanos sin que se realice un análisis específico del caso. Esto significa que, para aplicar el marco conceptual de los derechos humanos, con potencial efecto legal, es necesario distinguir entre: 1) las prácticas corruptas que directamente violan un derecho humano, 2) las prácticas corruptas que conducen a la violación de un derecho humano (pero que, en sí mismas, no violan un derecho) y 3) las prácticas corruptas en las que no puede establecerse un vínculo causal con una violación de derechos específicos.” El Estado de Derecho, la democracia, están relacionados siempre con ciertos valores o estándares mínimos, que podríamos resumir en: seguridad, predecibilidad de las reacciones estatales y sociales, el orden; la tolerancia, la no violencia, el libre debate de ideas, la fraternidad, la alternancia y, sobre todo, la responsabilidad del ciudadano y del funcionario. ¿Nos deja más incertidumbres que certezas el fallo anotado? No creemos que sea así, se comparta o no la decisión del tribunal. Pero aún si aceptáramos, por vía de hipótesis, la existencia de incertidumbre, entendemos que sería un costo razonable frente a la certeza de la prescripción de la acción penal para perseguir ciertos delitos dolosos contra el Estado que atentan contra el orden democrático

supone. La continuidad de una situación previa (de prescripción a la acción penal en casos de corrupción) a la descripta, dejaría en total incertidumbre acerca de lo que es el derecho y la democracia, a merced de decisiones infundadas, y que se “distingue por la presencia de jueces sujetos a débiles controles públicos y con un poder decisorio extraordinario”... l(L)a sentencia “configura, sin lugar a dudas, un importante precedente pero, quizás lo más importante, sea que tal como expresa Schiffrin y adhiere Calitri [en sus votos] la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción significa lanzar a la sociedad un desafío moral, un instrumento que realmente sirva para sacudir la inercia que la carcome generando tanto dolor individual y colectivo.”

Se pregunta: “¿Estamos como sociedad a la altura de este desafío moral? Dejamos abierta la respuesta. La dificultad “de conocer el mañana también depende del hecho de que cada uno de nosotros proyecta en el futuro las propias aspiraciones e inquietudes, mientras la historia sigue su camino, desdeñando nuestras preocupaciones; un camino formado por millones y millones de pequeños, minúsculos, hechos humanos, que ninguna mente, por fuerte que pueda ser, jamás ha sido capaz de recopilar en una visión de conjunto que no sea demasiado esquemática para ser admitida. La admisión de una visión colectiva de conjunto, exige pensar y analizar el fenómeno de la corrupción dentro del mapa de los derechos humanos, en sus causas y efectos, y en cómo afecta nuestra salud institucional y, con ella, a nuestra democracia”.

También se expidió en contra Aquino Britos⁶⁷, dado que en su criterio resulta necesario dictar una ley al respecto. En prieta síntesis, ha dicho “... creemos que las penas de multa e inhabilitación deben ser modificadas, como también la prescripción para este tipo delictivo ya que encontramos una consideración muy hospitalaria para el funcionario infiel, y por esta misma razón debería ser revisado el criterio en cuanto a la prescripción de la acción. Si bien las leyes 25.188 y 25.990 modificaron el régimen

⁶⁷ En artículo “El delito de enriquecimiento ilícito. Una nueva garantía constitucional y la necesidad de su adecuada instrumentación”, elDial DC2222, publicación on line, fecha 11/7/2016.

de la prescripción de la acción de manera plausible; en el art. 67 del Código Penal se señala "...la prescripción también se suspende en los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público" y seguidamente dispone "cuando el curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 277 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional", guardando armonía con la reforma de la constitución de 1994 y con la ley de defensa del orden constitucional 23.077. No en vano se han presentado proyectos de leyes para modificar el régimen de prescripción en este sentido abonando el criterio de la ubicación sistémica de esta materia en la propia constitución, y en base a los citados tratados internacionales de los que nuestro país fue signatario, tal la ley 24.584 "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" de la Organización de las Naciones Unidas, dictada el 26 de noviembre de 1968 (resolución 2391), ratificada por la República Argentina, donde se estableció que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido y se equipara a estos delitos los llamados delitos de corrupción"; sigue refiriendo: "...e(E)stas ideas rectoras con pretensión de modificar el instituto de la prescripción, tienen la finalidad de impedir la impunidad por el mero transcurso del tiempo, y tienen el loable propósito de buscar la concreción de la justicia sobre el hecho que se investiga, evitando que el proceso termine de un modo anormal. Ello no nos asegura que un funcionario desleal pueda ingresar –nuevamente– a la administración, ya que la inhabilitación es temporal cuando debió mantenerse la tacha de perpetuidad en dicho impedimento. Se podrá señalar, en este sentido, que afecta la igualdad, o más aun, conspira contra la amplitud de la soberanía popular en el sufragio activo de la sociedad que tiene derecho a elegir (revisar redacción); mas todo Estado de Derecho que se precie de tal no puede caer en la ingenuidad de no concebir resguardos que hagan a su funcionamiento".

En alguna sintonía con esta línea, destaca Roberto Antonio Punte⁶⁸ en relación fallo “Miralles” que “...sienta un principio valioso, que puede ser fundante de muchos otros y por eso ha tenido repercusión y merece ser resaltado. Me refiero al encuadre de la corrupción donde debe enmarcarse, o sea en las reglas constitucionales que la definen, en determinadas condiciones, como un delito contra valores públicos esenciales, que equiparan su categoría criminosa a la ofensa a la democracia y a la más alta traición a los valores republicanos y representativos que conforman esta patria”.

Aduna también “e(E)l art. 36 no se refiere a cualquier delito, sino a los graves, y son diversos los factores que permiten así calificarlos. Por un lado, por el volumen del daño, por otro por los valores, autoridades y procedimientos conculcados. Adhiero a la idea de que no es aplicable para predicar la imprescriptibilidad, la innecesaria inserción de estos delitos en el concepto, que corre el riesgo cierto de banalización del concepto. Usar esta etiqueta para cualquier tema equivale a pretender matar moscas a martillazos y debe reservarse la calificación para hechos de ese carácter, tales como han sido tipificados en la Convención de Roma, y no para cualquier corrupción, sino para los realmente graves en sus consecuencias sociales e institucionales definidos como “ataque generalizado y sistemático contra una población civil”. Esto también es coherente con los Tratados según los cuales se debe, en primer término, encontrar las respuestas jurídicas en el derecho nacional respecto del cual actúan como resguardo y defensa, pues aunque hayan sido constitucionalizados, su aplicación requiere el vacío del derecho o la caducidad de la justicia local”.

Cerramos este sector de la doctrina, con el reconocido constitucionalista German Bidart Campos, aclarando que no se ha expresado en particular sobre estos delitos, empero dejé entrever su pensamiento, al decir: “l(L)os principales problemas que plantean

⁶⁸ En “Comentarios sobre el fallo declarando la imprescriptibilidad de los delitos graves de corrupción que involucren el erario público -Sentencia “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”-, publicado en “elDial.com”, Biblioteca Jurídica on line”, DC2220, Buenos Aires, 11/7/2016.

los delitos constitucionales son los siguientes: a) para no burlar la supremacía de la constitución, el congreso tiene obligación de adjudicar la pena; b) cuando lo hace –sea en el código penal, sea en la ley especial- no puede alterar no modificar el tipo penal descrito en las normas de la constitución; c) la omisión del congreso en establecer la pena es inconstitucional; d) pese a tal inconstitucionalidad, si no hay ley que fije la pena, quien comete el delito no puede ser condenado, en virtud del principio rector del art. 18; e) por haber sido establecidos por el poder constituyente, estos delitos no admiten ser objeto de amnistía ni de indulto por parte de los órganos del poder constituido”⁶⁹.

b) En contra de la imprescriptibilidad de tales conductas

Cabe comenzar con María Angélica Gelli, quien expuso, en su prestigiosa obra, que la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado, asume formas menos severas que las establecidas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas. Critica que el delito de “corrupción” no aparece claramente tipificado y queda librado a la reglamentación legal. Las sanciones previstas son más leves, dado que admite una inhabilitación temporal para ocupar cargos o empleos públicos, además admite los beneficios de indulto y conmutación de penas.

En esta misma idea acerca de que el constituyente dejó sujeto a reglamentación legal algunas precisiones, según interpretó Gelli, también alude a la ley de ética pública sin otro recaudo o exigencia. A pesar de ello, la reforma hizo visible en la Constitución uno de los problemas más graves de la democracia en general y de la Argentina, en particular⁷⁰.

⁶⁹ Bidart Campos, German J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo II A, EDiar, Buenos Aires, pag. 195/196.

⁷⁰ En “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 4ta edición, ampliada y actualizada, editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pag. 513.

Más recientemente, esta autora sostuvo que “cuando se sancionó el artículo 36 en la reforma constitucional de 1994 se hizo una distinción de los delitos contra el orden constitucional, por los golpes de estado que el país había tenido, y allí se habla de la imprescriptibilidad de esos delitos y que no pueden ser objeto de indultos. Pero en párrafo aparte se habla del enriquecimiento y allí no se habla de esos agravantes y el indulto quedó excluido, por lo que está permitido”⁷¹

En la misma vereda se encuentra Sagüés, quién aseveró en relación al delito de enriquecimiento grave contra el Estado, que no ocurre lo mismo que los anteriores delitos previstos en el artículo 36 C.N., en este caso se aplica la inhabilitación por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos, además no rige aquí la prohibición de indultos o conmutaciones, ni la imprescriptibilidad. Va más allá, el constitucionalista se pregunta sí, por los defectos de redacción de este artículo constitucional, se podría entender que la imprescriptibilidad no comprende los actos de los autores de los actos de fuerza previstos en el mismo artículo⁷². De este modo, limita aún más cualquier interpretación extensiva del artículo.

En contra, a su vez, se perfiló Humberto Quiroga Lavié. Aseveró que esta norma no agrega nada al derecho vigente antes de la reforma constitucional, pues ya se penaban los delitos de quienes se enriquecían dolosamente, la norma solo manda que las penas actuales se ajusten a las previstas para los delitos dolosos graves contra el Estado. En su entendimiento habría que haber dispuesto la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos a quienes hubieran incurrido en esas conductas, en este caso la regla habría sido en verdad trascendente, asegura el autor que

⁷¹ Así se manifestó en entrevista por parte de los periodistas Roman Lejtman y Martín Angulo, publicada con fecha 25/7/2020, en diario Infobae on line, sección política, título “Exclusivo: los planteos judiciales de Cristina Kirchner en Olivos y la solución política que descartó Alberto Fernández”, ver <https://www.infobae.com/politica/2020/07/18/exclusivo-los-planteos-judiciales-de-cristina-kirchner-en-olivos-y-la-solucion-politica-que-descarto-alberto-fernandez/>

⁷² Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho constitucional. 3. Estatuto de los derechos”, primera edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, pág. 233.

tuvo esa posición en la Asamblea Convencional Constituyente, empero no tuvo suerte⁷³. En esa oportunidad, se impone aclarar, que actuando como convencional constituyente integró la comisión que dictaminara por mayoría sobre el incorporado artículo 36, no se expidió expresamente y al momento de solicitar inserciones se refirió solo a la ley de ética pública, no así en relación a la posible imprescriptibilidad⁷⁴.

En esta línea, Roberto Gargarella, también fue sumamente crítico con el fallo Miralles, aunque dejó entrever (de modo potencial), la posibilidad de sostener la imprescriptibilidad, pero no ahondó en esta posibilidad. Volviendo al fallo en ciernes, expuso: “una primera lectura de la decisión nos lleva ya a un territorio más decepcionante. Creo que la imprescriptibilidad de estos crímenes puede defenderse, pero no así. Otra vez, como en “Simón” (y como en previas decisiones de don Schiffrin), encontramos una justificación alambicada, que confunde todo, que escarba en las profundidades del derecho occidental, para desentrañar finalmente, y de modo triunfal, aquello que de antemano se sabía que iba a hallarse -lo que quería hallarse. Como diría Waldron, en lugar de ponernos a escarbar en la piedra de la Constitución, para luego someter los restos que encontramos a la prueba del Carbono 14, mejor dar una discusión abierta, franca y accesible a todos acerca de los principios que consideramos deben regular nuestro derecho. Hay buenas razones públicas para argumentar a favor de ciertas formas de imprescriptibilidad. La imprescriptibilidad de la corrupción (al menos, diría, formas menos exigentes para la prescripción) puede sostenerse en base a diversos compromisos constitucionales y legales: las obligaciones especiales de los funcionarios públicos; los privilegios de los que ellos gozan, y que deben entenderse como

⁷³ En “Constitución de la Nación Argentina comentada”, Zavallia editor, Buenos Aires, 1995, pag. 189.

⁷⁴ Convencional Constituyente, 12° Reunión, 3° sesión ordinaria, 19/20 de julio de 1994, versión taquigráfica, pag. 1392 y 1510, ver <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

la contracara de deberes y obligaciones especiales; las presunciones invertidas del tipo enriquecimiento ilícito; las particulares exigencias de la época, que nos han educado acerca de cuáles son las prácticas más graves y perjudiciales de nuestra actual vida en común. Como diría Sunstein, el constitucionalismo merece ser creado, pensado e interpretado a la luz de los particulares dramas de la sociedad de que se trate”⁷⁵.

Con argumentos distintos, Natalia A. Volosin, en resumidas cuentas, sostiene que la corrupción “no es, per se”⁷⁶, una violación de derechos humanos, sino que puede implicar (no siempre) violaciones directas o indirectas a derechos humanos”. Además, la corrupción estructural es selectiva, pues afecta en forma desproporcionada a grupos vulnerables. Destaca que ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción ni la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción obligan a los Estados suscriptores a establecer la imprescriptibilidad. Presenta un argumento favorable a la imprescriptibilidad pero de alcance limitado, así por dos motivos: se trata de un argumento de lege ferenda pues el derecho debería fijar la imprescriptibilidad y a qué se refiere en todo caso cuando menciona casos graves; todo ello en contraposición a la postura del juez Schiffrin en el caso Miralles.

Rechaza una interpretación amplia del artículo 36 C.N., pues la imprescriptibilidad que la norma sí dispone respecto de las acciones contra quienes usurpen funciones de las autoridades constitucionales como consecuencia de actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, no lo establece expresamente para los graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento. Además, sostiene que la imprescriptibilidad no se aplica a todos los hechos de corrupción, sino sólo a

⁷⁵ “Schiffrin y la imprescriptibilidad de la corrupción (con addenda escéptica)”, publicado en <https://seminariogargarella.blogspot.com/2016/10/schiffrin-y-la-imprescriptibilidad-de.html>, consultado con fecha 28/7/2020.

⁷⁶ “Por sí mismo, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 119.

los de carácter grave, umbral que sugiere determinar de acuerdo al monto de la pena y otros factores⁷⁷.

A su vez, José Luis Ennis entendió que la imprescriptibilidad no constituía una alternativa plausible, pues no sería posible interpretar de esta manera el artículo 36, sino se prescinde por completo de la propia norma. Se sustituye dicha norma por un criterio diverso fundado en una exégesis forzada del texto constitucional, siendo pura decisión política. Además, la decisión judicial que prescinde de la ley para formular su propuesta política es difícil de encajar en el esquema institucional diseñado por la constitución⁷⁸.

En esta senda, Augusto Nicolás Garrido, al momento de analizar el conocido fallo Cossio, sostuvo la norma constitucional en ciernes no puede ser aplicada de modo directo, cuanto menos en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la acción penal, porque no cumple con el principio constitucional de legalidad, en especial, la exigencia de máxima taxatividad (art. 18 C.N.). El texto no es claro y preciso, sino bastante ambiguo. En su criterio, no sería posible elucidar con certeza a qué se refiere con delito grave y qué quiso establecer el constituyente, al introducir el requisito que el hecho conlleve enriquecimiento.

Tampoco quedaría claro si se aplica solo para los delitos especiales propios de funcionarios o también para los casos de fraudes cometidos sin intervención de funcionarios, o inclusive para otra clase de delitos que perjudiquen al Estado, como un robo con armas o un hurto de algún bien público cometido por un particular.

Agrega que, una norma que expresa tanta imprecisión y vaguedad no puede ser aplicada en forma directa, en un caso penal, sin

⁷⁷ En artículo “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”, publicado con fecha 18/10/2016,

<http://www.nuevodiarioweb.com.ar/noticias/2016/10/18/53608-la-imprescriptibilidad-de-los-delitos-de-corrupcion>

⁷⁸ En “Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 14/Nº47, 2017, edición impresa ISSN 0075-7411, electrónica ISSN 2591-6386, pag. 625 y ss..

incurrir en problemas de legalidad. También destaca el derecho que le asiste a cualquier persona sometida a proceso penal (y también a la víctima) de ver definida su situación lo más rápido posible, sin dilaciones indebidas. Interpretar sobre la imprescriptibilidad, implica una interpretación extensiva y de modo contrario al principio pro homine.

Además, de los debates de la Convención Constituyente, surge claro -según su pensamiento- que no fue esa la intención de los convencionales que aprobaron la reforma⁷⁹.

A su turno, Gustavo Arballo, en referencia al fallo Miralles de la Cámara Federal de La Plata, interpretó el artículo 36 C.N., en contra la postura de la mayoría en esa oportunidad, al decir: "... no compartimos un entusiasmo agudo con la bondad de la extensión de plazos de prescripción, y su versión premiun, la imprescriptibilidad". En su entendimiento "...hay un equívoco en creer que las causas de corrupción no llegan masivamente a condena porque los plazos de prescripción no son lo suficientemente largos". Se presenta escéptico sobre el diferencial de efectividad en el esclarecimiento de delitos que se sigue de prolongar los plazos de prescripción, allí donde el tiempo de más tiene rendimientos marginales exponencialmente decrecientes.

Realiza una distinción entre una hermenéutica holística y una parrafística. Así refiere que "...la parrafística alegrará que por algo están en párrafos distintos; la holística dirá que por algo están en el mismo artículo. Hilando más fino, la parrafística dirá que hay una diferencia entre diversos tipos de atentados al sistema democrático, ya que hay unos que suponen usurpación y/o actos de fuerza, y otros (los del quinto párrafo) que no la implican, siendo lógico en función de esa importante diferencia que la nota de imprescriptibilidad esté atribuida a los primeros y no a los otros".

En su opinión, el análisis no debe partir de aquel "asimismo" sino desde el lugar donde está prevista la imprescriptibilidad. En su

⁷⁹ En "¿Imprescriptibilidad de los delitos asociados a la corrupción?", Comentario al fallo Cossio, Ricardo J. A. y Otros s/Recurso de Casación, Revista en Ciencias Penales y Criminológicas, Nro. 1, Abril 2019, fecha 10/4/2019, citas IJ-DCLXXX-67.

entendimiento “c(C)uando esta aparece en el artículo 36, lo hace hablando de “las acciones respectivas”, aludiendo a las acciones civiles y penales que ese párrafo contempla para quienes usurpen funciones previstas para las autoridades de la Constitución. Nótese que puede haber habido un golpe de Estado fallido, sin que los conspiradores hayan llegado a usurpar funciones, y en tal caso no habrá imprescriptibilidad”⁸⁰.

Continuando con la recapitulación, en el criterio de Luis Gustavo Losada, en la Convencional Constituyente del año 1994, hubo acuerdo en otorgar menor severidad a las sanciones impuestas a aquellos que cometieran graves delitos dolosos contra el Estado que conllevaran enriquecimiento, en comparación con las sanciones a los actos de fuerza de los primeros párrafos (artículo 36). En ninguna intervención se hizo mención expresa o tácita respecto a que los delitos del párrafo 5° tuvieran otras sanciones que las comunes más la inhabilitación temporal expresamente dispuesta; como inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, o que puedan los imputados gozar de los beneficios del indulto o la conmutación de penas, o bien las acciones penales o civiles derivadas de tales delitos fueran imprescriptibles.

El análisis literal o gramatical del artículo, como su análisis histórico, permiten interpretarlo en un sentido único, no siendo el caso de interpretación restrictiva o extensiva, así las acciones previstas en el 5° párrafo no son imprescriptibles, están sujetas a las regulaciones comunes de las respectivas leyes aplicables⁸¹.

Siguiendo con este estudio, Emanuel Rives analiza en detalle sendos fallos trascendentes en la materia, casos Miralles y Cossio, concluye que las mayorías en tales pronunciamientos han forzado la letra de la ley para transformar en imprescriptibles acciones

⁸⁰ En “Imprescriptibilidad y corrupción”, publicado con fecha 10/10/2016, <http://www.saberderecho.com/search?q=corrupci%C3%B3n>

⁸¹ En “El artículo 36 de la Constitución Nacional y la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en perjuicio del Estado”, *El Derecho*, diario de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, 9/4/2019, N° 14.606, año LVII, ED 282, ISSN 1666-8987, pag. 1/3.

penales que no lo son. Se trata de “...una inobservancia o errónea aplicación de leyes y convenciones internacionales atingentes, la interpretación analógica “in malam partem” del artículo 36 C.N., su utilización como una agravante genérica con los vicios de un tipo penal abierto, las endebles posiciones de ver en los actos de corrupción una violación a los derechos humanos o un delito de lesa humanidad al efecto de arribar a la consecuencia de la imprescriptibilidad, y la afectación de las reglas de la lógica formal”.

Agrega que el riesgo de impunidad que implicaría la prescripción de la acción penal en casos de corrupción, no puede justificar la inobservancia de la fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, así se intenta en los fallos remediar defectos del sistema judicial con violación de las reglas constitucionales elementales que limitan el ejercicio de poder punitivo en respeto de la persona. La lucha contra la corrupción no puede afectar la ley previa. Aduna, finalmente, que resulta más grave para las libertades y derechos fundamentales de las personas sería dejar en manos de los jueces la posibilidad de erigirse en legisladores para el caso concreto en materia penal⁸².

Puede citarse también a María Alejandra Provítola, quién destaca que la tradición legislativa local e internacional nos muestra una proliferación normativa en materia de corrupción; la propuesta y ejecución de programas anticorrupción; la creación de grupos de acción anticorrupción; la creación de organismos locales de lucha contra la corrupción; la incorporación en la legislación nacional de normas penales que prevén dentro de su catálogo represivo conductas perpetradas por funcionarios públicos y otras que atentan contra la administración pública por parte de particulares incluso con resortes trasnacionales. Además, los organismos internacionales se ocupan cada vez más de abordar técnicas de prevención y sanción de prácticas a las que catalogan de corruptas y, una vez

⁸² En artículo “Afectación de la fórmula “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” por dos fallos que postulan la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”, Revista Intercambios n° 18, de la Especialización en Derecho Penal, agosto 2019, Universidad Nacional de La Plata, e-ISSN: 1666-5457, <https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios/article/view/8057>

más, nuestra Constitución se encarga de colocar a muchos de dichos tratados y convenios a su misma altura –recuérdese para ello lo prescripto en el artículo 75 inciso 22 de la CN- y todas las normas internacionales por encima de nuestra legislación interna.

En su entendimiento “...la Constitución equipara la corrupción con un delito que tiene el mismo significado que el atentado contra el Sistema Democrático...los nuevos derechos y garantías que incorporó la reforma de 1994 implicaron algo más que el reconocimiento de formas diversas de igualdad y multiplicidad social o una mayor protección de facultades personales y colectivas...”. Además, de constituir un atentado contra la democracia, se impone la declaración de inhabilitación para el ejercicio de la función pública a sus autores y su declaración haría pasible a los mismos a la pena del infame traidor a la patria. Consiste en un delito constitucional, la fuerza normativa de la Constitución implica que posee vigor y fuerza para su aplicación inmediata.

Agrega que “p(P)or supuesto que la determinación de la gravedad dependerá, ya no de la norma penal –ni por ende de la graduación de la escala penal del delito que se refiera o sus implicancias-, sino de la consideración del juzgador en la coyuntura del momento según las particulares circunstancias en que sucedieron los hechos y los actores involucrados, lo que resulta atendible si se considera que lo que se busca abarcar son hechos que impliquen un atentado a la democracia por graves hechos de corrupción y no solamente la punición de delitos de la especie”. Ergo, trata distintas cuestiones y nada dice de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción⁸³.

A su vez, María C. Menvielle, acerca del fallo Miralles, en prieda síntesis adujo: “... se advierte que los argumentos utilizados por los magistrados que representan el voto mayoritario resultan cuestionables y ciertamente rebatibles. La postura a favor de la

⁸³ En artículo “El olvidado quinto párrafo. El Delito Constitucional de Corrupción a la luz del artículo 36 de la Constitución Nacional”, Revista de Derecho Constitucional, N° 8, fecha 20/5/2016, cita IJ-XCVIII-528, Revista Lejister, nota en pag. 47. https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=4b8919cfc7c73666ed76ee83fd8f68cf&from_section=relacionados

imprescriptibilidad basada tanto en la tesis que propugna la aplicación extensiva del art. 36 de la Constitución Nacional, como aquella que tipifica a la corrupción como delito de lesa humanidad, importa la elaboración de un razonamiento forzado que se aparta de la solución normativa sin fundamento plausible... ni la Constitución, ni las Convenciones Internacionales incorporadas a nuestro derecho sobre la materia, referencian a los delitos de corrupción como imprescriptibles. Menos aún esos instrumentos pueden ser utilizados en perjuicio del enjuiciado.”⁸⁴

Realiza un pormenorizado análisis del asunto Carlos Manuel Abrach Fernández, quien concluyó que los graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento, son conceptuados por nuestra Constitución, como un atentado contra la democracia, lo cual no significa que las acciones que se deriven de la investigación de estos delitos sean imprescriptibles. Asegura que el artículo 36 no establece la imprescriptibilidad para los delitos de corrupción, para ello utiliza una interpretación literal y voluntarista, los cuales han sido métodos utilizados por la jurisprudencia y la doctrina. Tampoco la imprescriptibilidad puede derivarse de compromisos internacionales asumidos por nuestro país, atento que no lo establecen expresamente; más allá de la obligación del Estado de modificar el actual régimen de prescripción vigente.

También, descarta que se trate de un delito de lesa humanidad. Aunque no elude la utilidad que podría tener la imprescriptibilidad para combatir la corrupción, pues no existe óbice constitucional a su establecimiento, no se afecta con esto ningún derecho constitucional, podría ser incorporada a la Constitución por reforma o incluso por la ley ordinaria⁸⁵.

⁸⁴ En artículo “Sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción” (comentario al fallo “M.D.M. y otros” de la Cámara Federal de La Plata), “elDial.com”, AP/DOC/409/2017, biblioteca jurídica on line, https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=9068&base=50&rid_publicar=&fecha_publicar=30/05/2017&indice=comentario%20a%20fallo&suple=Penal, Jurisprudencia Argentina, fecha 28/6/2017.

⁸⁵ Ponencia presentada al XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires, días 21 a 23 de mayo de 2019, dentro de la

En la misma línea, Maximiliano Toricelli no comparte la imprescriptibilidad como interpretación admisible, en particular refiere que “...el constituyente no ha equiparado a quienes interrumpen el orden constitucional por actos de fuerza con quienes cometan delitos dolosos, dado que estos últimos no tiene prevista la sanción del art. 29, no están inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos (sino sólo por el tiempo que la ley determine) ni están excluidos del indulto ni de la conmutación de penas”⁸⁶.

A su vez, Federico Ladelfa rechaza la imprescriptibilidad en trato⁸⁷. En sus conclusiones, destaca que “...el artículo 36 de la Constitución Nacional no establece que los graves delitos dolosos que impliquen enriquecimiento en perjuicio del Estado sean imprescriptibles. Se han explicado tres motivos concretos que llevan a dejar de lado el criterio expuesto por la jurisprudencia, de forma tal que la solución aportada por la magistratura para resolver el problema de la prescripción en las causas en las cuales se investigan delitos de corrupción, es contraria la Carta Magna, pues fuerza su texto para hacerle decir lo que ella no dice. Siendo así, si lo que se busca es poder investigar, juzgar y sancionar a los autores de estos actos, una posible solución, siguiendo las propuestas de la doctrina, sería capacitar a los operadores del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y de las agencias policiales para que puedan llevar adelante una investigación y un proceso en un tiempo razonable. No obstante, si la única intención es un acto declarativo mediante el cual se evite la prescripción, declárese entonces la imprescriptibilidad de estos actos”.

Ahora bien, previamente y en referencia a dichas tres razones, en primer lugar hace alusión a las diferentes penas previstas para los diferentes tipos penales, en efecto “...la Constitución Nacional

Sesión N.º 4, “Corrupción y transparencia”, Comisión Temática Nº 4, “Corrupción e investigación judicial”, luego publicado en <https://www.academia.edu/>

⁸⁶ En “Organización constitucional del poder”, Tomo 1, 1º edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, pag. 247 y ss, citado por Abrach Fernandez en su artículo ya mencionado.

⁸⁷ En “Acerca de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”, publicación revista “Temas de Derecho Penal y Procesal Penal”, Errerius, octubre 2020.

sanciona a quienes por actos de fuerza atenten contra el orden institucional y el sistema democrático con la pena prevista en el artículo 29, esto es la pena de los infames traidores a la patria, a la par que serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y conmutación de pena. Igual sanción se establece para quienes, como consecuencia de los actos de fuerza, usurpen las funciones previstas para las autoridades de la Constitución Nacional o de las Constituciones Provinciales. A diferencia de los tipos penales mencionados en el párrafo anterior, en el caso de los delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento, la Carta Magna no establece la pena a imponer, es decir, no hace ningún tipo de remisión al artículo 29. Incluso, en lo que hace a la pena accesoria tampoco establece la inhabilitación a perpetuidad, por el contrario, la inhabilitación será por el tiempo que las leyes determinen. Se advierten entonces dos claras diferencias entre los tipos penales, los dos primeros sufrirán la pena del artículo 29 e inhabilitación perpetua, el tercero la pena de prisión y de inhabilitación que establezcan las leyes correspondientes. Frente a esta diferencia de efectos, cabe preguntarnos si basta con que el tipo penal afecte el orden democrático, para tener las mismas consecuencias en materia de prescripción. La respuesta a esta cuestión se encuentra en nuestro sistema penal. El artículo 36 de la Constitución Nacional consagra tres tipos penales, sin embargo, el legislador constituyente no limitó su intervención a establecer tres hechos delictivos de suma gravedad, sino que también estableció el bien jurídico al cual afectan esas acciones. Efectivamente, la norma constitucional reconoce un bien jurídico en particular, el sistema o el orden democrático. Para ilustrar la cuestión es necesario remitirse al Código Penal”.

Agrega que “e(E)l convencional constituyente previó tres tipos penales en el artículo 36, a dos de estos ilícitos consideró necesario imponerles la pena prevista en el artículo 29, sumado a la pena de inhabilitación perpetua. A esa escala penal, estableció expresamente, le corresponde un plazo de prescripción determinado, esto es, la imprescriptibilidad. De manera diferente sucede con el tipo penal del quinto párrafo, al cual no le corresponde

la pena prevista en el artículo 29; en consecuencia, tampoco le corresponde el plazo de prescripción establecido para los tipos penales previstos en el primer y tercer párrafo. En pocas palabras, el artículo 36 reconoce la existencia de un bien jurídico, el sistema democrático, reconoce también tres tipos penales que afectan ese bien jurídico; no obstante, al igual que sucede con los delitos previstos en el Código de fondo en materia penal, establece distintas penas para cada uno de estos ilícitos. A los tipos previstos en el primer y tercer párrafo impone la pena del artículo 29, en cambio, deja librado al legislador determinar la sanción a imponer para el tipo penal establecido en el quinto párrafo. El fundamento de esto es simple. Los tipos penales previstos en los párrafos primero a tercero afectan de tal manera el sistema democrático (bien jurídico protegido por la Constitución Nacional) que se hacen acreedores de la pena que merecen los infames traidores a la patria. Distinto sucede en el caso del quinto párrafo. Efectivamente, este tipo penal afecta el mismo bien jurídico que los anteriores; no obstante, lo hace con menor intensidad y es por esto que la pena del artículo 29 no resulta aplicable”.

Luego, las otras razones están orientadas a las modificaciones legislativas al instituto de la prescripción, especialmente la ley de ética pública, adonde en ninguna oportunidad se ha intentado disponer la imprescriptibilidad bajo estudio, más allá de sí establecer la suspensión del curso de la acción cuando el sospechado cumple una función pública. Entonces, el autor dice “...en la primera oportunidad en la cual el legislador tuvo ocasión de declarar la imprescriptibilidad, en vez de hacer esto, optó por introducir una modificación al régimen general de prescripción que amplía los plazos para aquellos hechos en los cuales intervenga un funcionario público. Se advierte, entonces, que el legislador considera que los graves delitos dolosos que impliquen enriquecimiento en perjuicio del Estado no son imprescriptibles, pues si así lo entendiera cuál sería el sentido de ampliar los plazos de prescripción”. Agrega también aquellas constituciones de la región que sí establecen expresamente que los delitos de corrupción resultan imprescrip-

tibles, descartando así que la nuestra lo haya querido prever al no estar -en su criterio- establecido expresamente.

c) Entrevistas sobre el tema

1. Aclaración previa

Para complementar el estado de la doctrina sobre el objeto de investigación, se recurrió a la metodología cualitativa de entrevistas, de este modo se han escogido interlocutores de distintas áreas de la función pública y de la docencia en materias afines⁸⁸.

La pregunta efectuada, en todos los casos, fue la siguiente: “¿los delitos de corrupción son imprescriptibles en los términos del artículo 36 C.N.?”

2. Aportes

Patricio Maraniello⁸⁹

“De una primera interpretación literal del artículo 36 de la Constitución Nacional, podemos decir, que sólo resulta imprescriptible, los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, que como consecuencia de ello usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias. Y, por lo tanto, no se incluye los delitos de corrupción.

⁸⁸ Este procedimiento fue llevado a cabo en el mes de marzo del año 2021.

⁸⁹ Abogado (UBA). Posgrados en la Universidad Internacional de Andalucía, Facultad de Derecho (España), Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho (Argentina) y la Universidad de Bolonia (Italia). Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vice-presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y Miembro Fundador Titular. Miembro titular de la Asociación de Derecho Constitucional Argentina, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, y de la Sección de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Docente titular en distintas Universidades. Autor y Coautor de distintas obras jurídicas. Juez Federal del Juzgado nro. 5 Civil y Comercial de la Capital Federal.

Y si a ello le adunamos, que la inconsecuencia o falta de previsión en el constituyente jamás se supone, difícilmente podemos decir que los constituyentes han omitido incluir dicha imprescriptibilidad a los delitos de corrupción.

Dicho criterio, resulta ser una extensión del caso “Benjamín Calvete” (Fallos: Tomo 1:300 -1864-) donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso: “Que la inconsecuencia o (sic) la falta de previsión jamás se supone en el legislador”. Y con más razón, ello se debe aplicar a los constituyentes tanto originarios como derivados.

Sin embargo, sin modificar la intención del constituyente o suplir un vacío legal, se puede sostener que, si el delito de corrupción atañe a usurpación de funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, dicho acto delictivo resulta claramente imprescriptible por mandato constitucional”.

Alberto Adrián María Gentili⁹⁰

“Entiendo que la consulta no puede ni debe reposar -al menos de modo dirimente- en las preferencias axiológicas del intérprete, especial aunque no exclusivamente cuando se trata de la actividad jurisdiccional (en sentido lato) o la actividad docente (al menos si se apoya en la metodología dogmática que aporta orden y sistematicidad al estudio de las normas jurídicas).

Con esas salvedades (que en algún punto entiendo también alcanzan a los órganos generadores del derecho infra constitucional e infra convencional) entiendo que resulta claro - especialmente a la luz de lo dispuesto por el artículo 36 de la CN- que la respuesta debe ser negativa pues el ordenamiento constitucional ha marcado una diferencia nítida entre los delitos o conductas que atentan contra el orden constitucional y aquellas susceptibles de ser encuadradas como delitos de corrupción (sin adentrarnos en

⁹⁰ Fiscal General ante el TOF nro. 2 San Martín. Abogado (UBA). Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (U.P.). Carrera de Especialización en Ministerio Público Fiscal (UBA). Becario IVPL Departamento de Estado. Docente de “Derecho Procesal Penal” (UNLZ y UNLaM). Docente de Posgrado (UNTREF). Autor de artículos vinculados al Derecho Procesal Penal, Holocausto y Genocidios.

las dificultades para un recorte constitucional adecuado del fenómeno a la luz de la genérica definición allí efectuada), tal como lo demuestra María Angelica Gelli.

Que ello no importa ni menoscabar, ni reducir la importancia político criminal (y política a secas) del fenómeno y su eventual funcionalidad en la perpetración de actos contra el orden constitucional pero al mismo tiempo importa dejar en evidencia su indudable diferencia óptica y de tratamiento constitucional pues se trata de dos supuestos claramente escindibles desde ambas perspectivas.

Que por otra parte el propio sistema jurídico cuenta con mecanismos idóneos (pienso por ejemplo en plazos especiales de prescripción, técnicas investigativas recomendadas por la comunidad internacional -sobre las que llamativamente no se discute tanto-, medidas cautelares anticipadas e inclusive cosa juzgada irrita) que no toman necesario convertir en imprescriptible este fenómeno en particular ni cada fenómeno delictivo que genera inquietud o alarma social, so riesgo de banalizar o normalizar aquellos para los que se ha previsto ese mecanismo inusual.

A mi juicio, la instalación de la problemática de la imprescriptibilidad en los delitos de corrupción no es sino otra manifestación del derecho penal publicitario, sustentado más en la apariencia que en la realidad (hagamos como hacemos algo, cual placebo social) que al generalizarse puede abrir el camino no solo a la violación de garantías individuales sino también ahondar el proceso de deslegitimación al que se encuentra sometido el sistema penal desde hace varias décadas”.

Christian A. Cao⁹¹

“Es constitucionalmente válido legislar la imprescriptibilidad de los delitos vinculados con la corrupción siempre que, conforme el art. 36 CN, importe un delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento.

⁹¹ Abogado. Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Titular de “Teoría del Estado”, Facultad de Derecho (UBA).

El legislador podrá razonablemente imponer tal característica dado que la Constitución fija la imprescriptibilidad para quien usurpe funciones públicas institucionales (párrafo tercero) y “asimismo” asimila aquel delito doloso al atentado contra el sistema democrático” (párrafo quinto).

Dicho de otra manera, el texto asimila atentado al orden democrático con delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento para excluirlo de los beneficios del indulto, conmutación de penas y la prescripción”.

Augusto Coronel⁹²

“En lo personal considero que el delito de corrupción resulta sensible para la sociedad argentina, que tiene una inclinación al revanchismo judicial de parte del gobierno que asume por sobre el que se va de funciones. Argentina internacionalmente es criticada porque fallan los sistemas de control en las administraciones públicas de gobierno.

Buena parte de la jurisprudencia y la propia ley, observa que mientras el funcionario público sospechado se encuentre en funciones, en cualquier organismo no opera la prescripción hasta que se retire de la administración pública. Esto tiene como puntual que se aleja del principio que la prescripción corre desde el día que se comete el ilícito o que se dejó de realizar y permitir una investigación administrativa y penal posterior.

Esta posición ha sido un freno para los que sostenían que mantenerse en un cargo público, permite ganar la impunidad para el proceso, la investigación y la prescripción penal.

Se ha instalado una corriente doctrinaria, que avala la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, pero para ello considero que en nuestro país no se dan las condiciones porque debería ser por reforma constitucional donde los constituyentes especifiquen qué delitos contra la administración pública resultan imprescrip-

⁹² Abogado. Consultor Penal Especializado. Especialista en Derecho Procesal Penal (UMSA). Docente Titular Derecho Procesal Penal (UNLaM). Dipl. D.D.H.H. “Camino de la Shoa”. Posgrado en Western School of Law (USA). Jefe Asuntos Penales Procuración General (CABA).

tibles. y de esta forma evitar el debate sobre la preeminencia de los tratados internacionales.

Desde mi visión, no corresponde tratar los delitos de corrupción como los de lesa humanidad, genocidio otros delitos gravísimos.

Para dar respuesta a estas situaciones corresponde una adecuada aplicación del artículo 36 de la Constitución Nacional, que busque conciliar una total armonización de los preceptos, llegar a la verdad consiguiendo la credibilidad social con el recupero de los activos utilizados en la comisión de delitos dañosos.

Mi visión es que corresponde instalar el antiguo juicio de residencia donde el funcionario hace su declaración jurada cuando ingresa y egresa de la función pública, realizando toda objeción e imputación en un tiempo prudencial y no que quede al desamparo del paso del tiempo.

Estoy convencido que este trabajo es un aporte destacable para un debate amplio y fructífero”.

III.- JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Toca en este tramo dar cuenta del tratamiento que ha tenido el artículo 36 CN en los tribunales de nuestro país, únicamente en dos oportunidades se han expedido en forma expresa y en sendos casos por composición mayoritaria sobre la inteligencia del mismo en el sentido de la imprescriptibilidad.

El puntapié inicial lo dio la Cámara Federal de La Plata y luego siguió la Cámara Federal de Casación Penal, con la aclaración que se expidieron en casos distintos y, por cierto, en base a hechos y objetos procesales bastante disímiles.

Ahora bien, en el primero se trata de repetidas maniobras ejecutadas en torno acciones de amparo con el fin de obtener sumas de dinero considerable que había quedado atrapado en el corralito financiero; el segundo ya consiste en una defraudación a gran escala, estuvo involucrada la empresa IBM y la entonces Dirección General Impositiva (D.G.I.), mediante la adquisición por parte de esta última agencia de computadoras de la empresa mencionada. A este análisis se agregará otro precedente de dicha Cámara de Casación.

Más allá que aún nuestra Corte Suprema no ha emitido juicio sobre dichos fallos, cualquier opinión que abrace en lo venidero no quitará lo valioso de estos pronunciamientos, pues mediante argumentos distintos entre sí y hasta con disidencias dentro de cada uno, han explorado una interpretación inédita por parte de los tribunales. Con la salvedad de un voto en minoría que se expidió en reiteradas oportunidades⁹³.

⁹³ Juez Gemignani, entre otros, precedentes de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, autos "Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación (causa Nro. 1253/13 y 783/13, Reg. Nro. 667/14, rta. el 24 de abril de 2014), vide fallo "in extenso" en <https://www.cij.gov.ar/nota-13278-La-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal-revoc--sobresimiento-por-prescripci-n-de-Mar-a-Julia-Alsogaray.html>; "De Vido, Julio Miguel y otra s/recurso de casación", causa CFP 12438/2008/CFC2,

No me propongo aquí un mero análisis de jurisprudencia, sino recoger los principales argumentos que se emplean para sostener la posible imprescriptibilidad en ciernes. Tampoco se busca un análisis de otras circunstancias comprendidas en tales pronunciamientos, interesa el sustrato fáctico (hecho de corrupción) y como se dijo, la aplicación del artículo 36 C.N. a esos casos en particular.

a) Caso Miralles

Se trata del fallo que dictara la Cámara Federal de La Plata, con fecha 6/10/2016, en expediente N° FLP 3290/2005 (Reg. Int. N° 3344), caratulado “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1, Secretaría N° 3 de La Plata⁹⁴. Como se anticipó, la novedad consistió en que nunca antes los tribunales habían dicho que los delitos de corrupción eran imprescriptibles, lo cual ha sido aquí por mayoría.

En cuanto a los hechos en que se basa el pronunciamiento, cabe destacar que la causa se inició en 2003, se investigaba al ex juez federal de La Plata, Julio César Miralles (fallecido) ante la sospecha que actuaba junto a dos abogados y un médico para resolver favorablemente amparos, así permitir el retiro de fondos retenidos en el “corralito financiero”. Para ello, se utilizaban certificados médicos apócrifos y aludiendo casos de “urgencia” se interponían amparos. Además, se hacía una selección de ese juzgado de forma irregular, los abogados le anticipaban al amparista que un 20% de los obtenido le correspondía al magistrado. Avanzada la investigación, para el juez de grado de trataba de la figura de estafa procesal, mientras que para el Fiscal General la calificación legal debía ser la prevista en los arts. 256 bis y 258 C.P. Luego, el

con fecha 12/6/2015, vide fallo “in extenso” en www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/fallos41560.pdf

⁹⁴ Puede encontrarse “in extenso” en la web del Centro de Información Judicial, del Poder Judicial de La Nación [file:///C:/Users/N/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b-bwe/TempState/Downloads/ADJ-0.219986001475875675%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/N/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b-bwe/TempState/Downloads/ADJ-0.219986001475875675%20(1).pdf)

magistrado Miralles falleció pero la investigación continuó contra los otros sospechosos.

Una peculiaridad del caso es que se presentó ante la Cámara Federal de La Plata la Diputada Nacional Elisa M. A. Carrió en carácter de *amicus curiae*, y solicitó se declare la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

Voto juez Schiffrin (mayoritario)

La mayoría de los fundamentos la encabeza el juez Schiffrin, en resumidas cuentas rechaza que la corrupción se trate de un delito de lesa humanidad, aunque en su entendimiento sí deviene imprescriptible. Alude a un “sistema regional de persecución e imprescriptibilidad” entre los países que firmaron las convenciones regionales e internacionales contra la corrupción. Como reconocido catedrático, se introduce en la historia universal para ilustrar sobre el significado de la “corrupción” en otras civilizaciones, dedica también varios párrafos al legado bíblico de la temática (antiguo testamento), con especial mención al derecho romano -entre otras fuentes. En todos los supuestos, alude a la corrupción como un acto que merece el desprecio de la sociedad humana como organización institucional.

Recojo las citas bíblicas que realiza del Éxodo: “No recibas regalos porque deslumbran aún a los prudentes, y pervierten las palabras de los justos” (cap. XXIII, Versículo 8) y del Deuteronomio: “No torcerás el derecho, no harás acepción de personas, ni admitirás cohecho, porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos” (cap. XVI, versículos 18 y 19), entre otras.

No pasa por alto los instrumentos internacionales en la materia y que ratificara nuestro país, tampoco a la íntima relación entre corrupción y pobreza.

En cuanto al artículo 36 C.N., dedica un apartado a su hermenéutica, al cual cataloga como de delitos constitucionales. Sostiene que el atentado de grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento resulta imprescriptible. Entiende que la imprescriptibilidad que prevé el artículo para las acciones anteriores también comprende aquella “porque carecería de sentido

que sólo la usurpación de funciones referida fuera imprescriptible y no, en cambio, la acción correspondiente al propio artículo 29 y a los dos párrafos que extiende el campo de éste último de la manera indicada”. En su criterio, la palabra “asimismo” de dicha redacción indica que las acciones previstas en este párrafo son iguales al atentado que contempla en párrafos anteriores.

En caso de “r(R)echazar esta equiparación significaría dejar de lado el significado especialísimo que han adquirido en este tiempo los delitos de corrupción. Además, esta conclusión coincide con el argumento a pari que subyace en la extensión que Bidart Campos, como ya dijimos, efectúa del precepto sobre imprescriptibilidad del párrafo del artículo 36 a los párrafos iniciales. Añadamos que, como lo trascibimos en el apartado anterior, Bidart Campos estima que los delitos constitucionales una vez, que se hallen dotados de sanción por el Congreso no son pasibles ni de amnistía ni de indulto, rasgos que son consecuencia de la imprescriptibilidad de los delitos constitucionales, y, más aún de los de lesa humanidad”.

Aduce que en cuanto a la gravedad que deben revestir estos delitos, debe ser analizado en cada caso y ser calificados así, debe tenerse en cuenta la severidad de las penas, el daño ocasionado y todo el conjunto de circunstancias.

Concluye que los delitos comprendidos en el Código Penal que hagan referencia a hechos de corrupción son imprescriptibles, como el caso que resolviera.

Voto juez Alvarez

Entendió que no estaba prescripta la acción penal, empero no en razón de la imprescriptibilidad de estos delitos, más allá que descartó la postura. Previamente a emitir opinión sobre la declaración de su colega preopinante, consideró necesario analizar si efectivamente se encontraba prescripta la acción. Así, entendió que no había ocurrido dada la suspensión del plazo ante el ejercicio de la función pública.

Voto jueza Calitri

Adhirió a los argumentos de Schiffrin y quedó conformada la mayoría del fallo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de

corrupción investigados, a pesar de despuntar otros fundamentos en el mismo sentido.

Agrega que no solo son imprescriptibles, sino además que los actos de corrupción conforman delitos de lesa humanidad, pues se trata en su entendimiento de una violación a los Derechos Humanos. Analiza instrumentos internacionales, doctrina y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Arriesga que, según la gravedad, hasta pueden ser considerados como de lesa humanidad.

En cuanto a la posible aplicación de esta categoría de lesa humanidad en particular, sostuvo que 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. El delito de corrupción cometido por funcionarios estatales rebasa el marco del injusto interno e ingresa en el ámbito de los crímenes internacionales y puede constituir un crimen contra la humanidad y, por ende, imprescriptible".

En otro tramo, la jueza sostiene que "p(P)aulatinamente, de manera acentuada durante las últimas cuatro décadas, la comunidad internacional ha tomado consciencia de que la corrupción por parte de funcionarios estatales no resulta un fenómeno menos aberrante, menos inmoral y lesivo de los derechos humanos, menos amenazantes para el sistema internacional y el desarrollo de la sociedad humana que aquellos en que el Estado opera brutalmente contra la población mediante otra reconocida práctica atroz (como el sometimiento a esclavitud, tortura, etc.)".

También alude a la corrupción como crimen internacional y luego como posible crimen de lesa humanidad, en este último caso hace hincapié que sería un acto inhumano en términos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Reconoce que históricamente no está ligado este supuesto los crímenes contra la humanidad, entiende que podría ser competencia de esa Corte Internacional. En el caso en particular, da cuenta de un plan siste-

mático de saqueo de fondos, llevado a cabo en un extenso período de tiempo. En consecuencia, el Estado argentino no podría con basamento en su legislación interna abogar por la prescripción y/o cualquier otro impedimento que coarte su investigación o sanción.

b) Caso Cossio y otros o IBM-DGI

En esta oportunidad, véase el pronunciamiento de la Cámara de Casación Federal, Sala IV, dictado el día 29/8/2018, en el marco de los actuados CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8 caratulada “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”⁹⁵. En la parte dispositiva, a raíz de dicho criterio, se hizo lugar a los recursos articulados tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la Oficina Anticorrupción en su carácter de parte querellante, ordenando la continuación del proceso. En el caso, se trataría de una maniobra de corrupción y un desfalco en perjuicio del Estado de decenas de millones de dólares en el marco del proceso de informatización de dicha ex agencia D.G.I. (actual AFIP).

Voto del juez Borinsky (minoría)

Si bien emitió su voto en primer término, ha quedado en minoría su tesis, consistía en rechazar los recursos y avalar lo resuelto por el Tribunal Oral en lo Federal nro. 3 de Capital Federal, por haber transcurrido el plazo de prescripción sin haber operado alguna de las causales de interrupción de dicho plazo. Nada ha dicho acerca del artículo 36 C.N.

Voto del juez Hornos (mayoría)

Sostiene la imprescriptibilidad de las conductas bajo juzgamiento por aplicación del art. 36 C.N., consiste en un delito constitucional empero posee recepción legal en varias figuras del Código Penal. En cuanto al adjetivo grave de dicho artículo, entiende que su inclusión no fue casual por parte del constituyente, se refiere a que son solamente atentados contra la democracia aquellas ma-

⁹⁵ Puede encontrarse “in extenso” en la misma página web que el anterior <https://www.cij.gov.ar/nota-31637--La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-declara-imprescriptibilidad-de-delitos-de-corrupci-n.html>

niobras delictivas qué, por su complejidad, su daño o extensión, pueden socavar las instituciones o los valores de la democracia.

Agrega que cuando el artículo reza “asimismo” y “atentan contra el sistema democrático del mismo modo”, equipara las conductas del artículo y deben tener las mismas consecuencias jurídicas que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas.

Destaca que no puede incurrirse en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, que esencialmente en las Naciones en vías de desarrollo, la institucionalidad y el Estado de Derecho se encuentran en crisis por su gravedad de esos actos que se llevan a cabo tanto en el sistema político como en el sector privado. En el caso en particular, dio cuenta de la trascendencia institucional de las investigaciones y la gravedad que revistieron las maniobras. Así surge un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, tal como lo ordena la Constitución Nacional, en su criterio.

La regulación del Código Penal sobre la extinción de la acción por prescripción, debe efectuarse de modo de no otorgarle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Es más, el Derecho Penal, para el cumplimiento de sus fines de contribuir al orden jurídico y a la preservación de la paz pública, debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación, la Constitución Nacional, de la que es apéndice.

Entonces, en el entendimiento de que la acusación formulada a los imputados es la de la comisión de un grave delito doloso contra el Estado que conllevó enriquecimiento, se torna necesario el juzgamiento de las conductas en un juicio oral y público, de conformidad a la manda de la Constitución Nacional, que en el artículo 36 se ordena su imprescriptibilidad. Ello a los efectos de conocer la verdad, restaurar la justicia, restablecer el equilibrio y, en su caso, de recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos

Voto juez Gemignani

Acompaña el voto del juez Hornos en cuanto la solución que debe darse a los recursos, no así comparte todos sus fundamentos. Hace alusión a una postura que viene sosteniendo desde el precedente de esa Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en los autos “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación (causa Nro. 1253/13 y 783/13, Reg. Nro. 667/14, rta. el 24 de abril de 2014)⁹⁶, en tanto el instituto de la prescripción de la acción penal resulta inaplicable en los casos en que, como el debatido en el sub lite, la comisión del hecho objeto de pesquisa le es reprochado a funcionarios públicos. Ello así, cualquiera sea su gravedad. Aquí se diferencia del juez Hornos, para quien la imprescriptibilidad solo comprende hechos graves; en cambio, en su criterio no debe quedar limitado a que concurra dicha característica.

Al mencionar su posición en el caso Alsogaray y varios que siguieron, trae implícitamente algunos argumentos que allí había elaborado⁹⁷. Como ser que, en consideración a las características específicas de los hechos en los que se encuentran involucrados funcionarios públicos, y el marco normativo que se corresponde con el especial tratamiento de esos hechos, constituye una grave afectación al derecho constitucional a la seguridad-legalidad, la normativa que impone la prescripción de los hechos en los que se encuentran involucrados.

También, agregó en aquella oportunidad que, un Estado que no posee el poder para proteger al ciudadano, tampoco tiene el derecho de exigir obediencia, la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten a otros; y si de esta forma no se puede obtener esa seguridad, se anula el sometimiento, y el derecho a la legítima defensa -según su propio juicio- retoma vigencia plena. La seguridad y la libertad están inseparablemente relacionadas. El

⁹⁶ El fallo “in extenso”, puede encontrarse en <https://www.cij.gov.ar/nota-13278-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal-revoc--sobreseimiento-por-prescripci-n-de-Mar-a-Julia-Alsogaray.html>

⁹⁷ Entre otros casos, en “De Vido, Julio Miguel y otra s/recurso de casación”, causa CFP 12438/2008/CFC2, con fecha 12/6/2015, se expidió en forma similar. El fallo “in extenso” puede consultarse en www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/fallos41560.pdf

Estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de las leyes, sino mediante la ejecución eficaz de las mismas.

Aclara que, el especial status de los delitos en los que participan funcionarios públicos en nuestro país, consecuencia de la aprobación mediante la ley 24.759, sancionada el día 4/12/96, e ingresada en vigencia el día 7/11/97, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el día 29 de marzo de 1996 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097. El interés de la República en tanto resguardo de la cosa pública, se ve directamente afectado por la corrupción, pues mediante el acto de corrupción, el funcionario, que debe velar por el interés público, satisface un interés privado en detrimento de aquél.

Ahora bien, en el citado caso Alsogaray, este magistrado tuvo una importante intervención en cuanto a la postura que consistía en que los delitos que se le imputaban a dicha ex funcionaria pública no habían prescrito, en contra sentido a lo resuelto en la instancia anterior.

Para mayor claridad expositiva y dado que se presenta como un antecedente del caso Cossio en análisis aquí, traigo el voto del juez Gemignani en el anterior caso Alsogaray; oportunidad en que expuso: “l(L)a extinción de la acción penal por prescripción supone una limitación temporal al Estado para la investigación y, eventual castigo de un delito. Si se ubica pertinentemente la función del derecho penal, en la ratificación de la juridicidad mediante la aplicación de la pena, esto es, la supresión a través de la sanción del modelo social expresado por el autor en el delito, y su sustitución por el modelo social expresado en la ley, o sea por ejemplo, y en atención a los hechos de ésta causa que está prohibido, a los funcionarios públicos, efectuar negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública; y el transcurso del tiempo impide al derecho penal ejercer esa función, la prescripción no puede interpretarse sino como un fracaso. Ese fracaso tiene vencedores y vencidos evidentes, puesto que las víctimas, o sus deudos, no podrán obtener del Estado la satisfacción de su acreencia de justi-

cia, y los victimarios no deberán soportar en sus bienes jurídicos, ninguna consecuencia penosa. Pero más trascendente es el fracaso para la vigencia social efectiva del modelo de conducta desautorizado por el hecho del autor. Sólo mediante la aplicación de la pena se establece, como pauta social de conducta, que matar está prohibido, pero no sólo porque esa conducta esté sindicada como prohibida en un código”.

Agrega que “r(R)esulta en el mejor de los casos una inadmisibile ingenuidad dieciochesca, pretender que conforma una pauta social vigente, esto es, que un determinado modelo de conducta efectivamente gobierna la vida social, sólo porque está incorporado en el texto de una ley. Recurriendo a la siempre didáctica ejemplificación, si en una determinada sociedad, todos los funcionarios públicos aumentan su patrimonio de manera injustificada a partir del ingreso a la función, y en ningún caso la justicia establece mediante la aplicación de la pena que esa es una conducta prohibida, entonces en esa sociedad efectivamente no está prohibido para los funcionarios públicos aumentar sus patrimonios de manera injustificada durante el ejercicio de la función, a pesar de que esa conducta esté prohibida en una ley penal. Inclusive resultaría socialmente consentido que muchos ciudadanos de esa sociedad, desarrollen una profunda vocación por ofrecer sus servicios al bien común estatal, como medio legítimo de incrementar sus patrimonios. Ello impone ya considerar el instituto de la extinción de la acción por prescripción como razonable en todo caso, sólo para circunstancias excepcionalísimas, porque el transcurrir del tiempo es una circunstancia de connotaciones claramente culturales, en relación a la cual seguramente existirían tantas concepciones como personas en el mundo, pero ellas no interesan para el derecho penal, y el entendimiento que corresponde otorgarle al mismo dependerá exclusivamente de su trascendencia para la cuestión penal, sobre lo cual, como es conocido, no hay uniformidad. Efectivamente, para los hechos penales definidos como de “lesa humanidad“, esto es, para hechos que por sus características repugnan las elementales condiciones de coexistencia universal, sin considerar limitaciones jurisdiccionales nacionales, el tiempo de la persecución y la con-

dena es siempre. Pero esa imprescriptibilidad de la acción, no es tratamiento jurídico para la atención excluyente de los hechos de “lesa humanidad”, sino que algunos hechos de grave afectación a los “derechos humanos”, han sido también, a pesar de la limitación temporal legal, sindicados como imprescriptibles”.

También recordó que “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que ...la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Este deber es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (Caso “Torres Millacura y otros vs. Argentina”, sentencia del 26/8/2011, párrafo 112). En el mismo sentido, he votado en los autos relacionados nros. 15925 “Torres Millacura, Iván Eladio s/ recurso de casación”, reg. 1703/12, resuelta el 21/9/12, ocasión en la que sostuve el carácter imprescriptible de los delitos allí investigados, razón por la cual correspondía al Poder Ejecutivo Nacional el despliegue de toda actividad investigativa conducente al esclarecimiento de los mismos, removiendo todo obstáculo, administrativo o judicial, que impidiera una acabada y efectiva reconstrucción histórica de los hechos y permitiera una pertinente sanción de los responsables”.

Resalta, también, que “...esta obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los culpables de violaciones de derechos humanos ya había sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio vs. Argentina (sentencia del 18/9/03) en donde se destacó que “El derecho a la tutela judicial efectiva exige [...] a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”. Más aún cuando sostuvo que “En cuanto a

la invocada prescripción de la causa a nivel de derecho interno ... 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”. Y, que “d(D)e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos”. Ello es así, puesto que sus autores evidencian una tan ostensible y pertinaz determinación a la falta de respeto a las normas de la convivencia, que reclaman para sí mediante esa determinación, la aplicación de la ley penal de manera correlativa a su propia decisión”.

A su vez, considero “...hay dos circunstancias de la cuestión, sobre las que considero indispensable poner el acento, para fundamentar la postulación de mi temperamento sobre la resolución. En consideración a las características específicas de los hechos en los que se encuentran involucrados funcionarios públicos, y el marco normativo que se corresponde con el especial tratamiento de esos hechos, constituye una grave afectación al derecho constitucional a la seguridad-legalidad, la normativa que impone disponer la prescripción de los hechos en los que se encuentran involucrados, como se dijo, funcionarios públicos. Efectivamente, es la Constitución Nacional la que impone el entendimiento que propicio, mediante el elemental derecho humano a la seguridad-legalidad. Es que tal y como enseña la mejor dogmática constitucional “Al principio de todas las bases de legitimación del Estado se encuentra la seguridad. La seguridad justifica al Estado frente a su alternativa fundamental, la anarquía ... (pero) la renuncia (de los ciudadanos) a la violencia personal no es incondicional. Este sometimiento solamente es válido siempre y cuando el Estado esté dispuesto y tenga el poder de garantizar la seguridad y el sentido de la existencia del ciudadano. Un Estado que no posee el poder para proteger al ciudadano, tampoco tiene el derecho de exigir obediencia. ...Y es que la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten

a otros; y si de esta forma no se puede obtener esa seguridad, se anula el sometimiento, y el derecho a la legítima defensa -según su propio juicio- retoma vigencia plena. No se puede suponer que alguien vaya a obligarse a renunciar a todos sus derechos mientras no se garantice su seguridad. . . . La seguridad y la libertad. . . están inseparablemente relacionadas. Son las dos caras de la misma moneda, diferentes aspectos jurídicos estatales de la misma cuestión: de la vida, de la libertad, de la propiedad de las personas, así como de los demás bienes jurídicos-privados. La seguridad y la libertad designan la integridad de los bienes jurídicos, la primera en relación a los particulares, y la segunda en relación a los poderes públicos. Bajo el primer aspecto, el Estado tiene que evitar agresiones de los ciudadanos entre sí y, bajo el segundo, el Estado debe abstenerse él mismo de agredir a los ciudadanos. . . . Pero para proporcionar una seguridad efectiva, en caso de conflicto debe realizar aportes positivos que garanticen la defensa frente a los peligros y para la protección jurídica”.

A su vez, sostuvo que “e(E)l Estado no cumple con su tarea de seguridad solamente mediante la promulgación de las leyes, sino mediante la ejecución eficaz de las mismas. Ello compete fundamentalmente a la administración y a la justicia. La protección estatal constituye el “status positivus“ de los ciudadanos y la preservación del derecho, el “status negativus“. Ambos status forman una unidad integral. No hay ninguna antinomia entre los valores jurídicos seguridad y libertad. . . . La seguridad se convierte en tarea estatal en caso de que los particulares recurran a la violencia, esto es, toda vez que incumplan con su obligación de comportarse pacíficamente. Esta misma obligación que tiene validez tanto para los ciudadanos entre sí como entre ellos y las instituciones estatales, significa para cada uno que hay que renunciar a hacer justicia por mano propia, buscar la satisfacción del propio derecho en el discurso libre o en el marco de un proceso estatal y someterse a las decisiones jurídicas del Estado, a quien se asigna la última palabra, aunque esas decisiones a los ciudadanos les resulten molestas, tontas o injustas. La obligación de los ciudadanos de comportarse pacíficamente y el monopolio estatal del ejercicio de la

fuerza conforman el fundamento de la seguridad. ...La obligación del estado se redescubre en su doble dimensión; la obligación no solo (negativa) de respetar los derechos fundamentales, sino el deber (positivo) de protegerlos. Se trata de los aspectos distintos del deber, que corresponden al mismo derecho fundamental. Ambos aspectos tienen el mismo rango constitucional. ...Sin duda alguna se dirige al Estado el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos privados. La pretensión de que la justicia garantice los derechos es un derecho fundamental del status positivus libertatis. A diferencia de lo que sucede con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a la coacción estatal, el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a particulares no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución. Pero tampoco es necesario, puesto que la garantía de justicia es algo que se sobreentiende. Es la compensación del Estado a cambio de la obligación de comportarse pacíficamente, que le exige a los ciudadanos. Forma parte de los pilares de la paz estatal“ (Cfr. Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* – Walter de Gruyter, 1983). La expresión de la obligación estatal de garantizar la efectiva vigencia de la tutela de los derechos ciudadanos, para el ámbito del derecho penal, está constituida por el principio de legalidad, que con vigencia constitucional y legal expresa -art. 18 de la Constitución Nacional y 71 del C. Penal- impone a los representantes del Estado investigar y sancionar todo hecho punible, y a todos los que eventualmente les pudiera corresponder responsabilidad. “...La situación jurídica cambia esencialmente cuando los órganos del Estado, abusando del principio de oportunidad o quebrantando el principio de legalidad, de forma calculada y duradera permanecen inactivos y privan de protección al agredido: proxenetismo político que se deja llevar por las corrientes de opinión pública o mala conciencia a la vista de las situaciones de las que dimanar los abusos, cobardía o permisividad jurídicas, simpatía abierta o encubierta para con la violación a la ley. Las posibles consecuencias son que la agresión antijurídica actual que activa el derecho de defensa desemboque en una lesión jurídica permanente (por

ejemplo, la ocupación de viviendas tolerada por las autoridades); que la confianza general en la seguridad pública se destruya y que al poder sólo le suceda el miedo, miedo fundado. No es necesario un gran esfuerzo de especulación filosófica para hacerse una idea de cuál es el status naturalis en el que pueden perderse las grandes ciudades...“ (Cfr. Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* – Walter de Gruyter, 1983). Además de la clara fundamentación en la positiva obligación del Estado a la tutela efectiva de los derechos, como positiva prestación a la Paz, compensatoria de la obligación exigida a los ciudadanos de comportarse pacíficamente, también se ha ofrecido como fundamentación a la pretensión de legalidad, la fundamentación de la pena de Immanuel Kant, en la Metafísica de las costumbres, en términos que merecen reiterarse: “...cuando una sociedad con todos sus miembros acordara disolverse (por ejemplo, un pueblo que viviera en una isla conviniera dispersarse por el mundo), debería ser ejecutada la pena hasta del último asesino que se encontrare encarcelado, para que todos puedan observar el disvalor del hecho, y si el autor no responde por el homicidio ante el pueblo, que ha exigido ese castigo: el mismo pueblo puede ser observado como partícipe de la lesión a la justicia”. Cuando “la justicia se desmorona, ya no tiene más ningún valor, que la gente viva en la tierra”, toda vez que “...la pena no es hipotética, sino categóricamente necesaria, puesto que la ley penal no constituye un imperativo hipotético, sino un imperativo categórico“ (Cfr. Kant, Immanuel, *Metaphisik der Sitten*, Ed. A cargo de Weischedel, Frankfurt, 1993). Refuerza la argumentación, el especial status de los delitos en los que participan funcionarios públicos en nuestro país, consecuencia de la aprobación mediante la ley 24.759, sancionada el día 4/12/96, e ingresada en vigencia el día 7/11/97, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos el día 29 de marzo de 1996 y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26.097”.

Continuó recordando “l(L)as mejores palabras para valorar los hechos aquí considerados, en atención a la alta investidura del

cargo ostentado al momento de realizar estas afirmaciones, han sido vertidos por el Dr. Néstor Kirchner, en el mensaje N° 760, fechado el día 18 de Junio de 2004, mediante el que en su condición de Presidente de la República Argentina, reclamara -lamentablemente de manera infructuosa- al parlamento argentino, el otorgamiento de rango Constitucional a la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, junto a los demás Tratados y Convenciones de derechos humanos. Parafraseando el preámbulo del proyecto de ley afirmaba el Dr. Kirchner: “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”, afirmando luego con palabras propias que “...ningún derecho humano puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado se convierte en un instrumento de corrupción ... La corrupción afecta directamente a los derechos humanos, dado que la corrupción, en tanto distorsiona la distribución de bienes y la regulación de derechos, implica avances ilegítimos del Estado sobre los derechos ciudadanos. La corrupción afecta la universalidad, legalidad y previsibilidad de la acción estatal, que constituyen la primer garantía de todo derecho humano; se trata del ‘derecho a tener derechos’, que en el decir de Hannah Arendt, es ‘el primer derecho’”. Expresaba mas adelante, en su afán de convencer a los legisladores, el ex-Presidente: “Esta iniciativa significa avanzar en orden a brindar nuevos instrumentos tendientes a constituir una sociedad más democrática en el sentido sustancial del término, tratando de remover todo obstáculo a la igualdad como derecho básico esencial en el que se asienta el estado de derecho”.

También aseveró que “...la corrupción materializada en acciones de los sectores de poder, sean ellos del Estado o de la sociedad no estatal, afecta la igualdad y, como enseña Ferrajoli⁹⁸, los derechos

⁹⁸ Sobre esa mención al filósofo italiano, no podemos dejar de traer a colación parte de su pensamiento, en cuanto “...con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y antigarantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxico-dependientes, los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de

fundamentales son básicamente derechos a la igualdad. El interés de la República en tanto resguardo de la “cosa pública“, se ve directamente afectado por la corrupción, pues mediante el acto de corrupción, el funcionario, que debe velar por el interés público, satisface un interés privado en detrimento de aquel. En efecto, cuando hay prácticas corruptas el Estado se degenera: ya no está al servicio de los intereses de la comunidad, de la búsqueda de mayor libertad e inclusión para el pueblo en su conjunto, sino que por el contrario, se orienta a servir a los intereses de cierto grupo de personas, que usan en beneficio propio los recursos destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad, vulnerando de este modo no sólo el esquema más elemental de derechos humanos, sino también la construcción jurídica que sirve de base a nuestra coexistencia como Nación, eso es, el sistema Republicano”.

Con aún mayor elocuencia sobre la situación argentina, recuerda que “...se ha expedido la Organización de Estados Americanos, en el “informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, elaborado por el Comité de expertos en el mecanismos de seguimiento de implementación de la Convención en la República Argentina, y que fuera aprobado por la Organización de Estados Americanos en la sesión plenaria del día 21 de Marzo de 2013. En dicho informe se efectuaron las siguientes observaciones y recomendaciones: “revisada la información pertinente ...que en relación con los Delitos contra la Administración Pública, entre los que se encuentran los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación (CPN) relacionados con los actos a los que se refiere la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el año 2007 prescribieron 18; en el 2008 prescribieron 15; en el 2009 prescribieron 12; y en el 2010 prescribieron 18, para un total de

“mani pulite”, ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (falsi in bilancio) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales”, en artículo “Criminalidad y Globalización”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 115, traducción de Miguel Carbonell, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez, en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/rt/printer-friendly/3876/4864>

63 casos de prescripción en esos 4 años. Se observó también que en el año 2007 no se profirió ninguna sentencia absolutoria o condenatoria, para un total de 1 sentencia en esos 4 años”. Entonces, el Comité remarcó que “teniendo en cuenta que de la información estadística antes aludida se desprende que el número de casos relativos a los que se refiere la misma que terminaron por prescripción (63 en total) es proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia (1 en total), le formulará una recomendación al Estado analizado (República Argentina) a fin de que considere efectuar un análisis de las posibles causas de esta, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes”. Por lo demás recomendó “Efectuar un análisis de las causas que podrían estar incidiendo en que los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal ...el número de casos relativos a los Delitos contra la Administración Pública que terminaron por prescripción sea proporcionalmente muy superior al número de casos que terminaron por sentencia, en orden a adoptar las medidas correctivas pertinentes”.

Afirma que “...teniendo en cuenta que de lo anotado en el Informe Anual de Gestión 2011 de la Oficina Anticorrupción y de la información recabada en la visita in situ, se desprende la necesidad de que el Estado analizado considere la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en los casos de corrupción...”. Ahora bien, el Estado Argentino se ha hecho eco, en algunas oportunidades, de las recomendaciones de la Organización de Estados Americanos, y recientemente, a partir del fallo “Eduardo Kimel vs. Argentina”, ha procedido a la modificación, por aprobación legislativa de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, de los artículos que regulan los delitos contra el honor – arts. 109 y sig. Del C. Penal, reformados mediante ley 26.551, publicada en el B.O. el 27/11/2.009 – en el sentido de las recomendaciones realizadas por la Corte Interamericana en el fallo de referencia. Para las hipótesis aquí consideradas, esto es, para los delitos de

corrupción, también podría procederse de una manera similar, en contribución a la efectiva vigencia del derecho-deber humano a la legalidad. Una prestación concreta para la paz de parte del Poder Ejecutivo Nacional, en consonancia con la recomendación de la Organización de Estados Americanos en el informe final de seguimiento del cumplimiento con las condiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, contributivo a la vigencia efectiva, y no meramente declamatoria, del derecho humano a la legalidad, estaría constituido, por una parte, por la remisión al Poder Legislativo de una ley que disponga la imprescriptibilidad de los delitos en lo que hubiere participado un funcionario público, y por la otra, mediante la designación inmediata en todos los juzgados y tribunales vacantes, de jueces elegidos mediante el procedimiento constitucional, esto es, no subrogantes. Por otro lado, y en relación con lo anterior, cabe tener presente que en el ‘Informe Anual de Gestión 2011’ de la Oficina Anticorrupción se anota lo siguiente: ‘...luego de la última reforma legal en materia de prescripción de la acción penal (instituto receptado en los artículos 62, 63, 64 y 67 del Código Penal) se ha generado un importante número de planteos defensistas tendientes a hacer cesar la acción penal en una gran cantidad de causas. En la actualidad, ante diversas interpretaciones jurisprudenciales dadas por ese cambio de legislación, continúa verificándose un elevado número de presentaciones tendientes a lograr la extinción de la acción penal por prescripción.’ – ‘Por otra parte, preocupa a esta Oficina un posible escenario adverso para la continuación de las causas en fuero federal de la Capital Federal, ya que se han ido suscitado algunos pronunciamientos de gran repercusión, en los que se ha declarado la prescripción de la acción penal de ciertos procesos en los que se ha invocado el agotamiento del plazo razonable para arribar a una sentencia firme”. En función de todo lo expuesto, el Comité formuló las siguientes recomendaciones: “5.4.2: Considerar la posibilidad de efectuar un análisis de los artículos del Código Penal que se refieren a la prescripción, a los fines de introducir las adecuaciones pertinentes para evitar su frecuente aplicación como causa de extinción de la acción penal en casos de corrupción”.

En el tramo final del voto, concluye que “... las razones que fundamentan la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos en los que el Estado no ha podido investigar y sancionar eficazmente a sus eventuales responsables en un tiempo prudencial, resultan incompatibles -al menos- con aquellos casos en que los delitos fueron cometidos por quienes justamente pertenecen a ese sistema que fracasó en su persecución, esto es, a los funcionarios públicos”.

c) Caso Montes

En otro precedente de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, dictado el día 18/6/2020, en las actuaciones FBB 22000231/2000/TO1/4/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada “Montes, Pedro Alberto y otros s/ recurso de casación”; cuyo objeto procesal consistía en “...la posible comisión de delitos relacionados con diversas irregularidades cometidas en el PAMI –Delegación Bahía Blanca- por parte de funcionarios de esa repartición y otros de Capital Federal. Las maniobras habrían consistido en la concesión de subsidios para la compra de maquinarias mediante licitaciones y adjudicaciones por precios superiores a los reales, hechos que datan del año 1999. La denuncia fue realizada con fecha 6 de julio de 2000”; en criterio del juez que votó minoría en la instancia anterior “...nos hallamos ante maniobras que versan sobre un grave hecho de corrupción que -en lo pertinente- se desarrollara en el ámbito de la administración pública de nuestra jurisdicción (INSSJP), y con la presunta intervención de funcionarios públicos nacionales...”

Aclaremos que en este fallo no se resolvió sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y se presenta en contraposición al criterio del citado caso Cossio, siendo posterior a este y emitido por la misma Sala de la Cámara Federal de Casación Penal, aunque la integración ha variado en uno de sus integrantes, en este caso el juez Carbajo en lugar de Gemignani. Sin embargo, descartada por mayoría la conculcación de la garantía a ser juzgado en un plazo

razonable, se realizaron algunas menciones interesantes sobre los delitos de corrupción.

Voto del Juez Carbajo (mayoría)

Si bien la discusión principal rondaba al plazo razonable de duración del proceso, el cual aclaró no estaba conculcado por distintas razones de hecho y de derecho, marginalmente realizó algunas consideraciones que merecen su reproducción.

Así, dijo “...estimo necesario resaltar que en casos como los que aquí deben juzgarse, en los que se persiguen delitos vinculados con la corrupción pública, cobran vigencia los tratados internacionales en la materia pues, de no investigarse o juzgarse estas denuncias, se podrían ver afectadas responsabilidades del país frente a la comunidad internacional (cfr., al respecto, presentación de fs. 1 que dio origen a las presentes actuaciones, dictamen efectuado por quien se desempeñara al frente del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara Federal de Bahía Blanca, doctor Hugo Omar Cañón). El Estado argentino, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción asumió la obligación de formular y aplicar o mantener en vigor “...políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas...”; asimismo al aprobar mediante la ley 25.632 la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, asumió el compromiso de “...adoptar medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos...”. El respeto por las instituciones públicas, por la ética republicana y por la transparencia deparan indudables beneficios de toda índole para la Nación y toda vez que la corrupción se presenta como un fenómeno complejo que horada aquellos valores, la lucha para erradicarla debe ser abordada del modo más amplio posible mediante el diseño y la aplicación de políticas públicas tanto preventivas como punitivas, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos

mediante los precitados instrumentos a los que, nosotros, en tanto integrantes de uno de los tres poderes del Estado, también estamos obligados a honrarlos...”.

Voto del juez Hornos (por su voto)

Se expidió en el mismo sentido con algunas consideraciones a modo de complemento. En relación al tema de corrupción, aseguró que “e(E)l escenario descrito en el estudiado voto que lidera este acuerdo torna ineludible resaltar que no pueden olvidarse los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en cuanto a esta clase de ilícitos cometidos desde la función pública: aquellos vinculados con hechos de corrupción. Y que, en este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por la ley Nro. 26.097) —con especial referencia a su preámbulo— destaca la preocupación de los Estados Parte por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Es en dicha normativa donde se han resaltado especialmente los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia económica. He sostenido de modo constante que, entonces, no puede desconocerse la trascendencia institucional de las investigaciones judiciales que versan directamente sobre la presunta comisión de las maniobras delictivas que forman parte de una clase gravísima, cuyas consecuencias producen efectos insidiosos que trascienden a la sociedad en su conjunto (cfr.: de esta Sala IV, la causa “Daneri, Gustavo Víctor s/recurso de casación”, Reg. Nro. 611/17.4, Rta. el 1/6/17; causa “Salvatore, Carla Yanina y otros s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 106/18.4, rta. el 12/3/18; y causa “Roggenbau, Eduardo Enrique y otros s/recurso de casación”; Reg. Nro. 977, del 17 de mayo de 2019; entre varias otras). En función de ello es que puede afirmarse que los delitos de corrupción además de socavar los cimientos mismos del Estado de Derecho, afectan seriamente su orden económico y financiero. Y que, como contracara, surge la necesidad de un trato penal riguroso, con miras a garantizar la efectividad del debilitamiento

de esta amenaza, consolidando los mecanismos para investigar y reprimir, con eficacia, este tipo de delitos; contribuyendo a afianzar el orden público interno que favorece la convivencia pacífica entre los argentinos y el fortalecimiento del Estado de Derecho (cfr. mi voto en “Salvatore”). El Estado Argentino se encuentra obligado, en razón de los compromisos internacionales asumidos, a adoptar las medidas pertinentes para garantizar el juzgamiento de esta clase de delitos (cfr.: asimismo la Convención Interamericana contra la Corrupción -aprobada por la ley Nro. 24.759). En virtud de todo lo expuesto, es que en aras de garantizar la protección de estos bienes jurídicos colectivos, como así también de cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado Nacional en lo que hace a la persecución y castigo de esta clase de ilícitos, en el marco de un proceso respetuoso de las garantías contenidas en el artículo 18 de la C.N., 8.1 de la CADH y 14.3 del PIDCyP, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, a fin de que el tribunal continúe con la sustanciación de la etapa de juicio”.

Voto del juez Borinsky

Dejó a salvo su opinión y se remitió a otros precedentes.

IV.- PAUTAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

a) Introducción

Se analizarán las reglas de la interpretación de la ley y de la Constitución por parte de la Corte Suprema de la Nación, no podemos obviar que se trata del último intérprete de sendos tópicos normativos. Siendo que convoca un artículo de la Carta Magna, también será de utilidad introducirnos –someramente- en la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica. Hay un desarrollo profuso de la doctrina estrechamente vinculado con una visión previa de la filosofía del derecho, cabe confesar que se han escogido las posturas cercanas a las nuevas corrientes del neoconstitucionalismo.

Se ha distinguido entre normas jurídicas claras y las que no lo son, en el primer caso la redacción no genera dudas en cuanto a su sentido y significado; en el segundo supuesto, sí su escritura genera incertidumbres o admite entendimientos diversos, o contiene contenidos amplios o indeterminados. En los casos claros, la aplicación es sencilla y puede tratarse de mera subsunción, en los casos que no lo son entra a jugar la interpretación⁹⁹. El caso de normas claras está lejos del asunto que interesa aquí.

⁹⁹ Olaciregui López, Martín, “Aplicación e interpretación de normas jurídicas claras”, *El Derecho*, diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, 4/3/2016, ISSN 1666-8987, N° 13.908, año LIV, E.D. 266, pag. 2.

b) Criterios generales de interpretación

En distintos fallos del tribunal ubicado en la cúspide del Poder Judicial, brindó pautas para la interpretación de las normas, por lo menos extraemos los siguientes métodos: literal o gramatical, sistemático, histórico o teleológico. Sobre el punto, Bidart Campos explica que la interpretación formal se maneja con ciertas pautas fundamentales, coincide justamente y a grandes rasgos con aquellas que fue elaborando la Corte Suprema¹⁰⁰.

1. Método literal o gramatical

Consiste en la búsqueda del sentido lingüístico de las palabras que la norma emplea, en este método no se utiliza ningún otro mecanismo, el límite de interpretación viene dado por las propias palabras que la norma contiene. En algunos casos, como las normas jurídicas claras que mencionamos, su aplicación resulta suficiente. Aunque este método, tiene el siguiente límite: “(L)as normas jurídicas claras deben aplicarse literalmente, salvo cuando la aplicación literal conduzca a un resultado manifiestamente desatinado, absurdo, irrazonable o injusto, caso en el cual deben interpretarse mediante las pautas de la hermenéutica jurídica, siempre y cuando la norma sea interpretable, ya que, si no lo es, también debe aplicársela tal como fue concebida por su autor”¹⁰¹.

Sobre el punto, la Corte Suprema estableció los siguientes criterios:

- La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto,

¹⁰⁰ Bidart Campos, German J., “Manual de la Constitución Reformada”, editorial Ediar, cuarta reimpresión, Tomo I, Buenos Aires, 2003, pag. 318.

¹⁰¹ Olaciregui López, Martín, art cit., pag. 2.

en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador¹⁰².

- Los jueces no deben sustituir al legislador, sino aplicar las normas tal como este las concibió, puesto que les está vedado juzgar el acierto o conveniencia de disposiciones dictadas por los otros Poderes del Estado¹⁰³.
- Es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas¹⁰⁴.
- Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación¹⁰⁵.
- Cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, y rechazarse como superflua o sin sentido¹⁰⁶.

2.Método sistemático

Consiste en una interpretación que no esté desconectada del todo que compone, al contrario, debe integrarse las normas en la unidad sistemática de la Constitución, relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas¹⁰⁷.

En esta línea, también se dijo que el sistema es un conjunto de elementos materiales que se interrelacionan, compartiendo un todo ordenado. Este principio -junto al gramatical y lógico- es uno de los principios que informa la interpretación armónica de todo sistema jurídico. Se ha entendido que sistematizar -en lo

¹⁰² Fallos 200:165.

¹⁰³ Fallos 300:700, 324:1714, 325:3229, 329:4688.

¹⁰⁴ Fallos 120:372.

¹⁰⁵ Fallos 211:1063.

¹⁰⁶ Fallos 95:327.

¹⁰⁷ Bidart Campos, ob cit., pag. 319.

sustancial-, consiste en determinar las soluciones jurídicas para una materia dada, en base a la extensión variable pero siempre limitada de otras reglas del mismo sistema¹⁰⁸.

A su vez, con acierto se sostuvo que el método sistémico u orgánico, se basa en el principio de unidad de la constitución¹⁰⁹ o también, de la concepción de la constitución en sí como sistema¹¹⁰.

Como se dijo, el método literal o gramatical, con más razón en materia de interpretación de la Constitución Nacional, va de la mano del sistemático u orgánico, porque las normas están vinculadas entre sí dentro de un mismo cuerpo normativo.

Según la Corte Suprema:

- Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es necesario indagar lo que dicen jurídicamente, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país; en esa indagación, no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco ceñirse rigurosamente a ellas cuando una interpretación razonable y sistemática así lo requiera¹¹¹.
- Un precepto legal no debe ser aplicado literalmente sin una formulación circunstancial previa conducente a su recta interpretación jurídica, ya que, de lo contrario, se corre el peligro de arribar a una conclusión irrazonable¹¹².
- Las disposiciones legales no deben ser consideradas aisladamente, sino correlacionándolas con las demás que disciplinan la misma materia¹¹³.

¹⁰⁸ Mendoca, Daniel, “Las Claves del Derecho”, primera edición, Barcelona, Gedisa, 2000, pag. 173; Delmás Aguiar, Guillermo M., “Interpretación Constitucional”, revista jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y de la Comunicación, Universidad Autónoma de Asunción, ISSN 2309-771X, año 2016, vol. 4, N° 1, pag. 17.

¹⁰⁹ Hoyos, Arturo, “La Interpretación constitucional”, Temis, Bogotá, 1993, pag. 23.

¹¹⁰ Vigo, Rodolfo L., “Interpretación constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pag. 116 y ss.

¹¹¹ Fallos 241:227, 244:129, 330:1855, 330:2093.

¹¹² Fallos 301:67.

¹¹³ Fallos 242:247.

- La exégesis de una norma incluye tanto la armonización de sus preceptos como su conexión con las demás que integran el ordenamiento jurídico¹¹⁴.
- La interpretación de las leyes debe hacerse computando la totalidad de sus cláusulas y de la forma que mejor armonice con los principios y garantías constitucionales¹¹⁵.

3. Método histórico o teleológico

Se propone que la Constitución debe interpretarse tomando en cuenta el fin querido por su autor al proponerlo y describirlo, no solo el fin que podemos rastrear en la ideología y los principios vertebrales de la Constitución, sino el particular que cada norma señala¹¹⁶; en nuestro caso la Asamblea Convencional Constituyente de 1994.

Sin embargo, opina Bidart Campos que la fidelidad al fin o los fines previstos en la Constitución impide interpretación en contra, pero no veda acoger -con enfoque de dinamismo histórico- fines no previstos¹¹⁷. A su vez, puede ocurrir que la norma no refleje bien esa voluntad y que el intérprete se encuentre con una divergencia entre lo que quiso formular el autor de la norma (Convencional Constituyente) y lo que realmente formuló. En términos de este reconocido autor, tal discrepancia no conduce a hablar de norma “infidel”, dado que la descripción que la norma hace no coincide con la voluntad del autor. Ante esta discrepancia, el reconocido constitucionalista propone priorizar la voluntad real e histórica del autor, a la formulación hecha en la norma (interpretación extensiva). Empero, si la norma dice más de lo quiso el autor, la interpretación ha de achicar o encoger la norma, para ajustarla a aquella finalidad (interpretación restrictiva)¹¹⁸.

¹¹⁴ Fallos 287:79.

¹¹⁵ Fallos 255:360.

¹¹⁶ Bidart Campos, ob cit., pag. 318/319.

¹¹⁷ Bidart Campos, ob cit., pag. 319.

¹¹⁸ Bidart Campos, ob cit., pag. 314.

El criterio de interpretación histórico nos trae un interrogante, pues esa voluntad del autor no puede quedar inmutable y detenida en la época, mientras no se incurra en contradicción con la constitucional, podría darse el caso de una interpretación dinámica, histórica, progresiva y flexible.

Apunta Bidart Campos, que el cambio de valoraciones sociales puede servir como criterio de interpretación dinámica, lo que puede derivar también en una inconstitucionalidad sobreviviente de normas, pero no sería el caso de un mero cambio de valoraciones, sino de una pugna frontal con el texto constitucional¹¹⁹. Deviene ilustrativo sumar a esta concepción de “constitución dinámica”, el proceso de jerarquización de los Derechos Humanos, así Juan Carlos Hitters apunta que “t(T)ranscurrido tanto tiempo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha visto en la necesidad de ir actualizando los criterios pétreos de la Convención a través de su tarea hermenéutica”¹²⁰.

Como sabemos, nuestra Constitución Nacional era del tipo rígida, porque no resultaba sencilla su reforma, pero luego de la reforma del año 1994, se optó por un sistema más flexible al incorporar dos mecanismos que permiten modificar o introducir normas Constitucionales, así lo estipulan los artículos 30 (declaración de necesidad de la reforma por dos tercios de cada Cámara del Congreso) y 75 inc. 22 C.N. (incorporación de instrumentos de Derechos Humanos con jerarquía internacional, mediante dos tercios de cada Cámara del Congreso).

En particular, nuestra Corte Suprema ilustra que:

- No es un método recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que lo que debe rastrearse, en procura de una aplicación racional, es el espíritu que las

¹¹⁹ Bidart Campos, ob cit., pag. 319.

¹²⁰ El autor cita fallo de la Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2º, en artículo “La prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares”, diario La Ley, año LXXXV, Nro. 41, Tomo 2021-A, Buenos Aires, publicación de fecha 24/2/2021, pag. 1 y ss.

informa, a fin de aventar el riesgo de un formalismo paralizante y de determinar lo que la norma ha querido mandar jurídicamente¹²¹.

- Debe preferirse la interpretación que favorece los fines de una norma y no la que los dificulta¹²².

b) Aproximación a una teoría de la interpretación

1. Neconstitucionalismo

Entiendo que mal podría continuarse la tarea de interpretación propuesta sin introducirse, aunque sea someramente, en la dogmática de esta rama del derecho, como apéndice de la filosofía del derecho. Debe aclararse, nobleza obliga, que el trabajo en curso no pretende agotar las posturas que se han visto la realidad ni las obras de algún autor en particular, únicamente fijar una línea de pensamiento que será de utilidad para el objetivo diagramado.

Ahora bien, el positivismo, tal cual había sido formulado hasta la mitad del siglo XX, tuvo la posibilidad de ser implementado hasta el extremo. Así la humanidad ha visto los horrores del Holocausto (Shoa), los criminales han encontrado en esa corriente de pensamiento un medio de instrumentación jurídica funcional para la aniquilación de una parte de la población mundial.

Particularmente, desde un punto vista jurídico, recordemos la concepción absolutista y omnipotente de la soberanía popular de los positivistas de Weimar¹²³ -Volksstaat-, donde el pueblo decide sin cuestionamiento sobre lo justo o lo injusto (año 1919 en adelante). Luego se impusieron las ideas de superioridad racial y las leyes de discriminación hacia todo aquél que no fuera ario,

¹²¹ Fallos 300:417, 330:2093.

¹²² Fallos 298:180.

¹²³ Acosta Rodríguez, Joaquín, “La interpretación constitucional: entre legicentro, neoconstitucionalismo y constitucionalización”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, ISSN 1870-2147, año X, nro. 37, Enero-Junio de 2016, pag. 92.

especialmente hacia el pueblo judío (año 1933 en adelante). Entre otras cuestiones, han sido el marco legal perfecto para lo que vendrá después en Europa, y gracias a la reacción –tardía, pero reacción al fin- de los países de la alianza, estos crímenes atroces –con sustento legal- no lograron cometerse en otros continentes.

Cierto es que una corriente de la filosofía del derecho, como lo es el positivismo, no podría ser responsable de tales acciones, solo decimos que sus bases jurídicas han sido funcionales y fueron aprovechadas para los designios que el nazismo se propuso. Pues ha descripto en tono neutral el estado de derecho positivo y legitimó el deber de obediencia a la ley, ello con indiferencia a los valores, preceptos o norma superior.

Recuérdese las palabras de Gustav Radbruch, que renegó de su pasado positivista y pasó a ser un defensor del derecho natural, al decir “e(E)l III Reich quebrantó...los derechos humanos más sagrados (vida, libertad, honor)...los déspotas de la dictadura de doce años le dieron múltiples formas legales a la dictadura y el crimen...e(E)l concepto de derecho establecido, el incuestionable positivismo dominante por décadas entre los juristas alemanes y su doctrina ley es ley, fueron inermes e impotentes frente a semejante injusticia en forma de ley”¹²⁴.

Entonces, hasta aquí podemos pensar que “no todo es derecho”, siguiendo a Radbruch, como ser la injusticia extrema. Este autor ha planteado la necesidad de implementar una justicia suprallegal que corrigiese determinadas injusticias legales. Así, ha de privarse toda validez a las normas jurídicas evidente e intolerablemente injustas, mientras por razones de seguridad jurídica ha de admitirse la eficacia de las normas tolerablemente injustas. Será primariamente el derecho constitucional, cuerpo suprallegal pero al mismo tiempo derecho positivo, encargado de tal tarea: el primer criterio diferenciador entre injusticias tolerables e intolerables serán los derechos humanos¹²⁵.

¹²⁴ Radbruch, Gustav, “Relativismo y derecho”, traducción Luis Villar Borda, Universidad Externado, Bogotá, año 2009, pag. 18.

¹²⁵ Radbruch, Gustav, “Injustice légale et droit supralégal”, APD, France, año 1995, pag. 307, citado por Acosta Rodríguez, en ob cit., pag. 96/97, nota al pie 91.

Debe hacerse referencia a Werner Goldschmidt, quien desarrolló ideas de la Dikelogía y la teoría trialista del mundo jurídico, el cual se integra de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por el valor justicia (dimensión dikelógica)¹²⁶.

Para que los repartos proyectados captados en las normas se conviertan en repartos realizados, es necesario que las normas funcionen a través de tareas de interpretación, determinación, elaboración y aplicación.

En lo que interesa, hay tareas del funcionamiento que considero bidimensionales normo sociológicas, como la interpretación, pero el funcionamiento en su conjunto resulta tridimensional, porque en su criterio hay referencias de justicia de modos principales en la determinación y la elaboración¹²⁷. Los horizontes de la dimensión normalógica son la lógica y la metodología jurídica, se ha agregado la consideración de la lingüística¹²⁸.

En otro aspecto, para Robert Alexy, existe una conexión entre derecho y moral, a través de la pretensión de corrección como elemento necesario del concepto de derecho, delimita la vinculación mediante el entramado de una fórmula argumental-conceptual. Parte de la fórmula que vimos acerca que la injusticia extrema invalida el derecho¹²⁹. La fórmula ahora de Alexy, consta de dos partes; la primera dice que las leyes positivas pierden validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una medida insoportable (fórmula de la intolerancia); en la segunda niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento “es

¹²⁶ Goldschmidt, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, sexta edición, 5ta reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1987, pag. 17/18.

¹²⁷ Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Razones del trialismo” (A Werner Goldschmidt, treinta años después), ISSN 1514-2469, <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD526.pdf>, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, pag. 135.

¹²⁸ Ciuro Caldani, ob cit., “Razones...”, pag. 136.

¹²⁹ Alexy, Robert, “Sobre la relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en “Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo”, Rodolfo Vázquez (comp.), AAVV, editorial Gedisa, España, 2003, pag. 127.

negada conscientemente” la igualdad como núcleo de la justicia (fórmula de la negación)¹³⁰. La pretensión de corrección que nos enseña, no es otra cosa que una pretensión de justicia.

Se ha dicho que el neconstitucionalismo no es una simple corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX, sino que contiene –en su versión más integral- toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo¹³¹.

A su vez, se aportó que desde el ámbito de la filosofía política el neoconstitucionalismo es el mejor modelo posible, a efectos de garantizar –desde lo normativo y lo simbólico- el pluralismo y la tolerancia, además es esencialmente crítico y expande su carácter a todos los ámbitos jurídicos¹³².

En esta línea doctrinal del neoconstitucionalismo se alistan autores de talla como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, solo en parte Carlos S. Nino, más allá de las diferencias entre cada uno ellos, coinciden en ciertos parámetros¹³³. Se han establecido puntos comunes:

- Principios o normas: el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios, se diferencia entre sí dado que estos últimos tienen otra dimensión de peso o de importancia,

¹³⁰ Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Rodolfo Luis Vigo (coord.), AAVV, editorial La Ley, Argentina, 2004, pag. 227.

¹³¹ Ahumada, María Angeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, publicación de Fundación Coloquio Jurídico Europeo, http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

¹³² Gil Dominguez, Andrés, “Escritos sobre Neconstitucionalismo”, editorial Ediar, Buenos aires, 2009, pag. 9 y 11, “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2005, pag. 11.

¹³³ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, traducción de Vilajosana Josep M., en Doxa “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, Núm. 21, 1998, publicación Alicante, Biblioteca virtual Miguel Angel Cervantes, 2005, pag. 339. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>

no rigen como las normas, que se aplican de modo “todo o nada”; a esto se suma que los jueces deben servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica; en el juicio de constitucionalidad de las leyes se tiende así a la extracción del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente controversias.

- Ponderación o subsunción: los principios no son objeto de aplicación o interpretación a través del método de subsunción, sino por ponderación o balanceo; operación que consiste en una vez hallados los principios del caso, son sopesados y puestos en jerarquía axiológica, el de mayor peso prevalece, proceso que no se caracteriza por realizarse de modo abstracto sino en concreto.
- Constitución o independencia del legislador: la Constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; el contenido sustancial condicionante cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural; la ley cede paso a la constitución y se convierte en instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.
- Jueces y libertad del legislador: al juez se le encarga el continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales, ante la penetración del texto constitucional en toda la legislación y el abandono del método de subsunción; la sustanciación de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo¹³⁴.

Hablando de la Carta Magna, claramente será importante si estamos ante una rígida o flexible, nuestro texto ha sido rígida en creación (1853/60) y luego de varias reformas, sobre la incorpo-

¹³⁴ Pozzolo, Susanna, ob cit., pag. 340/341.

ración del procedimiento para nuevas reformas y la incorporación de tratados sobre Derechos Humanos (arts. 30 y 75 inc. 22) ha flexibilizado bastante aquella rigidez de inicio. Luego ante el modelo descriptivo, que concibe a la Constitución como norma y su interpretación no dista mucho de aquellos utilizados para la ley; y uno axiológico, que considera al texto un objeto específico, no puede tratarse del mismo modo, los instrumentos en un caso y otro son distintos, dicho modelo constituye una suerte de puente entre el discurso jurídico y el moral¹³⁵.

Empero, más allá de este puente necesario, no hablamos de una única interpretación, sino que la jerarquía axiológica instituida que cambiará continuamente en relación a las exigencias de justicia sustancia en cada caso concreto. A diferencia de la concepción de los siglos XVIII y XIX sobre el texto constitucional, que básicamente era considerado normativamente como una barrera contra el poder, el modelo axiológico no presenta esta limitación. Ello así, pues identifica a la misma como un objetivo, una guía para el legislador, y a la que no solo debe adaptarse sino desarrollar.

2. Del neoconstitucionalismo a una teoría de la interpretación

Cierto es que la interpretación y argumentación jurídica en el Estado constitucional se han convertido en tema de generalizado tratamiento en la teoría del derecho¹³⁶. Sobre todo, desde el presunto abandono del positivismo, el control de constitucionalidad como herramienta contra mayoritaria y hasta las recientes tendencias denominadas neoconstitucionalismo.

¹³⁵ Pozzolo, S., ob cit., pag. 346. Otros autores sostienen que la idea subyacente del neoconstitucionalismo era que el derecho no se distinguiera necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorporaba principios comunes a ambos, así Barberis Mario, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperio de la moral”, en “Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (ed.), AAVV, editorial Trotta, España, 2003, pag. 260.

¹³⁶ Tassara, Andrés Ollero, “La interpretación de la Constitución: una novela sobre el otro lado del Derecho”, pag. 55, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/324-DWORK-ZAGREBE-TOLUCA.pdf>

A su vez, deliberadamente o no, esta nueva forma de constitucionalismo habría terminado por poner en cuestión algunas premisas que se daban por bien establecidas, implícitas en la noción de Estado de derecho, con repercusión sobre cuestiones básicas como las reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar¹³⁷.

En esta línea, con acierto se entendió que el juicio jurídico incorpora inevitablemente valoraciones de justicia material, entonces no se agota en fórmulas legislativas. Las teorías positivistas a través del normativismo¹³⁸ han reducido el derecho a la ley y a su función de instrumento de poder, empero cuando se está ante la ley también se está dentro de algo muy diferente que condiciona la propia ley¹³⁹.

Tomo una posición con esto, la letra de la ley no se agota en sí misma, porque el juez que la aplica está dentro de cierto contexto socio cultural y en su tarea realiza una ponderación axiológica de la Constitución. En términos de Dworkin, si toda teoría que determina que el contenido del Derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista¹⁴⁰. Más allá de lo peyorativo en que se ha caído criticar un pensamiento como iusnaturalista, en prieta síntesis, debo considerar su perspectiva como la constatación de la existencia de exigencias propiamente jurídicas, lógicamente previas a su deseable

¹³⁷ Wolfgang Böckenförde, Ernst, “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, incluido en Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia”, traducción R. Agapito, editorial Trotta, Madrid, 2000, citado por Ahumada María Angeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, publicación de Fundación Coloquio Jurídico Europeo, http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

¹³⁸ Sostiene someramente que puede reducirse todo a la objetividad de la norma y nada a la subjetividad de la percepción del caso.

¹³⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional”, traducción de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada Madrid, Trotta, 2014, pag. 12.

¹⁴⁰ En “Retorno al Derecho “Natural”, en Betegón Jerónimo y Páramo Juan Ramón, “Derecho y Moral”, editorial Ariel, Barcelona, 1990, pag. 23.

reconocimiento constitucional o legal¹⁴¹, pero también se puede ir más allá y sostener que “h(H)emos de remontarnos mucho más atrás; no debemos fijarnos en principios claramente políticos, ni siquiera morales, sino más bien en principios que identifiquen los valores más abstractos de la condición humana”¹⁴².

Cabe apunrar que para Zagrebelsky resulta jurídico ese otro lado del derecho, en cambio para Dworkin son morales esos elementos más allá que los considere indispensables para el despliegue práctico del derecho. Particularmente, en criterio de Zagrebelsky, se acude al derecho para interrogarlo y obtener una respuesta, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve al derecho en un procedimiento circular, que denomina círculo interpretativo y tiene dirección bipolar, finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas¹⁴³.

También Zagrebelsky, en relación a los métodos de interpretación, refiere que la búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es éste el que está en función de la búsqueda, y ello depende de lo que se quiere encontrar. En términos generales, el método es solo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir justificable en un ordenamiento dado. En su entendimiento, el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica¹⁴⁴.

Siguiendo con la propuesta de Zagrebelsky, la elección de un método interpretativo no precede a la interpretación, el problema de la interpretación no consiste en la elección del método interpretativo, esta elección en realidad es medio para un fin¹⁴⁵. Tales métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad

¹⁴¹ Tassara, A. O., ob cit., pag. 57.

¹⁴² Dworkin, Ronald, “La democracia posible. Principios para un nuevo debate político”, traducción Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008, pag. 24.

¹⁴³ Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, justicia, derechos”, traducción Marina Gascón, título original “Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia”, editorial Trotta, Madrid, 1995, pag. 133/134.

¹⁴⁴ Zagrebelsky, ob cit. “El derecho dúctil...”, pag. 134.

¹⁴⁵ Zagrebelsky, ob cit. “La ley y su justicia...”, pag. 210 y 211.

y la ausencia de una jerarquía entre los mismos; y la interpretación debe guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir -en los términos del autor italiano- la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el mayor respeto posible al ordenamiento jurídico. Además, otorga a la justicia carácter de principio constitucional, y se encuentra más arriba -en términos de jerarquía- que el ordenamiento jurídico, señala que la ley ya no describe el derecho, estamos ante el arribo de una democracia pluralista.

Anteriormente, Nino nos hablaba de la democracia deliberativa, al expresar: “e(E)sta concepción deliberativa de la democracia en la forma que yo la defiendo deja fuera del proceso democrático otras dos cosas: primero las condiciones del mismo proceso democrático, que es lo que llamo derechos a priori y que creo que se determinan -y acá hay una analogía con el método kantiano trascendental- a través de analizar las condiciones del conocimiento a través del método democrático: esto queda fuera del método democrático mismo porque son las condiciones que dan validez a ese método democrático; y también quedan afuera precisamente por esas mismas condiciones, las preferencias de tipo personal, de planes de vida, etc., pues no creo que el método democrático respecto de ellas tenga más valor epistémico acerca de su validez, si son válidas o no, que la reflexión individual. Bueno, con esto término, creo que de esta forma se logra efectivamente trazar este puente y creo que éste es uno de los puntos, me parece, de coincidencia fundamental, por lo que yo entiendo, respecto de la escuela crítica del Derecho: la existencia de esta conexión esencial entre Derecho y Política. No sé. Posiblemente los puentes sean diferentes y posiblemente el rol intermediario de la Moral en esto sea diferente pero creo que el objetivo por lo menos fundamental de conexión entre Derecho y Política se cumple”¹⁴⁶.

El aporte de Alexy -en esta línea- echa luz, distingue entre reglas y principios, siendo estos últimos mandatos de optimización, los plantea como soluciones a los problemas que presentan los

¹⁴⁶ Nino, Carlos Santiago, ob cit., “Derecho, moral y política”, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, citado por Pozzolo, en ob cit., pag. 46.

derechos fundamentales. El fundamento de la fórmula política del Estado constitucional es la existencia de principios –además de reglas– integran el ordenamiento jurídico, en especial la constitución. Las reglas son mandatos definitivos, pues deben cumplirse o no, mediante la subsunción, mientras los principios mediante la ponderación.

Esta distinción constituye el fundamento del principio de proporcionalidad como criterio argumentativo para controlar las restricciones en derechos fundamentales, que dicho sea de paso, deben ser útiles, necesarias y proporcionadas. La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales residen en que solo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en que un derecho es afectado o en el que es importante su desarrollo o garantía.

En criterio de Alexy, las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser estipuladas explícitamente en la Constitución –normas estatuidas–, o bien creadas interpretativamente y luego de una correcta argumentación basada en derechos fundamentales –normas adscritas o subreglas jurisprudenciales. En prieta síntesis, lo que enseña el profesor Alemán, es que este último tipo de normas, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Aclara que estas normas son de origen jurisprudencial, con efectos similares a las leyes, siendo una interpretación de las normas estatuidas, aunque acota que la diferente está en la especificidad, dado que la norma estatuida tiene un alcance más general. Estas normas adscritas constituyen precedentes constitucionales, en su criterio contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales¹⁴⁷.

¹⁴⁷ En “Teoría de la argumentación jurídica”, editorial Palestra, Perú, 2007, pag. 457, citado por Gil Dominguez, “Estudios sobre Neconstitucionalismo”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, pag. 9 y 11; Alexy, Robert, “Theorie der Grundrechte”, Frankfurt/München, 1994, segunda edición, pág. 100, citado por Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 24; Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), Rodolfo Luis Vigo (coord..), AAVV, editorial La Ley, Argentina, 2004, pag. 227.

Si bien, volveremos sobre este tema, cabe recordar que en el pensamiento de Alexy, en el derecho tiene una doble naturaleza, una real o fáctica y una ideal o crítica; la primera reúne elementos definitorios de la legalidad y la segunda tiene un ideal de corrección moral. Este ideal consiste en la pretensión de justificabilidad conforme principios de naturaleza moral. Ahora bien, la necesidad de vincular ambas naturalezas o dimensiones del derecho, deriva de principios contrapuestos; seguridad jurídica y justicia. Continuando la fórmula de Radbruch, esta conexión entre derecho y moral, se sustenta en la naturaleza ideal derecho, los argumentos serían: la corrección moral del derecho, la injusticia extrema como límite último de la validez jurídica y los principios como mandatos de optimización.

También, Pozzolo nos habla de un modelo axiológico de la constitución como norma, siendo el modelo que adopta el neoconstitucionalismo, en tanto entiende que la constitución es el conjunto de reglas jurídicas positivas fundamentales en razón del contenido que expresan. No así el modelo iuspositivista, en tanto identifica la razón para la acción en la orden del soberano¹⁴⁸.

Se sostuvo que ni siquiera el imprescindible principio de la interpretación conforme ha alterado esencialmente el modo de interpretación de las normas jurídicas. La interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, en lo que se ha dado en llamar una directiva de preferencia; en tanto no impone una interpretación, sí la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta y no contraria a la norma superior¹⁴⁹.

Al atribuir significado a los estándares denominados principios, se evidencia una conexión necesaria entre derecho y moral a nivel interpretativo y justificativo. La doctrina neoconstitucional rechaza

¹⁴⁸ *Ibidem*, pag. 342, donde cita a Dogliani M., “Introduzione al diritto costituzionale, II Mulino, Bologna, 1994, P. Comanducci, Interpretazione della costituzione, manuscrito inédito.

¹⁴⁹ Campos Jimenez, Javier, “Interpretación conforme a la Constitución”, en “Temas Básicos de Derecho Constitucional I”, M. Aragón (coord.), editorial Civitas, Madrid, 2001, pag. 60/64.

la adaptación de un modelo descriptivo de la norma constitucional. Pozzolo propone, por el contrario, un modelo axiológico, porque la constitución no puede ser interpretada de la misma manera que las leyes, para atribuir significado a sus disposiciones no puede prescindirse de valoraciones éticas, ante la presencia de principios en el texto¹⁵⁰.

Es más, no puede equipararse la tarea de interpretación constitucional a la mera interpretación de la ley, por su especialidad, dado que se trata de una fuente de derecho de origen distinto a la ley, además la constitución es un conjunto normativo compuesto por normas de distinto tipo y muy diverso contenido, más allá de tensiones internas por diverso contenido, deben ser en todo momento consideradas como elementos integrados de una dotada de sentido¹⁵¹.

Atienza, siguiendo a MacCormick, establece que debe identificarse el problema por resolver, en qué sentido nos encontramos ante un caso difícil, plantea cuatro tipos de problemas jurídicos: de relevancia –existen dudas sobre la norma que debe aplicarse-, de interpretación –las dudas aparecen en cómo debe entenderse la norma o normas aplicables-, de prueba –hay dudas sobre si un hecho ha tenido lugar-, de calificación –aquí las dudas son acerca de si un hecho determinado cae o no bajo el campo de la aplicación de determinado concepto o consecuencia jurídica de la norma¹⁵².

Aclara Atienza que el uso de las técnicas o reglas interpretativas, o sea la respuesta al cómo interpretar, depende de la teoría de la interpretación que se sustente, esto es cómo se conteste a las preguntas de qué es interpretar y por qué y para qué se interpretar. Los límites de la interpretación no estarían preestablecidos por el Derecho (en cuanto realidad producida por un legislador), sino que, al menos en parte, son creados por el intérprete. Las técnicas

¹⁵⁰ Cfr. Nino, Santiago, “Derecho, moral y política”, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, citado por Pozzolo, en ob cit., pag. 343.

¹⁵¹ Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso “Suroeste”, 1 BverfGE, 1951, pag. 14, citado por Ahumada Ma. Angeles en ob cit..

¹⁵² Atienza, Manuel, “Las Razones del Derecho”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, segunda reimpresión, México D. E., 2005, pag. 211.

interpretativas vendrían a ser los diversos tipos de argumentos utilizados por los juristas para llevar a cabo alguno de los propósitos propuestos¹⁵³.

En sentido estricto, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa cuando existen dudas¹⁵⁴. En cuanto a la interpretación jurídica, distingue teorías cognoscitivas de formalistas, escépticas de intermedias. Por otro lado, las teorías intermedias se basan en la distinción entre casos fáciles, donde el intérprete no ejerce ninguna discrecionalidad, y los casos difíciles donde existe una decisión. En estos últimos, cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas, la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo.

Me interesa profundizar lo que sería un problema de interpretación, hay que determinar si el mismo surge por insuficiencia de información –la norma particular no cubre en principio el caso en discusión-, o por un exceso de información –la norma puede entenderse de varias maneras incompatibles entre sí. Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso deductivo. Empero, cuando esta información es deficitaria o excesiva y contradictoria, debe normalmente argumentarse para poder llegar a la conclusión deseada.

Siguiendo con el método de Atienza, hay que construir hipótesis de solución para el problema, es decir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. De tratarse de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia como para abarcar el caso sometido a examen.

¹⁵³ Atienza, Manuel, “Interpretación Constitucional”, editorial Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá, 2017, pag. 26, 28 y 56.

¹⁵⁴ Atienza, “Interpretación Constitucional”, ob cit., pag. 54, cita a Guastini Riccardo, “Le fonti del diritto e l’interpretazione, Milán, Giuffrè, 1993.

Agrega el filósofo que, más luego, hay que justificar las hipótesis de solución formuladas, es decir hay que presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta. En el caso de insuficiencia de información, que nos interesa sobre manera, la argumentación –conjunto de argumentos aducidos y estructurados de cierta forma, aclara Atienza- se puede llamar, en sentido amplio, analógica. A su vez, la argumentación analógica puede sub distinguirse a pari –igual- o “a simili” –semejanza-, una argumentación “e contrario” –opuesto- , o una “a fortiori” –con mayor razón¹⁵⁵.

A este panorama, no ilustra Atienza que es distinto el método para representar adecuadamente los procesos de argumentación, del establecimiento de los criterios que deben usarse para su corrección. En su criterio, uno de los mayores méritos de la teoría estándar de la argumentación jurídica –Mac Cormick y Alexy- es haber contribuido a elaboración de estos criterios de corrección que se condensan en la noción de racionalidad práctica. Aunque, en opinión de Atienza, resultó insuficientemente desarrollada, pues estos criterios son exclusivamente de carácter mínimo y sólo permiten descartar como irracionales determinadas decisiones o formas de argumentación. Advierte con razón que el problema reside en relación a los “casos difíciles”, pues diferentes soluciones pasan dicho test de racionalidad¹⁵⁶.

En este punto, y para establecer una solución, se necesita extender la noción de racionalidad práctica para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún criterio más allá que puedan ser discutibles o no gocen de la solidez de los otros. Esta teoría, en criterio de Atienza, no podría tener un carácter netamente formal, sino que debería incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral.

Siguiendo esta línea, una teoría de la argumentación jurídica debería abastecer tres funciones; de carácter teórico o cognoscitivo, de naturaleza práctica o técnica y la restante de orden político o moral. La necesidad que sea general esta teoría necesita desarrollar

¹⁵⁵ Atienza, ob cit. “Las Razones del Derecho”, pag. 212 y 213.

¹⁵⁶ Atienza, ob cit., *ibidem*, pag. 215.

previamente el aspecto dinámico de la misma, esto es generalizar la teoría estándar ya existente. Debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, a través de un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección. Las sugerencias de la teoría estándar permitirían aproximarse al cumplimiento de esta tarea.

En relación a la denominada función política o moral de la teoría de la argumentación jurídica, tiene relación con la cuestión del tipo de ideología jurídica que está en la base de determinada concepción de argumentación, lo que considera inevitable. Tanto MacCormick como Alexy parten de una valoración positiva del derecho moderno, el derecho de los estados democráticos, y de la práctica de su interpretación y aplicación¹⁵⁷. Consideran que el derecho positivo proporciona siempre, cuanto menos, una respuesta correcta, el presupuesto último del que parten es que siempre es posible hacer justicia de acuerdo con el derecho.

Alexy entiende que una solución que se haya alcanzado respetando las reglas del discurso jurídico –que propone– es una solución racional, pero las reglas no garantizan que en cada caso puede se pueda llegar a una única respuesta correcta. Así, frente a un mismo caso, estas reglas permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales. Se trata de la pretensión de corrección.

El autor alemán distingue reglas de principios, las primeras se caracterizan porque su regla de aplicación resulta la subsunción y los segundos, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, los principios por consiguiente con mandatos de optimización, pues se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. En este caso, su aplicación lo es a través de la ponderación¹⁵⁸. Dado que los derechos fundamentales son

¹⁵⁷ Atienza, ob cit., pag. 216-218.

¹⁵⁸ Atienza, ob cit., pag. 172 y 175.

principios, y estos son mandatos de optimización, el principio de protección exige lograr su mayor realización posible.

En este tren, para Alexy, el control de constitucionalidad se legitima en los presupuestos de democracia y protección de los derechos fundamentales aunque la naturaleza de la representación popular de un tribunal es puramente argumentativa, porque el pueblo no puede ejercer control sobre la elección de sus miembros.

Más allá que no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, sí cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación moderada, de manera que sirva como fundamento para las decisiones jurídicas, y no un uso puramente arbitrario. En su entendimiento, dicho orden débil, consta de tres elementos: un sistema de condiciones de prioridad –la resolución de las colisiones entre principio en un caso concreto tiene importancia para nuevos casos-, un sistema de estructuras de ponderación –derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, un sistema de prioridades *prima facie* –este sistema puede variar en el futuro pero quien lo intente debe correr con la carga de la prueba.

Es un modelo de derecho en tres niveles, reglas, principios y procedimientos, que el propio Alexy reconoce que no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero sería el que lleva un mayor grado de racionalidad práctica y también es un modelo de racionalidad incorporada al derecho moderno, y en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional.

En su teoría, el derecho (se refiere al moderno) contiene una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista. Sería la pretensión de corrección que plantea tanto las normas y las decisiones jurídicas consideradas individualmente como el sistema jurídico considerado en su conjunto. Si bien la pretensión de corrección tendría carácter relativo, como idea regulativa tendría carácter absoluto¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Atienza, *ob cit.*, pag. 175 y 176.

Así, si bien el neoconstitucionalismo arroja una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, aunque irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces.

Es que, el control judicial de constitucionalidad reafirma los pilares procedimentales de la democracia por cuanto se habilitan dos formas distintas de sujeción que se retroalimentan permanentemente: la política (que se enmarca en el campo de la deliberación) y la judicial (que garantiza la participación). La función judicial no está exclusivamente orientada a servir a las minorías, sino para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales para todos por igual, así evitar la existencia de mayorías coyunturales que intenten arrasarse con el sistema de derechos. Así aparece la argumentación judicial como un mecanismo que obliga a una mayor justificación en la toma de decisiones de los que supone un debate parlamentario¹⁶⁰.

Empero, otros autores, con acierto sostienen que no existen espacios prohibidos para la decisión democrática y tampoco exentos del control judicial, el alcance del modelo argumentativo –desde el neoconstitucionalismo– como un espacio en donde el legislador y el juez están llamados a convivir¹⁶¹. Resulta acertado el pensamiento acerca de que no debemos ocultar que constitucionalismo y democracia se hallan en tensión permanente e irremediable, aunque es más saludable mantener esa tensión y procurar atemperarla, pues la ley es un instrumento para cambiar el mundo, pero la Constitución es un instrumento para evitar que el mundo nos cambie a nosotros¹⁶².

En la misma línea, se sostuvo que es una característica esencial del Estado constitucional de derecho que los jueces tengan

¹⁶⁰ Gil Domínguez, ob cit “Escritos sobre Neoconstitucionalismo”, pag. 13, 77 y 78.

¹⁶¹ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos” y “Réplica a Juan Antonio García Amado”, Teoría del neoconstitucionalismo, Miguel Carbonell (ed.), AAVV, editorial Trotta, España, 2007, pag. 5 y 284.

¹⁶² Prieto Sanchís, ob cit., pag. 287.

la última palabra y es una nota estructural del Estado legislativo de derecho que los órganos elegidos directamente por la sociedad tengan la última palabra¹⁶³.

En otro aspecto, se concilian ambas competencias en tanto en nuestro sistema las decisiones jurisdiccionales no producen impacto colectivo, la cosa juzgada en un sistema de control de constitucionalidad no produce efectos derogatorios de la norma y se ciñe al caso en concreto, no se juzga lo legislado por el congreso, sino en todo caso la negativa que puede resultar de esa decisión legislativa en el caso particular¹⁶⁴.

A este panorama, agrega Gil Dominguez, acerca de esta tarea jurisdiccional en el marco de un Estado Constitucional de derecho, que las diferencias conceptuales emergentes entre: la supremacía constitucional propiamente dicha, el bloque de constitucionalidad y la regla de reconocimiento constitucional. Esta regla se estructura a partir de la combinación de una fuente interna –el texto constitucional- y una fuente externa –ius cogens, tratados internacionales, jurisprudencia internacional y costumbre internacional- en donde cada fuente tiene su espectro de validez propio, y un respeto recíproco por el ámbito de validez ajeno¹⁶⁵. En esta línea, la argumentación constitucional expone argumentos aplicativos de la fuerza normativa de la regla de reconocimiento constitucional en los casos de interpretación, aplicación y desarrollo de la misma.

A su vez, se entendió que la regla de reconocimiento se vincula con la Constitución como eje normativo del sistema jurídico y como elemento simbólico de un mínimo de creencias compartidas en pos de una convivencia pacífica en el marco de una sociedad heterogénea¹⁶⁶.

¹⁶³ Gil Dominguez, ob cit., “Escritos...”, pag. 97.

¹⁶⁴ Bianchi, Alberto A., “Control de Constitucionalidad”, Tomo I, editorial Abaco, Argentina, 2002, pag. 221.

¹⁶⁵ Gil Dominguez, ob cit. “Escritos...”, pag. 105 y 106.

¹⁶⁶ Aienza, Manuel, y Ruiz, Juan, “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, editorial Ariel, España, 2004, pag. 167.

3. *La corrección moral*

El gran aporte de Atienza, en mi entendimiento, es profundizar en esta corrección que tendría que tener una interpretación, pues según su idea la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –ideología política y moral– más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, por otro lado entiende que podría suponer adoptar una perspectiva más realista.

Nos enseña también que quien debe resolver determinado problema jurídico no necesariamente parte de la idea que el sistema jurídico ofrece como correcta, desde el plano político y moral. Hasta puede darse el caso que el juez o el jurista, deba resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que estime correcta aunque, no sea la solución que brinda el derecho positivo. La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos.

Recuerda que la teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción de los siguientes tipos de caso: a. claros o fáciles, donde el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; b. casos difíciles, donde al menos en principio el derecho positivo permite más de una respuesta correcta; c. casos trágicos, porque no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, aquí “l(L) a adaptación de una decisión... no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema”¹⁶⁷.

A su vez, este autor, nos aclara que este último supuesto, el elemento de tragedia se da en la medida en que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde un punto de vista jurídico y/o moral. Lo que también ocurre por la moralización de los sistemas

¹⁶⁷ Atienza, ob cit. “Las Razones del Derecho”, pag. 218 y 219.

jurídicos; la contradicción sería ahora interna –entre principios- e inevitable, dadas las presentes características de nuestro mundo.

Más allá que el sistema jurídico pareciera que no brinda una respuesta correcta ante casos trágicos, esto no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional, o razón práctica. Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos que explican estos casos, como ser: la ampliación de los derechos; la irrupción de derechos de contenido social y económico; los órganos judiciales siguen configurados como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un compromiso entre intereses en juego, sino un equilibrio entre valores que no son negociables; además la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones pueden mantenerse ocultas¹⁶⁸.

Nos explica Atienza¹⁶⁹, que no sólo la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral- que quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, inclusive tratándose de un juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta, política y moralmente correcta, del mismo.

4. Discrecionalidad judicial

Se ha señalado que el modo en qué los jueces deben ejercer la discreción, sea de hecho o de derecho, para resolver casos no está resuelto en el sistema jurídico y a la vez, se trata de una de las cuestiones más acuciantes de la filosofía del derecho¹⁷⁰. Claramente es cierto que la discreción judicial plantea dificultades en una sociedad democrática, pues los jueces no son funcionarios objeto de elección popular, además su nombramiento es de forma

¹⁶⁸ Atienza, ob cit. “Interpretación Constitucional”, pag. 140, 142 y 152.

¹⁶⁹ En ob cit “Interpretación Constitucional”, pag. 134.

¹⁷⁰ Nino, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, segunda edición ampliada y revisada, 12° reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pag. 432.

vitalicia y ajeno al control directo de la ciudadanía (sistema de la República Argentina).

Ahora bien, se ha propuesto que una de las restricciones a las que los jueces deben someter sus ejercicio, según el pensamiento de Dworkin, es la doctrina de la responsabilidad política, que al igual que los demás funcionarios deben adoptar sólo aquellas decisiones que pueden justificar sobre la base de una teoría general que permita justificar también otras decisiones que se propongan adoptar, siendo obvio que además de responder a aspiraciones de coherencia facilita la previsibilidad de las decisiones judiciales.

En términos de Dworkin, la principal restricción al ejercicio de la discreción judicial está dada por la distinción entre principios -que establecen derechos- y políticas -que fijan objetivos sociales colectivos. Pone de relieve que los principios son distributivos e individualizados, constituyen un límite o umbral en contra de las medidas fundadas en objetivos colectivos, si un supuesto de derecho cediera ante cualquier objetivo social legítimo, no sería un verdadero derecho¹⁷¹. Seguidamente, sostiene que los jueces deben atenerse a juzgar de acuerdo con principios, dejando las consideraciones referidas a políticas a otros poderes del Estado, esto permitiría superar la discreción judicial. A su vez, Dworkin contempla el Derecho desde un punto de vista del juez que ha de resolver un caso concreto, un caso difícil¹⁷².

En la misma línea de restricciones, sostiene que las decisiones de índole ideológica debe estar en manos de los órganos democráticamente electos, donde se aplica la formulación política y no la determinación de principios; y la condena en contra de regular retroactivamente los casos sometidos a los tribunales no puede aplicarse a derechos pre existente a las decisiones judiciales¹⁷³. Agrega el requisito de consistencia articulada, según el cual los principios que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones deben tomar parte de una teoría que no sólo permita justificar las

¹⁷¹ Nino, ob cit. "Introducción...", pag. 434.

¹⁷² Atienza, ob cit. "Interpretación Constitucional", pag. 57.

¹⁷³ Nino, ob cit. "Introducción...", pag. 435.

otras decisiones que los jueces se propongan tomar, sino que justifique también todas las normas institucionalmente reconocidas, sea de origen legislativo o jurisprudencial.

También se ha dicho que “l(L)os jueces no pueden —o no deberían— basar sus decisiones exclusivamente, al menos en los casos difíciles, en consideraciones técnicas, sino que deben hacerlo incorporando expresamente las de índole política, sobre la creencia de que ciertos principios de la moral política son correctos o al menos preferibles a otros. Se prioriza de ese modo una concepción del derecho centrada en los derechos —de la comunidad política como tal, en nuestro caso—, más que en los reglamentos (Dworkin, 2012: 26 y ss.). En esta línea podríamos indicar que, si se admite que las decisiones políticas traspasan la dogmática jurídico penal en todos sus aspectos (Zaffaroni, 2000: 132), sería recomendable que los jueces expliciten en sus decisiones, adoptadas con el auxilio de las construcciones de los teóricos del derecho, esas definiciones políticas subyacentes a la decisión del dogmático y a la del propio juez”¹⁷⁴.

Esto al margen de las críticas que ha merecido por ilusorio, en cuanto pensar que los jueces no toman en cuenta en sus decisiones consideraciones políticas, máxime teniendo presente que el enfoque económico del derecho sostiene que todas las decisiones de ésta índole en busca de maximizar la eficiencia, hasta se entendió irrazonable se limiten a decidir sobre la base de principios.

Cierto es que las decisiones de los jueces al revolver los conflictos entre el interés o libertad individual y el interés general, en ausencia de reglas precisas, estarán influidas por su propia percepción de cómo deben ser justificadas y hasta dónde llegan las restricciones a la libertad en un sociedad democrática. Los principios constitucionales y la técnica de la ponderación no per-

¹⁷⁴ Así Ennis, José Luis, en “Alternativas interpretativas, dogmática y decisión política en torno al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos”, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 14/Nº47, 2017, edición impresa ISSN 0075-7411, electrónica ISSN 2591-6386, pag. 623.

siguen la certeza del derecho sino simplemente ayudan a justificar decisiones judiciales ad hoc¹⁷⁵.

A esta altura de las cosas, Nino entiende que mal puede exigirse que los jueces se abstengan de toda consideración acerca de las políticas sobre objetivos colectivos y que los principios a que recurren permitan justificar todas las normas del sistema, sino que las políticas deben tener en cuenta los jueces en sus decisiones deben ser necesariamente inferidas de las finalidades perseguidas por los otros poderes del Estado al dictar normas del sistema. En su entendimiento, los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan representatividad democrática¹⁷⁶.

En alusión a la tarea de los jueces, Nino explica que: “e(E)l razonamiento jurídico justificatorio de un juez se da en un plano escalonado, digamos: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente justificada de acuerdo a ciertos principios valorativos válidos y, si lo es, o lo es condicionadamente siempre que se la redirija en cierta dirección u otra; luego pasa a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está o no justificada de acuerdo a esa práctica que a su vez está justificada de acuerdo a los principios morales”¹⁷⁷.

En esta línea, Atienza considera que el fundamento último del proceso argumentativo no puede ser otro que una teoría de naturaleza moral y política, aunque no toda teoría puede ser considerada satisfactoria. La interpretación exige siempre la asunción de una determinada teoría moral, en los casos difíciles la que lleva a optar por una determinada manera de entender los valores constitucionales, los valores supremos del sistema¹⁷⁸. En estos casos siempre

¹⁷⁵ Así Aleinikoff, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, vol. 96 (1987), pag. 943/1005, entre otros, ver Ahumada Ma. Angeles, ob cit..

¹⁷⁶ Nino, ob cit., “Introducción...”, pag. 436.

¹⁷⁷ Nino, Carlos Santiago, “Derecho, moral y política”, pag. 42, <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/derecho-moral-y-politica-1/>

¹⁷⁸ Atienza, ob cit. “Interpretación Constitucional”, pag. 61.

se presupone una contraposición entre principios o valores, que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo.

También Atienza asevera que existen modos de interpretación que pueden clasificarse en cinco grandes categorías, pues lo que hace que surja una duda interpretativa es alguno de estos cinco factores (o una combinación de ellos); en el texto se ha empleado una expresión imprecisa (criterios lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto en otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo ha servir (criterios teleológicos); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Dicho esto, de todos modos, el autor aclara que la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esos criterios, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros, lo que a su vez requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.), y en el fondo, a una teoría del Derecho.

En el caso de la interpretación constitucional es una interpretación superior a las otras normas, o bien marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o de conformidad) con la constitución¹⁷⁹.

5. Ponderación

En cuanto a la argumentación constitucional, que en criterio de Atienza, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, supone una operación de ponderación, la realización de una ponderación o bien la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente. Siguiendo a este autor, el problema en-

¹⁷⁹ Atienza, *ibidem*, pag. 103, 104, 125 y 136.

tonces consiste en cómo determinar el peso de diversas razones en presencia. A su vez, aclara que no puede haber ninguna fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión¹⁸⁰.

También este autor pone claro sobre oscuro y expone que la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Las premisas de los argumentos son enunciados de principios, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización –limitada- de esquemas de adecuación, y por supuesto clasificatorios. Agrega que una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y normalmente hay uno de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. También nos enseña que no hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma, a su vez se distingue entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional¹⁸¹.

Agrega Atienza que, en los últimos años, el problema de la interpretación, y la interpretación constitucional en particular, parece estar en el centro de la teoría jurídica. Una de las razones es el carácter de supra legalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas, la interpretación constitucional es una interpretación superior a la de otras normas, marca los límites de la posibilidad de interpretación de todas las normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo –o en conformidad- con la Constitución¹⁸².

En la ponderación siempre hay razones en pugna basadas en normas que nos suministran justificaciones diferentes al momento de adoptar una decisión. Ponderar es buscar la mejor decisión cuan-

¹⁸⁰ Atienza, *íbidem*, pag. 107 y 108.

¹⁸¹ Atienza, *íbidem*, pag. 109.

¹⁸² Atienza, *ob cit.* “Interpretación Constitucional”, pag. 125.

do en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas del mismo valor. Consiste en establecer entre principios que colisionan una jerarquía axiológica móvil. La jerarquía axiológica es una relación de valor creada por el juez constitucional, mediante la interpretación constitucional, a través de un juicio comparativo.

El juicio de ponderación supone la existencia de una dimensión sustancial de la validez integrada por derechos fundamentales y Derechos Humanos que -en criterio de Gil Dominguez- tienen a priori la misma jerarquía y esto implica determinadas consecuencias normativas y simbólicas. Este autor parte de la idea que los derechos fundamentales subjetivos y colectivos poseen una misma jerarquía¹⁸³.

Los conflictos entre reglas se resuelven en la dimensión de la validez, empero la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso, y la solución a esta colisión consiste en establecer una relación de precedencia condicionada teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La ley de ponderación permite reconocer tres pasos; en el primero se define la no satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y en tercero, se establece la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro¹⁸⁴.

La colisión en ciernes no se resuelve en forma definitiva, dado que la solución solamente vale para el caso concreto. La ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas que no pueden ser resueltas mediante el uso de los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad¹⁸⁵. No es un camino infalible sino más bien un camino a ser desandado y que no tendría ningún sentido si existieran normas de segundo grado que indicasen el peso de cada principio y la forma de re-

¹⁸³ Gil Dominguez, ob cit., “Estudios...”, pag. 145, 154 y 155.

¹⁸⁴ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, editorial Palestra, Perú, 2007, pag. 457, citado por Gil Dominguez, en obra ya aludida “Estudios..”, pag. 150.

¹⁸⁵ Ruiz Sanz, Mario, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, editorial Dykinson, España, 2002, pag. 178.

solver las colisiones. La virtud de la ponderación se encuentra en estimular la interpretación¹⁸⁶.

En un Estado de derecho impera el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, entonces debe recurrirse a una fórmula constitucional para encontrar el equilibrio o una justa ponderación ante la colisión de derechos, lo desproporcionado vulnera su contenido esencial. La restricción debe ser proporcional, razonada y adecuada, sin perder de vista los principios pro homine y libertatis de los Derechos Humanos. En definitiva, en el Estado moderno vemos la interposición de la dignidad humana ante los abusos del poder, lo cual tampoco implica una relación lineal, sólo consiste en el norte y el fundamento de la existencia del Estado.

La limitación de los derechos encuentra coto en una estructura triádica de un proceso de análisis y la determinación de: el bien jurídico protegido que es limitado, el acto por acción excesiva –por acción insuficiente o por omisión que produce la intervención en el derecho-, de acuerdo con el derecho fundamental, los límites del derecho que deben ser aplicados para examinar la justificación de la intervención¹⁸⁷.

El principio de proporcionalidad, como fundamento constitucional y en sentido amplio, tiene trascendencia partiendo de la premisa que los derechos son restringibles, se agrega que los derechos garantizados por principios son necesariamente restringibles¹⁸⁸. Este principio -en tal sentido- conforma uno de los frenos de mayor relevancia a la limitación de los derechos, recién luego de superar esta compuerta puede la limitación en principio ser tenida como admisible¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Gil Dominguez, ob cit., “Estudios...”, pag. 147.

¹⁸⁷ Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 24.

¹⁸⁸ Borowski, Martín, “La estructura de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2003, pág. 128. El mismo autor, además de los derechos fundamentales de defensa, ha clasificado los restantes como de prestación y de igualdad, por otro lado.

¹⁸⁹ Clérico, ob citada, pág. 24.

Asimismo, Alexy fundamenta dicho mandato de proporcionalidad en sentido estricto a partir de la estructura de los derechos fundamentales, aunque interpretados como principios¹⁹⁰, es decir que ante una colisión de derechos ninguno pierde validez y ha de recurrirse a la ponderación. El elemento central de la ponderación es la fórmula de peso, presente de forma implícita como un sistema de inferencias de concepto de corrección. Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos: la fórmula del peso es una clase de argumento que define la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestra cómo los movimientos se relacionan entre sí¹⁹¹.

En distintos ordenamientos dicho principio puede extraerse de la Constitución misma o bien, de estar estipulado, de la estructura de principios que revisten las normas de derecho fundamental¹⁹². Se ha propuesto que tal principio se aplique bajo el formato de interdicción del exceso, lo cual implica la prohibición del uso arbitrario del poder estatal frente a los ciudadanos.

Aquél principio se compone, a su vez, de tres sub principios, el de idoneidad o mandato de adecuación técnica, el de necesidad o mandato del medio alternativo menos gravoso y el de proporcionalidad en sentido estricto¹⁹³. El primero se refiere a que la medida estatal debe favorecer la obtención de un fin legítimo del Estado, es decir debe estar avalado constitucionalmente. El segundo impone que la finalidad no pueda ser alcanzada por otro medio menos eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo afecte con una intensidad menor. Como corolario, el último exige una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, también el peso

¹⁹⁰ Alexy, Robert, "Theorie der Grundrechte", Frankfurt/München, 1994, segunda edición, pág. 100, citado por Clérico, ob mencionada, pag. 25.

¹⁹¹ Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", La Ley, 2008-F-785, citado por Gil Dominguez, "Estudios..", pag. 151.

¹⁹² Borowski, ob citada, pag. 129.

¹⁹³ Ver terminología que emplea Clérico, en ob citada, pag. 25.

de las razones que la justifican¹⁹⁴. Estos estamentos constituyen un estudio formal y su resultado no exige correspondencia con valores materiales¹⁹⁵.

Entonces, dichas reglas –del examen de proporcionalidad- luego deben ser complementadas con las reglas de la ponderación, que en el marco de un Estado de derecho recibe la orientación por pautas determinadas. Se ha dicho que la ponderación supone una relación entre dos elementos, como medio-fin, ventaja-desventaja, restricción iusfundamental- promoción del fin estatal¹⁹⁶, etc. Desde otra óptica, establece una relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos o más principios iusfundamentales en el caso concreto. No puede admitirse la vulneración, sí -por el contrario- la restricción del derecho, siempre y cuando no se afecte el contenido esencial o constitucional de derecho fundamental, aunque será el caso en particular el que determine el grado en ciernes.

¹⁹⁴ Borowski, ob citada, pág. 130 y 131.

¹⁹⁵ Clérico, ob citada, pág. 32.

¹⁹⁶ Clérico, ob citada, pág. 174.

SEGUNDA PARTE
REGULACIÓN ARGENTINA
Y DERECHO COMPARADO
LATINOAMERICANO

I.- LA ASAMBLEA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE DEL AÑO 1994

“El único modo de salvar a la democracia es tomarla como es, con espíritu realista, sin ilusionar y sin ilusionarse.”

Norberto Bobbio¹⁹⁷

Han sido expuestos anteriormente los métodos genéricos de interpretación de las normas jurídicas según la posición de la Corte Suprema a través de sus pronunciamientos. Entre ellos, el método histórico (o teleológico), en el caso que convoca, artículo 36 C.N. fue incorporado en la reforma del año 1994, en un nuevo capítulo (II) como nuevos derechos y garantías.

a) Génesis del artículo

Como cuenta la historia reciente, en la declaración firmada por los ex Presidentes Dres. Menem y Alfonsín (fecha 14/11/1993) se mencionó, entre otras finalidades, consolidar el sistema democrático, más allá que no se aclaró el posible contenido que luego ilustrara el artículo 36. En el acuerdo de comisiones del radicalismo y del justicialismo de fecha 1/12/1993, se arribó a la coincidencia de asegurar derechos políticos y garantías del orden constitucional, donde se sugiere la inclusión de un capítulo que garantice el pluralismo de la vida democrática, con un sistema de seguridades que contemplará mayorías especiales para la sanción de leyes del orden constitucional, su defensa, los derechos políticos

¹⁹⁷ En algunas obras, trata el tema de la democracia, a modo de ejemplo citamos “¿Qué socialismo?”, Barcelona, ed. Plaza & Janés, año 1986, primera edición en italiano 1976; “El futuro de la democracia”, México, ed. Fce..

y leyes electorales¹⁹⁸. Luego, en el acuerdo para la reforma de la Constitución entre ambos líderes políticos, del día 13/12/1993, se previó establecer garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional, habilitando la incorporación de nuevos artículos al segundo capítulo de la primera parte de la C.N..

Mediante ley 24.309¹⁹⁹ se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional del año 1853, ya reformada en los años 1860, 1866, 1898 y 1957. A través de dicha ley, artículo 2°, se estableció que la Convención Constituyente elegida al efecto, podía: a) modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99; b) reformar el Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional; c) incorporar dos nuevos incisos al artículo 67, un nuevo inciso al artículo 86, un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un nuevo artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional; d) sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias.

La finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita el artículo 2° se expresa en el contenido del “Núcleo de Coincidencias Básicas” que a continuación se detalla: atenuación del sistema presidencialista, a través de la creación de la figura del jefe de gabinete, a cargo de la administración general del país, entre otras tareas; reducir el mandato del presidente y vicepresidente a 4 años con una sola reelección inmediata; en coincidencia con el principio de libertad de cultos se eliminará el requisito confesional para ser presidente de la Nación; elección directa de tres senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, y la reducción de los mandatos de quienes resulten electos; elección directa por doble vuelta del presidente y vicepresidente de la Nación; la elección directa del

¹⁹⁸ Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo I, pag. 64, 65/74.

¹⁹⁹ B.O. 29/12/1993.

intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires; regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos; creación del Consejo de la Magistratura; control externo e interno de la administración pública, el sector público nacional, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, es una atribución propia del poder legislativo; establecimiento de mayorías especiales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos; sobre la intervención federal.

Posteriormente, en el artículo 3º, se habilitó también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación, a tal efecto la Convención Constituyente podía: a) modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108; b) incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional; c) sancionar las disposiciones transitorias necesarias.

En todos los casos esa habilitación para su debate por la convención constituyente está referida a lo siguiente: fortalecimiento del régimen federal, creación de regiones para el desarrollo económico social, jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales, posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al gobierno federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter, autonomía municipal, posibilidad de incorporación de la iniciativa y de la consulta popular como mecanismos de democracia semidirecta, posibilidad de establecer el acuerdo del senado para la designación de ciertos funcionarios de organismos de control y del Banco Central, excluida la Auditoría General de La Nación, actualización de las atribuciones del congreso y del poder ejecutivo nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional, establecer el defensor del pueblo, se postula el Ministerio Público como órgano extra poder, facultades del congreso respecto de pedidos

de informes, institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales, garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional, preservación del medio ambiente, por habilitación de un artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional, creación de un consejo económico y social con carácter consultivo, adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, defensa de la competencia, del usuario y del consumidor, consagración expresa del habeas corpus y del amparo, implementar la posibilidad de unificar la iniciación de todos los mandatos electivos en una misma fecha, por habilitación de una cláusula transitoria de la Constitución Nacional.

Ahora bien, el artículo 4, estipuló que la Convención Constituyente “se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate”, con la dura advertencia en el artículo 5, acerca que “serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración”.

Tampoco la Convención Constituyente podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional (artículo 7).

Dentro de la Convención Constituyente se presentaron proyectos varios en relación a la defensa del orden constitucional y del sistema democrático, formándose al respecto 53 expedientes²⁰⁰.

²⁰⁰ Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo II, pag. 797 y ss., expedientes N° 3 Cafiero A.F., N° 791 Martínez Sameck P., Cafiero J.P. y Cardesa E.G., N° 994 Elordi M., Mazzeo I. A., Del Campo C.A., Frontera R., N° 1038 Dressino A. M., Aguad O., Mestre R.B., N° 1045 Frontera R., Del Campo C.A., Mazzeo I. y Elordi M., N° 1126 Guzmán C., N° 1162 Ferreyra de las Casas, I., N° 1315 Serra J.M., Sánchez García M.V. y Piccinini A.J., N° 1399 Ponce de León R., N° 1402 Battagion R. G., Peltier T.C. y Posee G. y N° 1570 Cullen I.J.M.

La comisión de Participación Democrática (presidida por Antonio F. Cafiero) elaboró dos dictámenes por separado, número 2 y 3, en el primero se hace alusión a “La defensa del orden constitucional y del sistema democrático (ética en la función pública)” y el segundo a la “Defensa del orden constitucional y del sistema democrático”. Estos proyectos fueron admitidos, el número 2 por mayoría de 31 convencionales con dos dictámenes de minoría. A su vez, la Comisión de Redacción recepcionó los dictámenes N° 2 y 3 aludidos, los contenidos esenciales no variaron, aunque se hicieron cambios de redacción del texto del dictamen N°3, en el caso del dictamen N° 2 sí efectivamente los cambios fueron sustanciales y se eliminó contenido, así se unificaron los textos en un solo artículo²⁰¹.

Establecida la necesidad de la reforma, el núcleo de coincidencias básicas y elegidos los convencionales, se llevaron a cabo las sesiones en comisión para tratar la reforma. La inclusión del art. 36 en el capítulo II, “nuevos derechos y garantías”; tuvo lugar a raíz del dictamen en la 12° reunión, 3° sesión ordinaria, entre los días 19 y 20 de julio del año 1994, en la ciudad de Santa Fé, por voto mayoritario de los integrantes de la comisión de Participación Democrática, referido a la defensa del orden constitucional y el sistema democrático.

La comisión que debatió este tema estaba integrada por: Carlos V. Corach, Antonio M. Hernández, Juan C. Hitters, Graciela Bercoff, Carlos G. Spina, Elisa M. Carrió, María del P. Kent de Saadi, René S. Orsi, Marcelo Guinle, Adelina Dalesio de Viola, Guillermo E. Estevez Boero, Oscar R. Aguad, Claudia E. Bello, Rafael A. González, Juan P. Cafiero, Carlos Alvarez, Cristina Fernández de Kirchner, Alicia Oliveira, Eugenio R. Zaffaroni, Guillermo De

²⁰¹ Obra de la Convención Nacional Constituyente, tomo IV, pag. 4366 y ss, ver Alice L Beatriz, “Ética y Función Pública (Art. 36 último párrafo CN)”, “algunas reflexiones a diez años de la reforma constitucional de 1994”, publicado en “A una década de la Reforma Constitucional. 1994-2004”, Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, coordinadores, Ediar, Buenos Aires, 2004, pag. 22.

Sanctis, Horacio Rosatti²⁰², Ricardo R. Biazzi, Jorge Yoma, Adolfo Rodríguez Saá, Ester Schiavoni, Juan C. Maqueda²⁰³, Rodolfo C. Barra, Humberto Quiroga Lavié (votaron por la redacción tal cual luce en el art. 36); a su vez, con observación parcial la aprobaron Alberto Natale, Gabriel J. Llano, Ricardo J. G. Harvey, Fernando Saravia Toledo.

b) El debate

Sentado ello, con la finalidad de hallar el norte del convencional constituyente sobre el objeto de trabajo, abajo transcribo algunos tramos del debate donde se hizo alusión a la corrupción o enriquecimiento en la función pública, equiparamos ambos conceptos porque no todos le han dado tamiz técnico legislativo.

1. *Primera Jornada*

Cafiero (A.F): "...el despacho que obra a vuestra consideración instituye un nuevo artículo en la Constitución Nacional que hemos denominado de defensa del orden constitucional y del sistema democrático...e(E)quipara la corrupción con un delito que tiene el mismo significado que el atentado contra el sistema democrático. Determina la inhabilitación por el tiempo que las leyes fijan para quienes hayan cometido este tipo de delito e indica al Congreso que sancione una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función...s(S)eguramente alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o de defensa de la ética en contra de la corrupción no va a haber golpes de Estado ni corruptos en nuestro país. No es esa nuestra pretensión. Los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos. No tenemos preten-

²⁰² Nombrado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decreto 803/16, B.O. 23/6/2016.

²⁰³ Nombrado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decreto 2686/02, B.O. 30/12/2002.

siones utópicas sino que queremos establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de expectativas en el futuro. Por ello **hablamos de penas y de imprescriptibilidad de los delitos; por eso extendemos la pena a quienes colaboren con aquellos que ataquen el régimen constitucional o el sistema democrático...** Por último, quiero agregar que probablemente el artículo sobre ética pública no tenga precedentes en el constitucionalismo comparado, pero si queremos conservar esta forma de gobierno, uno de los males de la democracia que deberemos atacar es el de la corrupción, que es lo que un autor moderno denomina como la cleptocracia. Justamente en este mal –que se extiende por las democracias más avanzadas, por las menos avanzadas y por las más subdesarrolladas– los enemigos de la democracia encuentran el elemento en el que basar sus críticas a un sistema en el que no creen psicológica, social ni políticamente. Por esa razón, considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes del 94 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo. Por eso decidimos incluir este artículo; sabemos que **tal vez lo hicimos bordeando los límites de la ley 24.309, pero estamos convencidos de que va quedar como una conquista de esta Convención cada vez que se diga que la corrupción tiene un sentido atentatorio contra el sistema democrático, al igual que la sedición.** Estos son dos delitos de los que todos nos queremos defender, porque atentan contra el sistema democrático... voy a leer el despacho originario de la Comisión de Participación Democrática ... planteamos lo siguiente: “e(E)s condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética pública. Atenta contra el sistema democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, quedando inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las penas que la ley establezca...” (la negrita nos pertenece).

Martinez Sameck: "...Se han fijado límites para reformar la Constitución que tenemos. Se han habilitado determinados temas; por ello no me parece prudente que, justamente en un tema por el cual somos una vitrina para la sociedad civil, donde el mercado mundial barre las barreras nacionales, derruye estados, establece gobiernos, repauta las socializaciones colectivas y las identidades sociales del orbe, penetra, socava, erosiona, no prever la problemática de la ética es un rasgo de grave omisión. Por lo expuesto, considero que el texto presentado, que señala: "...que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos" es altamente insuficiente no sólo porque esta redacción está por debajo de los niveles acordados en el seno de la comisión sino porque también lo es insuficiente en el constitucionalismo comparado. La Constitución de Colombia no sólo prevé la inhabilitación de aquellos que incurran en actos de corrupción sino que también contempla la confiscación de los bienes de los funcionarios implicados... la nueva realidad que vive el mundo con los sistemas que socavan las naciones y las sociedades civiles, nos presenta el desafío de brindar respuestas políticas. Esto significa dar una clara señal a la sociedad con respecto a este gran mal que vive la sociedad contemporánea, ya que este fenómeno no se da sólo en Argentina o en América del Sur, donde las sociedades civiles son gelatinosas, segmentadas, complejas y crecientemente fragmentadas, sino que también se percibe en los países centrales. Lo estamos viendo en Estados Unidos, cuya presidencia se ve constantemente socavada y jaqueada; lo vemos en los países europeos, del sur al norte y del este al oeste. Se trata de corrimientos que han globalizado al mundo de un modo que era impensable pocos años atrás. Debemos comprender la naturaleza profunda que implica esta cláusula ética. Inclusive considero que un exceso de la Comisión de Redacción es plantear si estaba entre los temas habilitados la problemática referida al orden constitucional y –como agregamos sabiamente en la comisión– al sistema democrático. Si hablamos del sistema democrático como un valor universal no podemos referirnos únicamente a un formalismo ritual de orden constitucional...

e(E)n un mundo cuyas tres quintas partes se acuesta con hambre y cuatro quintas partes cocina a leña, las constituciones forman esa realidad invisible que sostienen las realidades morales de los pueblos. Comprender esta realidad ético-política significa brindar una herramienta al Estado para perfilar el modelo de sociedad que tenemos por delante. Con esto estamos aspirando a darle un sentido inequívoco a esta Convención. Si a un empleado público que se acoge al retiro voluntario se lo obliga a realizar una declaración jurada mediante la cual renuncia a incorporarse a cualquier cargo público de por vida en el seno del Estado, ¿cómo no vamos a contemplar a quienes tengan inhabilitación moral para constituirse como funcionarios del Estado? ...La sociedad sospecha de nosotros por razones muy complejas... lo primero que le exige a sus sectores políticos es que salgan de su estructura corporativa, que salgan de la burbuja, que tengan la valentía de acuñar redes y vasos comunicantes con esa sociedad que hoy reclama de sus funcionarios transparencia, claridad y grandeza de objetivos. Legislamos con prevenciones en función de actitudes reticentes para un limitado sector de la clase política o legislamos con una moral amplia hacia el conjunto de la sociedad entendiendo al Estado como una cuestión pública de interés de la sociedad en general...e(E)s condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética pública. Atenta contra el sistema democrático quien haya cometido delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento patrimonial, quedando inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las penas que la ley establezca...” (la negrita nos pertenece).

Etchenique: “...Todos los que estamos aquí reunidos queremos la estabilidad, la continuidad y la felicidad del sistema republicano, representativo y federal. Hay distintas perspectivas de él pero no en el sentido de que unos sean más demócratas que otros. Justamente la pretensión fastidiosa de algunos de tener un democratómetro con el que podrían medir el grado de adhesión a la causa democrática de los otros y excluirlos así de la sociedad política en caso de no alcanzar las marcas de su gusto, es profundamente antidemocrático. Ellos pretenden tener de antemano,

dogmáticamente, como por una iluminación venida de quién sabe dónde, el instrumento capaz de decidir quién es demócrata y quién no lo es. A estos señores –a los que llevan el democratómetro en el bolsillo– les quiero recordar algunas palabras de Kelsen cuando, en *Esencia y valor de la democracia*, decía que la democracia concede igual estima a la voluntad política de cada uno porque todas las opiniones y doctrinas políticas son iguales para ella, por lo cual les concede idéntica posibilidad de manifestarse y de conquistar las inteligencias y voluntades humanas en régimen de libre competencia... t(T)ambién atentará contra el sistema democrático quien cometa grave delito doloso contra el Estado, con enriquecimiento. En este último caso el autor quedará inhabilitado para ocupar cargos públicos por el tiempo que fije la ley especial. Y, por último, el Congreso sancionará una ley sobre la ética de la función pública... se encarga al Congreso una ley sobre la ética de la función pública, manifestándose así en el texto de la Constitución que quizá esta ética no existía ni existirá hasta que lo establezca la ley oficial. Veamos ahora el artículo en particular. Se comienza con una definición constitucional de golpe de Estado: acto de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Más allá de la tautología respecto del sistema democrático y el orden institucional, veamos que la ambigüedad está en la expresión, por encima de todo, del sistema democrático. Sobre la palabra “democracia” hay unanimidad. Todos los individuos, todas las naciones, todos los gobernantes son demócratas y democráticos... l(L)a norma que se pretende aprobar establece la imprescriptibilidad de las acciones penales y civiles contra los sediciosos. Esto es francamente una enormidad jurídica. De acuerdo con nuestra organización institucional y constitucional los únicos delitos imprescriptibles penalmente son los crímenes internacionales contra la humanidad contemplados en la Convención para la Prevención y Penalización de Genocidios del 9 de diciembre de 1948. Mayor enormidad, si cabe, es la de extender esa imprescriptibilidad a las acciones civiles de reparación de los daños causados por el delito, que ni siquiera se les ocurrió a los redactores del referido convenio internacional ... e(E)l despacho de mayoría se compeadece un poco de los

corruptos –a los que se refería el señor convencional Antonio Cafiero– enriquecidos a costa del Estado, que para muchos ciudadanos somos nosotros. Al fin de cuentas, parecen un poco menos peligrosos que los sediciosos; atentan contra el sistema democrático, pero no tanto. Se dice que quedarán inhabilitados por el tiempo que las leyes determinen; pueden ser indultados; se les pueden conmutar las penas y gozan de los beneficios de la prescripción de las acciones penales y civiles. Sus nietos o bisnietos, pues, no responderán por la plata mal habida, como sí en cambio les cabe a los descendientes de los sediciosos. **Con los políticos corruptos enriquecidos a costa de los dineros públicos, el despacho de mayoría adopta el criterio de Nicolás Maquiavelo, que decía: “El gastar lo ajeno no le quita fama al príncipe sino que se la da; en cambio, el prodigar lo propio le perjudica”.** Por eso, se los castiga menos. Finalmente, el despacho de mayoría aconseja que el Congreso dicte una ley sobre ética de la función pública. Me pregunto: hasta que esa ley se dicte, ¿habrá piedra libre? El país observa los trabajos de esta Convención y no los entiende muy bien. Es una Convención de cortoplacistas. Pareciera que las reformas se hacen para hablar hoy en el paraninfo y salir en los diarios de mañana, aunque luego las normas queden en el desván de las cosas olvidadas por su inaplicabilidad. La respuesta que quiere la sociedad frente al tema de la corrupción de la clase política no es establecer en una norma que aquel que cometa un grave delito doloso –aclaro que no sé lo que es un grave delito doloso– contra el Estado y se enriquezca pueda llegar a ser inhabilitado o no por quince días a causa de una ley benigna. **La sociedad tampoco quiere que al que cometa un delito doloso como puede ser un robo, es decir, un apropiamiento de cosa ajena por la fuerza, como el que podría hacer un ordenanza robándose un trapo de piso forzando la cerradura del depósito de un ministerio, se lo inhabilite.** La sociedad pide otra cosa: exige que los amigos de los gobernantes no anden ricos por la calle a costa del hambre de la gente. ¿O acaso le vamos a pedir el recibo de la coima al que le dio la coima o al que hizo una mala negociación en los asuntos del Estado?...” (la negrita nos pertenece).

Battagion: "...queríamos incluir en la Constitución cláusulas operativas que verdaderamente contribuyeran con eficacia a afianzar definitivamente las instituciones de la República...a(A) sí fue como surgió la idea de que este instituto que proponíamos, inspirado también en ese viejo juicio de residencia, pero con alcances más contemporáneos, fuera denominado juicio especial de transparencia. Esta es la idea operativa que volvemos a proponer al plenario, para que, más allá de que estén contenidas en la cláusula de defensa de las instituciones las condenas o incompatibilidades para quienes atenten contra el orden institucional, tengamos un mecanismo eficaz para poder detectar a la corrupción. Se ha dicho –y podemos coincidir en ese aspecto porque ya lo habíamos señalado muchas veces– que no basta con condenar la corrupción. La sociedad espera de nosotros que seamos capaces de diseñar mecanismos que, por fin, permitan detectarla. Quizás no haya muchas cosas más importantes que podamos resolver en esta reforma que una respuesta a este flagelo que corroe los perfiles estructurales de las instituciones de la República. Los ciudadanos ven en esta sensación de sospecha, en esta actitud de muchos funcionarios que dan a su actuación, más que transparencia, traslucidez a sus acciones, la verdadera razón de la falta de entusiasmo, de descreimiento en las instituciones de nuestro país, que cotidianamente debemos tratar de afianzar. Por eso, señor presidente, insistimos en la idea del juicio de transparencia como un mecanismo a incorporar en la Constitución a ser reglamentado por el Congreso y al que tendrán que someterse todos aquellos funcionarios que hayan administrado fondos públicos a los efectos de que quienes hayan abusado de esta responsabilidad puedan ser sometidos a una rendición de cuentas y el caso se esclarezca, que es lo que la sociedad en estos tiempos reclama. Hacemos esta propuesta sin perjuicio de mencionar expresamente que esa necesidad de rendir cuentas en mucho contribuirá a la lucha en la que todos estamos empeñados contra la corrupción. Por otra parte, en el debate que tuvo lugar en la comisión propusimos otro tema”.

Luego, refiere: “Decíamos que una forma también eficaz de contribuir al fortalecimiento de las instituciones es educar a los

jóvenes en las ideas de libertad, en los valores de la República, la moral, la ética y la democracia²⁰⁴. Esta propuesta, señor presidente, podría ser para los tiempos venideros –así como queremos proyectar la cláusula de defensa de la democracia– tanto o más eficaz que cualquier tipo de condena o de censura, que por más pasión que pongamos siempre tendrá un alcance limitado por ser meramente genérico o declarativo... estas dos propuestas podrían contenerse en el despacho de la mayoría con el agregado en el párrafo final del siguiente texto: “El Congreso dictará leyes que establezcan: la obligación de rendir cuentas de los funcionarios y mandatarios, el juicio especial de transparencia, la ética para el ejercicio de la función pública; y que garantice la educación en los valores de la libertad y la República... Pensamos que la mayoría también podría tener un gesto y acoger estas dos propuestas que nuevamente formulamos: un mecanismo operativo para combatir la corrupción y otro, de tanto o mayor valor, es decir, apostar a la educación para forjar ciudadanos que educados en los valores de la República sean el mejor reaseguro para la vigencia en el tiempo de las instituciones que queremos defender...”.

Frontera: “...Antes de referirme al tema específico de la cláusula ética sobre el que me correspondería hablar, quisiera decir unas breves palabras sobre la defensa del orden constitucional, porque aquella cláusula precisamente desemboca o es una consecuencia, como se planteó en la comisión, de la defensa del orden constitucional... (L)a comisión entendió que para defender este orden constitucional era necesario o conveniente incorporar una cláusula ética. Creemos, así como hemos enfocado este sistema

²⁰⁴ Comparto plenamente esta postura, cierto es que la prevención primaria del fenómeno no puede agotarse en el castigo de las conductas, sino recurrir a la educación e instrucción cívica con valores democráticos de los jóvenes y la población en general, como dijera Ian Kerschaw: “La ignorancia es la base del prejuicio, y la educación es fundamental para combatirla”, ver página 5, revista Identidad-guía para el educador, año 2009, Museo del Holocausto, Buenos Aires, citado por Franco M. Fiumara, en “Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención”, primera edición, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, 2016, pag. 545, en cuya obra justamente abraza la tesis de que la educación y Justicia resultan métodos pacíficos de prevención de los delitos de lesa humanidad.

de normas, que la cláusula ética más bien se refiere a la virtud republicana en el desempeño de la función pública. Es decir que cuando se habla del buen desempeño de la función pública no se hace mención a la representatividad, porque la quiebra del orden constitucional implica la quiebra de los órganos naturales de la democracia, etcétera. En cambio, el funcionario que desempeña mal sus funciones, el corrupto, está agravando a la República, porque de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, la única condición para ser admitido en un empleo o para desempeñarse como funcionario es la idoneidad. La idoneidad no es solamente capacidad, sino capacidad más valores éticos. Esto entendemos que es necesario protegerlo con una norma, pero desde el punto de vista de la virtud republicana. En ese sentido, el proyecto de mayoría que fue girado a la Comisión de Redacción fue más amplio que el que luego despachó dicha comisión, que en los dos últimos párrafos dice lo siguiente: “Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”. **Nuevamente se equivocan los términos, porque el hecho de enriquecerse ilícitamente en el ejercicio de la función pública no significa atacar al sistema democrático; es atacar a cualquier sistema. Si en el sistema monárquico hay un funcionario que roba, no creo que facilite el accionar de esa monarquía. En el sistema aristocrático sucedería lo mismo.** Es decir que el robo, el enriquecimiento ilícito, la coima, es decir, todo este espectro de “delicadezas” que existen en nuestra sociedad actual no constituye un atentado a la democracia sino al Estado, sea cual fuere su forma. El proyecto de mayoría es genérico, porque se pierde en algunas frases. El anterior proyecto era procedimental y penalista, porque establecía una serie de penas. Es amplio el proyecto de mayoría, pero peca por defecto en lo que debe tener, es decir, en un mecanismo eficaz y en un instrumento apto que persiga y termine con la corrupción en nuestro país. Eso es lo que queremos. El proyecto del MODIN que presentamos en la comisión

es más austero en normas y menos grandilocuente, pero establece: “El Congreso dictará la ley en virtud de la cual las autoridades de la Nación y los funcionarios, hasta la jerarquía que la misma determine, deberán permanecer en el país por el plazo de dos años después de terminadas sus funciones, salvo expresa autorización del Congreso, por hallarse sometidos a juicio de responsabilidad política. La ley determinará la composición y atribuciones del órgano encargado de hacer efectivo el juicio de responsabilidad política, la creación de un registro público especial y los procedimientos para verificar enriquecimiento ilícito.” Con ese proyecto nuestro bloque cree que se llega a la raíz del problema. Además, se trata de una propuesta que tuvo una buena recepción en la doctrina y fue contemplada en algunas constituciones provinciales, como las de Formosa, Catamarca y Tierra del Fuego, dado que el mecanismo es similar al ex juicio de residencia y –como dijo un convencional amigo– constituye una acción de transparencia. Este procedimiento –lo dijimos hoy– es concreto y eficaz; no es una frase ni un deseo, sino un mecanismo que se pone al servicio de la sociedad. Se trata de un cuerpo que va a fiscalizar, a juzgar y a condenar, si es que en este país, Dios mediante, podemos condenar a alguien alguna vez. Además se trata de un instituto que va a tener operatividad automática, porque comienza su actuación con la caducidad del mandato del funcionario. En este sentido, cabe señalar que tendría ciertas ventajas sobre el juicio político, porque este último es más lento y engorroso; lo cierto es que en nuestra sociedad no se ven muchos juicios políticos... e(E)n la comisión se dijo que había que darle un mensaje al pueblo; algunos convencionales dijeron que había que hacerle un guiño a la sociedad. Pero para hacer un guiño hay que cerrar un ojo mientras se mantiene abierto el otro. Diría que esto es casi una burla a la sociedad... tenemos dos caminos: cerrar los dos ojos dejando que la corrupción nos devore y que termine con las instituciones republicanas del país, o de frente a la sociedad, pero con los dos ojos bien abiertos, le decimos que desde esta Convención queremos brindarle este instituto que va a fiscalizar al funcionario, que lo va a juzgar, que le va a

pedir una rendición de cuentas de su mandato y que, si fuera posible, lo va a condenar” (la negrita nos pertenece).

Pando: “...Cuando sostengo que me encolumno en el orden estoy diciendo que respeto las autoridades constituidas; que respeto a las organizaciones y, obviamente, a las bases que les dan su origen. En la Argentina, a través de muchas décadas, hemos tenido desencuentros...este proyecto de la mayoría seguramente no tiene un diez en técnica constitucional. Pero también es cierto que mucha gente no tiene acceso a un código penal. No accede porque en las escuelas no se enseña sobre ese tema; ni en la primaria, obviamente, ni tampoco en la secundaria. Entonces son parte de esos sentimientos que no empezamos a regar desde chicos; que sembramos pero no atendemos, y es tal vez porque están lejos de la defensa de cada uno. Entonces, me pregunto: ¿qué es mejor? ¿Una técnica legislativa perfecta, o decir a nuestros adolescentes y a nuestros niños desde muy chicos qué es lo que significa el orden constitucional? En el marco de ese análisis, yo me inclino por no ser tan prolija de la técnica constitucional, y preservar el valor más importante que es, justamente, el bien protegido, el bien tipificado, que es el del progreso, el de la paz, el de la tranquilidad y, fundamentalmente, el de una Argentina que los contemple, que los recepte, y en la que todos nos sintamos abarcados... me enriquece que cuando salga de aquí pueda decirle a mis hijos qué hice por el orden constitucional y para combatir la corrupción, que es uno de los flagelos contra ese orden constitucional...”

Estevez Boero: “...es una buena señal el contenido de este primer despacho que está tratando la Constituyente: la defensa de la Constitución, la defensa de la ética y la defensa de la democracia...pensamos que es un gran avance la exigencia de la ética pública que vienen reclamando hombres y pensadores de diversos orígenes y filosofías. Pablo Ramella, ese gran constitucionalista de San Juan, casualmente en su último proyecto de reforma constitucional propuso dos leves modificaciones al Preámbulo de la Constitución de 1853: incorporar la moral pública y la cultura nacional como bienes a los cuales se debía tender a proteger. Por eso la ética pública merece defenderse y jerarquizarse... propongo

a esta Convención, en nombre de mis compañeros de bloque, el siguiente agregado: “Asimismo atenta además contra la democracia todo acto u omisión discriminatoria por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideologías, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o carácter físico...”

Nuñez: “...considero que todo acto contra el Estado es en sí grave y que en nuestra sociedad la gente no está preocupada precisamente por el empleado que se roba una resma de papel ni por el ordenanza que se roba un trapo de piso sino que está preocupadísima por los socios, hijos, entenados, ahijados y familiares de los dueños del poder que se están robando la Nación aliados con el extranjero sin que haya nadie que les ponga freno. Tenemos ahora la posibilidad única y privilegiada de ponerles freno en serio. Si queremos dejar esto para más adelante y que el Congreso evalúe la posibilidad o la conveniencia de hacer una alianza táctica o estratégica, una mescolanza de la cual nadie va a salir condenado, digámoslo claramente. Queremos, por un lado, que se acabe el pacto de impunidad para los delincuentes políticos y económicos que viene sustentando el partido único del ajuste que se está alternando en el poder. Queremos que una cláusula claramente comprensiva y represiva de todas esas conductas sea incluida en lugar de esta que peca por exceso y por defecto”.

Rosatti: “...la interrupción del sistema democrático elimina la posibilidad del enriquecimiento y el ejercicio de la tolerancia. Diría más: quita la posibilidad –y en esto recojo lo que se ha dicho por parte de la doctrina en cuanto al valor epistemológico de la democracia– de tener decisiones y preferencias debatidas, escuchadas y mejoradas sucesivamente por quienes participan en esta comunidad... El ser humano que no puede conversar sus cuestiones públicas y políticas con sus semejantes en una comunidad porque se lo ha privado del sistema democrático, puede refugiarse en su vida interior, en su “*hobby*”, en sus familias y en sus amistades; en cambio, la sociedad no tiene este tipo de refugios y ve irremisiblemente perdida la posibilidad de construir libremente sus preferencias, la de discutir cotidianamente sus valores y la posibilidad concreta de elevarse... En cuanto a la cláusula sobre la ética, considero que es

un avance. Por supuesto que podríamos ver la parte vacía del vaso, pero preferimos ver la parte que está cubierta y señalar que es un verdadero avance respecto de la situación actual. Digo esto porque entiendo –aquí ya se ha dicho– que **al sistema democrático se lo agravia tanto cuando se procura asumir los cargos públicos por mecanismos diferentes, como cuando desde el mismo sistema se incurre en actos de corrupción que violan la forma republicana de gobierno.** Todos estos motivos hacen que, con la salvedad del tiempo verbal, consideremos que el despacho tiene que ser votado tal como está redactado” (la negrita nos pertenece).

Cardinale: “...la comisión debe abocarse a las garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional. Creemos que el párrafo que establece de que constituirá traición a la Patria aquél que atente contra el sistema democrático por incurrir 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, no es de competencia de esta comisión. Consideramos que sólo el concepto forzado de vincular un atentado al sistema democrático a la conducta del funcionario que comete enriquecimiento ilícito pudo determinar que se incluirá en este artículo. Entendemos que ese tipo de conducta está perfectamente tipificada en el Código Penal y se hace redundante en la redacción de esta norma... f(F)inalmente analizaré el último agregado que se refiere a la ética pública. El artículo que se somete a votación como proyecto de la mayoría dice que el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función. Para aclarar el concepto me remití a los fundamentos de su autor, el doctor Antonio Cafiero, quien dice que el concepto de idoneidad moral que proponemos como eje de este artículo complementa y da sentido pleno a la mención en el artículo 16 de la Constitución de 1853 del requisito para acceder al cargo público. Entiendo que el fundamento que se usó para dar forma al proyecto de la mayoría tiene otro sentido. No se trata de que el Congreso sancione una ley sobre lo que es la ética pública sino de las condiciones éticas que deben requerirse a los

funcionarios públicos para el ejercicio de la función pública. Eso es lo que creo de acuerdo con la lectura de los fundamentos... es sumamente importante que una norma en tal sentido se incorpore a la Constitución Nacional, no pudiendo estar ausente ningún sector de la vida política del país. Hacemos votos para que ello suceda y desde ya predisponemos todo nuestro esfuerzo para lograr esa incorporación” (la negrita nos pertenece).

Maeder: “...insistiendo precisamente en esta consideración acerca de lo que es la violación de la Constitución desde el mismo poder, quisiera poner de manifiesto algunos ejemplos muy cercanos que no corresponden a nuestro país, pero que han acontecido en los últimos años en el ámbito sudamericano. Lo ocurrido en Paraguay constituye un ejemplo en el cual el ejercicio del poder se convirtió en una verdadera tiranía; requirió de un golpe de Estado en 1989 para reconducir al país a su cauce institucional. Se provocó una violación de la Constitución desde adentro, y fue necesario un golpe de Estado desde afuera para restaurar institucionalmente al país. No creo que nadie aquí pueda condenar ese movimiento que se oponía a un octavo período de gobierno del presidente Stroessner. En Perú –esto fue mencionado en este recinto– existió un deslizamiento autoritario del presidente en 1992, apoyado por parte de las fuerzas armadas y un considerable sector de la opinión pública. ¿Cuál fue la causal invocada? La corrupción dentro de los otros poderes del Estado y la violencia existente en el resto del país. De hecho ha sido una violación de la Constitución, provocada desde adentro y no desde afuera del poder. Voy a dar dos ejemplos más que de algún modo ponen de manifiesto cuál es el rumbo de estas realidades en estos momentos que viven los países sudamericanos. Uno de ellos es el caso del Brasil, donde en 1992 se produjo la remoción del presidente Collor de Melo por acusaciones de corrupción y de enriquecimiento, lo que produjo graves trastornos al país, a tal punto que existió la necesidad de realizar un referéndum en 1993 para preguntarle a la gente si deseaba un sistema republicano de gobierno o uno monárquico. Esta violación también ha venido desde dentro del poder. Finalmente, voy a hacer mención del caso más reciente de Venezuela, donde

dos intentos militares en 1992 pretendieron derrocar al presidente Carlos Andrés Pérez. Finalmente sofocados, determinaron luego la separación y el enjuiciamiento del presidente, con acusaciones gravísimas de corrupción y mal manejo de los recursos públicos. Hubo graves trastornos, nuevas elecciones y, en definitiva, un nuevo caso de violación de la Constitución desde adentro. En consecuencia, la preocupación que tenemos consiste en que ante el texto que se nos propone –y que tiene el propósito de aventar definitivamente cualquier aventura de tipo militar–, no se contemplen de manera suficiente realidades como las que en este momento se están presentando y frente a las cuales no necesariamente podemos estar ajenos, sino prevenidos de manera clara y taxativa... me crea un gran interrogante acerca de esta problemática que en este momento se refleja con toda claridad en varios países de América del Sur”.

2. *Segunda Jornada*

En esta oportunidad, estuvieron presentes los siguientes convencionales constituyentes: Rosatti, Horacio; Harvey, Ricardo; Del Campo, Carlos; Parente, Rodolfo; Iriarte, Luis; Díaz Araujo, Edgardo; Cardesa, Enrique; Achem, Antonio; Rubio de Mingorance, Elena; Carrió, Elisa; Torres Molina, Ramón; De Sanctis, Guillermo; Cornet, Roberto; Cafiero, Juan Pablo; García Lema, Alberto; Barcesat, Eduardo; Cardinale, Pablo; Cáceres, Luis; Auyero, Carlos; Conesa Mones Ruiz, Horacio; Maeder, Ernesto; Courel, Carlos; Cullen, Iván; Vasquez, Alejandro; Alsogaray, Alvaro; Maqueda, Juan Carlos; Saravia Toledo, Fernando; La Porta, Norberto; Bava, Pablo; Avelín, Nancy; Hernández, Antonio; Corach, Carlos y Alasino, Augusto.

Del Campo: “...Siempre se dice que la corrupción debe probarse. Pero, justamente, las dificultades que tiene el sistema republicano actual impide probarla. Se ha dicho muchas veces que la corrupción forma parte de los distintos procesos, de los distintos gobiernos y de las distintas sociedades del primer mundo y de nuestro pobre mundo, pero lo que no se puede comparar es el estado de impunidad existente en la sociedad argentina.

Por ello, sería importante avanzar no sólo con una cláusula ética como la incorporada a este artículo sino también aprovechar este plenario –que es la última instancia que tenemos– para incluir en la Constitución nuevos aspectos que hagan a las limitaciones y al cercenamiento de todas estas formas de corrupción de la dirigencia política, empresarial, militar y social en general”.

Rubeo: “...Considero que hay cosas que son prioritarias; es verdad –sin duda alguna– que la corrupción constituye un problema muy serio. Por cierto que es un problema generalizado en el mundo. Pero este artículo incluye la posibilidad de la sanción de una ley de ética pública, que tendrá que ser tan estricta, tan dura y tan seria como para condenar a aquél que realice un acto que implique atentar contra el orden constitucional por medio de la corrupción. Y no lo digo casualmente de esta manera. Lo digo porque creo que la corrupción atenta contra el orden constitucional. Pero hay formas más graves de atentar contra este orden; y ese es el objetivo que se propone esta reforma. Entonces, no podemos realizar desviaciones conceptuales. En este artículo lo fundamental es la defensa del orden constitucional... no se puede equiparar una cosa con la otra y es un grave error de concepto”.

Iriarte: “...Observo que fundamentalmente el dictamen apunta en su enfoque de la defensa del sistema democrático de los argentinos a un aspecto del proceso político que yo calificaría como el aspecto que hace a la legitimidad de origen de nuestros funcionarios y gobernantes... considero que ella no es suficiente porque se agota en ese aspecto del problema, y la defensa del orden democrático y del sistema constitucional de los argentinos hoy no pasa por el tema de los golpes de Estado. Hoy los argentinos estamos impresionados, preocupados, conmocionados, por los distintos actos de corrupción política y administrativa, por la desnaturalización del proceso político que está diseñado en la Constitución Nacional y que es de todos los argentinos; distorsión –puntualmente en determinados casos– llevada a cabo por gobiernos *de jure*... Como el convencional Del Campo, también creo que en este tema de la defensa del orden constitucional, si sancionamos una norma que sólo apunte al tema de la legitimidad de origen, proscribiendo

obviamente los golpes militares o de cualquier otro tipo, y no atendemos la corrupción en el ejercicio del poder político de los gobiernos *de jure*, que son los problemas que hoy atenacean a la sociedad argentina, estaremos incumpliendo con nuestra misión... apunto a que esta Convención debe estar presente en la mentalidad, en la preocupación y en la angustia de los argentinos de hoy. **Hoy lo que preocupa a la gente es la corrupción política, la corrupción administrativa y el mal uso que se hace del texto constitucional con fines facciosos, con fines partidarios, con la finalidad de desvirtuar el proceso político democrático que marca nuestra Constitución**” (la negrita nos pertenece).

Cornet: “...Nosotros nos preguntamos a qué tipo de ética porque en el despacho de la mayoría se la ha relegado a una expresión que dice: “El Congreso sancionará una ley sobre ética pública”. Admitimos la necesidad de apelar a ese término a pesar de que no está contemplado dentro del marco de la ley de convocatoria a esta reforma constitucional. Lo que ocurre es que fundamentalmente aquí hay un problema cultural. Sucede que últimamente los argentinos de toda condición advertimos que el atajo más corto para llegar a la fortuna parecería ser la función pública. Hemos transformado la escala de valores; hemos abandonado la Argentina en la que en una época se valoraba al hombre que cumplía la palabra empeñada y que tenía una conducta honrada y seria, que entraba y salía de la función pública con la misma situación patrimonial. Hoy existe la consagración del “vivo”, del pícaro... c(C)onsidero que los constituyentes que hemos venido a diagramar una nueva Carta Magna, a la cual vamos a dar una impronta como la que queremos que tenga el perfil de la Argentina que viene, tenemos que asumir la responsabilidad histórica que ello implica y asumir un compromiso personal y ético para decirle a la sociedad que hoy vale la pena prestigiar y recuperar el valor de la verdad, volver a valorar al hombre por lo que es y no por lo que tiene, volver a la ética que nos dieron nuestros mayores, a los valores hispano criollos, al valor –insisto– de la palabra empeñada, de la honradez y de la conducta al servicio de la función y del pueblo, y no del dirigente o funcionario que se sirve de su función para hacer

fortuna personal... nuestro pueblo sigue considerando válidos los valores que emergen del Preámbulo y de la parte dogmática de la Constitución. El pueblo sigue valorando la conducta del buen gobernante, los derechos civiles, la libertad individual, el derecho de propiedad, el de asociarse con fines útiles. Pienso que los bienes que surgen de nuestro Preámbulo y de la parte dogmática de nuestra Carta Magna siguen siendo válidos para la trama del tejido social sobre el que se asienta la sociedad argentina..." (la negrita nos pertenece).

Saravia Toledo. "...estamos frente a un proyecto de artículo que habla y apunta, como bien decía el convencional Maqueda, a la esencia de lo que es el estilo de vida democrático. Y este proyecto, señor presidente, difícilmente pueda ser no compartido acabadamente por algún argentino. Creo que la temática que contiene el proyecto en cuestión no puede ser discutida, al menos públicamente, por ningún argentino. Y también creo que este proyecto en lo general es compartido por todos los convencionales. Decía que este artículo recepta dos aspectos sustanciales del estilo de vida democrático... lamentablemente, pareciera no estar desterrada de la realidad del mundo y de la de nuestra patria: la corrupción... m(M)ientras escuchaba a los demás oradores, tomé nota de que se dijo que la sanción de esta norma era un testimonio, palabras más o menos, en la lucha contra la corrupción. Sancionar esta norma era un testimonio en esta lucha, en este empeño que, parece, tenemos todos los argentinos en desterrar este flagelo que parece indestructible, que es la corrupción sistemática, generalmene vinculada al poder. También se sugirió, con razón, que eduquemos a los jóvenes para la honestidad, que eduquemos a nuestros jóvenes, a las generaciones futuras para la formación ética. También escuché, de parte del profesor Cullen, que el contenido de este artículo nos debe llevar a la emoción de votarlo por aclamación. Haciendo jugar estos tres conceptos, temo que nos engañemos por la finalidad de la norma, por la eficacia supuesta y atribuida de esta norma y por la emoción que concluiría en la sanción correspondiente, y que todos los buenos propósitos ínsitos en el ánimo de quienes la proyectaron se vean desdibujados casualmente por circunstancias como las que

aquí describo. El hombre público da testimonio de su apego a la honestidad con la conducta cotidiana en todos los actos públicos y privados de su vida. Ese es el testimonio; es lo que dice San Pablo: algo así como que la fe sin obra es una fe muerta en sí misma. Una norma sin el consecuente comportamiento cotidiano de apego a la honestidad no da por sí sola testimonio en esta lucha contra la corrupción. Es testimonio de una sanción, pero no de una lucha contra la corrupción. Tampoco la inclusión en la Constitución de una preocupación de carácter educativo, por sí sola va a educar a los jóvenes. La educación del hombre público está dada por la virtud pública del hombre que desempeña tareas manejando los intereses de toda una nación o del Estado que sea. Eso se llama virtud pública, y es nada más y nada menos que la voluntad constante de obrar bien. La mejor docencia la haremos quienes, con nuestras responsabilidades, nos sentimos hombres públicos obrando sistemáticamente bien. Y, cuando demos testimonio con nuestros hechos, cuando demos testimonio de la virtud pública por una voluntad constante de comportarnos como corresponde, vendrá el estado emotivo suficiente para que por aclamación, en nuestra intimidad, aprobemos estas normas ya sancionadas hoy –porque así va a suceder–, pero lo hagamos en la intimidad de nuestras vidas y podamos adecuar nuestro comportamiento a lo que queremos plasmar en la Constitución... temo que un proyecto de tamaño contenido como el que tratamos pueda quedar nada más que como un texto de la nueva redacción constitucional. La experiencia legislativa provinciana me enseñó, desde luego, que las declaraciones imperativas de los funcionarios sobre su evolución patrimonial poco cuentan para impedir en muchos casos lo que aquí nos aflige, que es este modo de quebrar el orden constitucional a través de la corrupción. Ocurre que en nuestra provincia contamos con esa norma desde 1949. Antes era reservada. También vi aquí un proyecto que habla de la obligatoriedad de la declaración patrimonial de los funcionarios... d(D)ecía que en nuestra provincia en 1949 se estableció la obligación de declarar en forma secreta el estado patrimonial de los que ascendían al poder y de quienes lo dejaban. En 1988 logramos que esa declaración patrimonial

fuese pública para que cualquier ciudadano preocupado por la virtud pública pudiera acceder a los registros y ver por lo menos cómo declaran su estado patrimonial los funcionarios que se van, incluidos los legisladores y los miembros del Poder Judicial, y los que vienen. A pesar del carácter público de ese registro desde hace algunos años, no hubo un solo requerimiento por parte de quienes se dicen interesados en la virtud pública para que se conozcan las evoluciones patrimoniales de muchas personas que evidentemente aumentaron su patrimonio. De modo tal que este empeño por sancionar estas normas tan educativas me hace presumir que si no hay un comportamiento acorde con su contenido de nada valdrá todo lo que fijemos para impedir que ambos vicios de la vida institucional de nuestra República se reiteren. Uno pareciera ser que es pretérito mientras que el otro tiene tal grado de presencia que no hay político que no hable de su lucha contra la corrupción para ganar un poco más de clientela electoral. Se trata de normas con las que difícilmente un argentino pueda estar en desacuerdo. No obstante, tenemos derecho a ser escépticos sobre su eficacia si no hay un acompañamiento de la conducta de los gobernantes, de los hombres públicos y de la ciudadanía en general. Quiero terminar, para beneplácito de algún sector...con palabras de un hombre que sí trató de ser coherente –y lo fue– entre lo que decía y lo que hacía. Me refiero a Mariano Moreno, quien entre otras cosas ya en 1810, antes de que por un golpe de Estado lo sacaran del manejo de la conducción de la Revolución de Mayo a través de una pequeña jugarreta para impedir tenerlo cerca, decía don Mariano Moreno: “Es menester que el pueblo no se contente con que sus jefes obren bien. El pueblo debe aspirar a que nunca puedan obrar mal.” Concluyo con estas palabras de Mariano Moreno, que habla del pueblo, que es en definitiva el titular del poder político y que debe ser el que castigue, sancione y expulse a todas aquellas personas que contravengan fundamentalmente el contenido ético de esta norma que con la aclamación pedida por el señor convencional Cullen, si es que queda algún legislador en el recinto, podremos sancionar esta noche...”.

La Porta: “...La corrupción es uno de los grandes males que se ha instalado en la sociedad argentina, hasta el punto de generar una cultura de la corrupción. Me permito decir que no existen fronteras ideológicas para enfrentar la corrupción. Como argentinos herederos de una estirpe de hombres que alguna vez tuvieron razón para instaurar el artículo 29 de la Constitución de 1853, debemos enfrentar ese verdadero cáncer de la sociedad. Sé positivamente que no se puede establecer con la letra, pero ¡qué bueno sería si pudiéramos también escribir en la Constitución la condena al doble discurso, a la mentira política, a la hipocresía, a las formas más viles de subalternizar la política, a la demagogia! Pero a lo mejor esa tarea quedará para nuestros hijos, que quizás llegarán a la acción política en un mundo que nosotros le dejemos preparado en mejores condiciones que las que recibimos nosotros. No estoy del todo desagradado por la etapa que me toca vivir. Se está produciendo un fenómeno que no es común en la vida política de nuestro país: aun con disidencias, aun con profundas discrepancias, peronistas, radicales, socialistas y conservadores podemos hoy sentarnos sobre la base del respeto en una comunidad civilizada. Este es un paso importante en una sociedad que en su momento le tocó vivir la ley del odio, como la calificaba Joaquín V. González. Me parece muy bien que de todas esas latitudes políticas converjamos para incorporar a la Constitución principios como los que en este momento estamos dispuestos a votar, por lo menos los socialistas...tal cual lo manifestara en oportunidad de hablar anteriormente, de ratificar la plena coincidencia con el sentido de repudiar estas dos alternativas que han afectado, en un caso, la vida histórica del país, y que en el otro aún lo afecta, como es el tema de la corrupción...” (la negrita nos pertenece).

Vasquez: “...Luego, este precepto que se pretende incorporar, tipifica delitos, señor presidente. Esas son normas que deben estar en la ley penal, como lo están. El delito de sedición está en el Código Penal, también el de rebelión, el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, etcétera. No se entiende por qué razón se le pretende dar jerarquía constitucional a estos delitos. No existe razón jurídica alguna para ello, porque con esa teoría

tendríamos que incorporar a la Constitución delitos quizá mucho más graves que estos que asolan en estos momentos a nuestro país y a otras naciones del mundo y que sin embargo no tienen jerarquía constitucional ...” (la negrita nos pertenece).

Avelin: “...Tratamos de ser coherentes en honor no sólo de nuestro partido sino también de los grandes hombres que forjaron nuestra Nación, de los grandes patriotas que nos dieron la libertad y el derecho a la igualdad, como San Martín, Belgrano, Moreno –que también fue citado hace un momento–, y más cerca en el tiempo el doctor Illia, un ejemplo de austeridad y de política al servicio de los demás que se manejó con un criterio de solidaridad que lo hizo olvidar de sí mismo con tal de servir a los demás y que murió en la pobreza. Fueron verdaderos ejemplos de política generosa al servicio de los demás, de política austera y basada en el ejemplo. Porque no basta con tener la ética en una norma. **La ética es conducta, y la conducta es reiteración de actitudes virtuosas. Esa es la ética. No podemos hablar de una ética pública y de una ética privada. La ética es una sola... nuestra semilla para dar a las generaciones futuras este gran valor, este gran principio, que es la ética. Sin ética no puede haber política. Si bien la corrupción hoy se extiende por todo el mundo y, fundamentalmente, por nuestro país, debemos seguir practicando los valores y los principios éticos y republicanos**” (la negrita nos pertenece).

Díaz Araujo: “coincido en forma absoluta con todo lo que se ha expuesto aquí sobre la defensa del orden institucional y con lo que se refiere a las disposiciones vinculadas a la corrupción, que creo que para la mayoría de los que estamos aquí en este recinto y para la mayoría del pueblo argentino es uno de los flagelos más grandes que tenemos en nuestro país y que ya pasa a ser un mal estructural porque no es propio de un gobierno o de un sector sino que viene desarrollándose prácticamente a través de gran parte de la historia argentina. Es un mal tan profundo que ha hecho que nuestro país, siendo inmensamente rico en recursos naturales, sea en este momento un país pobre en gran parte de su población. Ya que se va a incluir por primera vez en la Constitución Nacional una disposición clara del problema de la corrupción,

sugiero que también se agregue, dentro de las consecuencias que tiene, el que las acciones penales sean imprescriptibles. Esta sugerencia o consulta la hago porque sé que el tema fue motivo de análisis, e incluso de propuestas que se desarrollaron allí. En ese sentido tengo un compromiso personal porque hice pública mi intención en Mendoza junto con el gobernador. Quería plantearlo aquí porque además estoy absolutamente convencido de que es una forma concreta de evitar que si los problemas de la corrupción se siguen manteniendo durante mucho tiempo, ocurra como ha pasado en sucesivos gobiernos: que cuando han iniciado las acciones penales se han encontrado con la realidad de que se hallaban prescriptas. Esta Constitución que estamos sancionando en esta Convención Constituyente tiene algunos ejes fundamentales: uno es el equilibrio de los poderes, otro el restablecimiento del federalismo y el tercero es el orden, para permitir que las instituciones funcionen normalmente y no se produzcan procesos de corrupción. El régimen respecto del ministerio público y la Auditoría General de la Nación y tantas otras instituciones que son motivo de esta reforma y que compartimos absolutamente, llevan a que este flagelo –como dijo el señor presidente de la República al hacerse cargo– sea equiparable a la traición a la Patria. Considero que tiene una magnitud suficiente para que esas acciones penales derivadas de ese tipo de hechos sean imprescriptibles...” (la negrita nos pertenece).

Harvey: “...solicitó la inserción en el debate del siguiente texto “Las acciones civil y penal emergentes de los actos de aquellos que ocupen cargos durante un gobierno de facto no pueden ser imprescriptibles”. En materia penal, la imprescriptibilidad resulta justificada en los crímenes de lesa humanidad, tales como por ejemplo lo fue el holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial. Recordar a Pellegrini. Resultaría poco feliz establecer una imprescriptibilidad de los delitos penales que resultaren de, por ejemplo, haber ocupado un cargo público en un gobierno de facto, máxime que no es así en los casos de corrupción. Pero mucho más grave resulta aplicar la imprescriptibilidad a las cuestiones civiles. Ello importa estigmatizar a la totalidad de los descendientes de

un funcionario de un gobierno de facto. Es inconcebible en un sistema jurídico moderno sostener tal posición, ya que ello atenta gravemente contra la seguridad jurídica de una sociedad y, por lo grosera que resulta la cuestión, no merece más comentarios...a(A) tentará 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”. **Sería oportuno determinar cuáles son los “graves delitos dolosos” a que se refiere tal párrafo. Y correspondería aclarar si el concepto de grave se refiere a aquellos delitos que se realicen con agravantes, para tipificar la conducta dentro de lo establecido por el párrafo citado, o sí por el contrario, no es necesario incurrir en agravantes. Conclusiones. El mejor remedio de la democracia consiste en respetar la Constitución y los poderes organizados, manteniendo la división de poderes y los principios republicanos, que son la base de la democracia argentina”** (la negrita nos pertenece).

3. Aportes de otros convencionales constituyentes

Finalizado el debate y la sanción del artículo, otros constituyentes, que no han formado parte de esta comisión, han solicitado algunas inserciones y decidieron emitir su opinión sobre la temática en formato escrito.

Alsogaray: “La incorporación al capítulo II de la primera parte de la Constitución Nacional adolece en nuestra opinión de los siguientes defectos ...la referencia al enriquecimiento doloso a expensas del Estado, es apenas un aspecto del problema mucho más general, como es el de la corrupción. Si bien este problema está sólo directamente conectado con el de la defensa de la democracia, si se hace referencia a él no puede dejar de tratarse la corrupción en general. Como concepto aislado, es razonable establecer la obligación del Congreso de sancionar una ley o código sobre ética en la función pública”.

Auyero: “Ninguna cláusula constitucional podrá poner fin por sí misma a la hipercorrupción. Pero así como los comportamientos terminan modificando a las instituciones, éstas también tienden a moldear y a condicionar la voluntad de grupos e individuos. La llamada cláusula ética expresa, o al menos es nuestro deseo, un renovado compromiso de los políticos de restablecer la confianza, a la sociedad con la política. Según las encuestas somos el grupo más sospechado de corrupción e inoperancia. No me refiero a casos resonantes de corrupción sino a un conjunto de prácticas políticas y sociales que llegan a conformar un sistema. Toda la Constitución debería ser considerada como un contrato entre los ciudadanos y entre representados y representantes, que nos obligue a relaciones de reciprocidad, de transparencia. La historia cotidiana de la corrupción en los últimos años ha puesto en evidencia que todo el sistema degenera en compartimientos inmorales e ilegales cuando no se asume a la política como práctica orientada a la construcción deliberativa y racional de consenso en torno a la esfera pública de valores. A ello no ha sido ajena la influencia neoliberal que se derramó por todo el mundo. El neoliberalismo postula que la elaboración de acuerdos en la vida pública es imposible y que llegar a tales acuerdos por la vía de la argumentación y de la deliberación racional también es imposible; bajo su influjo las decisiones colectivamente fundadas son sustituidas por el decisionismo. El gobierno de consenso por el gobierno de decreto. La verdad entendida como opinión pública por la voluntad de poder. La razón por razones de fuerza mayor o por la razón del Estado. Ninguna reforma constitucional ni en su origen ni en su contenido es ajena a los intereses estratégicos de los actores políticos. Pero la desconfianza de la sociedad civil en la sociedad política ha llegado a tal punto, en que el restablecimiento de la confianza de las instituciones políticas es además de una cuestión ética un problema estratégico. En el sentido de que nadie puede beneficiarse de los errores del adversario o de sus propios aciertos en las maniobras de poder sin descapitalizar al conjunto y sin erosionar la principal fuente de legitimidad que es la confianza entre los ciudadanos y entre éstos y los políticos.

Que esta nueva Constitución represente una profunda revisión y rectificación de intenciones, un “contrato de veridicción” independientemente del contenido de las normas. Desde esta perspectiva no ha sido casual nuestra insistencia en la crítica al artículo 5 de la ley de la reforma ¿Qué es lo que ha llevado al malestar con la política? La homologación de las formas de hacer política con las formas de hacer negocios. La reconversión de la sociedad civil en sociedad mercante. La confusión de los límites entre lo público y lo privado. La desintegración del Estado como garante territorial y funcional de la universalidad de la ley y de la igualdad ante la ley. La abdicación e inoperancia del Congreso de la Nación de su primacía en la creación de la ley y en su rol de controlador de los actos de gobierno. Entre diciembre de 1983 y julio de 1989 el gobierno dictó veinte decretos de necesidad y urgencia. Entre 1989 y 1993 se dictaron trescientos ocho; el 48 por ciento de estos últimos ni siquiera fueron reconocidos por el gobierno en su carácter de decretos de necesidad y urgencia; frente al 90 por ciento de esos trescientos ocho decretos el Congreso no reaccionó o permaneció en silencio. La pérdida de independencia del Poder Judicial. Partidos políticos que se estatizan para legitimarse a través del clientelismo y para dirimir sus propias internas (sólo se hace política desde el poder). La entronización de la racionalidad económica que lleva a la consagración de criterios mercantiles en la política. El abismo entre lo que se dice y lo que se hace, entre lo que se dijo ayer y lo que se dice hoy. La persistencia pese a las reformas económicas de un capitalismo asistido rentístico y prebendario, como lo ejemplifica un todopoderoso sector de bienes no transables que goza de cuasirentas y de mercados cautivos con una ineficiente e insuficiente regulación. Hoy la defensa del orden constitucional pasa por el “derecho a tener derechos”, es decir, el derecho inherentemente político de poder hacer valer todos los demás derechos. Como nunca es evidente que la principal amenaza a la democracia emerge de nuestra propia incoherencia e inoperancia. La decadencia moral como clase política es el principal peligro para la democracia. Y esto no se remedia exclusivamente con medidas de carácter punitivo contra quienes roban o hacen

negociados desde la función pública: está bien hay que reformar al Parlamento, a los partidos, al Estado para que sean la mediación entre la sociedad y ella misma, para que la sociedad se reconozca a sí misma como sujeto de derechos y obligaciones en condiciones de igualdad y libertad. Vencer la anomia boba de la que habla el recordado Carlos Nino en su libro “Un país al margen de la ley”.

Guerrero: “La última parte del dictamen incursiona en un tema muy vapuleado como lo es el de la ética pública. Incorporar esto al cuerpo constitucional es poner un tema mundial preocupante en un tiempo difícil y sospechado. Creo que el artículo propuesto representa un avance incalculable y podría afirmar que de vital importancia para la vida de las instituciones democráticas, y que también su alcance sólo podrá ser medido en el tiempo y por otras generaciones”.

Lludgar: “La cláusula propuesta posee, en mi sentir, un trascendente sentido institucional. Me haré cargo, en principio, de la habitual objeción presentada a este tipo de normas, en el sentido de que el orden constitucional y la vida democrática se defienden día a día, y que la pretensión de tutela de un modo de vivir y sentir no puede disponerse desde un acto normativo, esperando que ello garantice su cumplimiento. Así, sostendré en primer término el carácter histórico de la propuesta, y en este sentido la experiencia argentina frente al militarismo y los quiebres del orden institucional ha sido suficientemente sedimentada como para poder plasmar esa referencia en el catálogo de situaciones que el pueblo argentino rechaza. En el convencimiento de que tal hecho es consenso unánime en nuestra sociedad, el principio de “fundamentalidad”, que surge de la ciencia constitucional, indica que se deben capturar los lineamientos básicos de esa experiencia para así plasmarla en la Constitución, sentando de este modo en forma indubitable aquello que el pueblo quiere en la materia y lo que rechaza, en modo absoluto. Esto no es novedad. Desde la pluma poética de Juan María Gutiérrez se perpetuó en nuestra Carta Fundamental la experiencia histórica vivida durante el gobierno de Rosas en el artículo 29 de la Constitución Nacional... h(H)oy la realidad de nuestra sociedad nos obliga a completar aquella declamación,

indicando con claridad qué significan atentado contra el orden constitucional y contra la vida democrática. En este aspecto, es justo recurrir a quienes debidamente y con alta... se ha trabajado con absoluta conciencia de que a la democracia se la defiende día a día, pero además en el convencimiento de que cada país debe rescatar su historia y prevenir la repetición de sus errores pasados. Por ello, la norma propuesta no será una alegación vacía de contenido, sino una exhortación a la ciudadanía y a los poderes públicos a no claudicar y a seguir en la senda democrática, toda vez que en la Argentina de la consolidación democrática el pueblo tiene memoria, lo hace saber e instruye a los poderes públicos en su consecuencia”.

Quiroga Lavié: “...vengo a efectuar la siguiente interpretación sobre el despacho de mayoría que he suscripto, frente a las aseveraciones que aquí se han hecho por parte de bloques que hemos disentido con el mismo: 1. Se ha sostenido la insuficiencia de la regla según la cual “e(E)l Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”, prefiriendo la regla aprobada por la Comisión especializada según la cual “es condición esencial para el desempeño de los cargos públicos la observancia de la ética pública”. Se podrá sostener que el cambio efectuado por la Comisión de Redacción ha convertido una norma operativa por otra programática. Para nosotros todas las normas de la Constitución, incluso las programáticas, tienen un núcleo de operatividad, porque de lo contrario no serían derecho (Kelsen, García de Enterría, y doctrina europea de los Tribunales Constitucionales de España y Alemania sobre la centralidad constitucional). En cambio, cuando la Constitución manda al Congreso a dictar una ley sobre ética pública, lo que está haciendo es compulsar al Congreso para que establezca modalidades concretas para definir cuáles deben ser las condiciones éticas que deben cumplir los funcionarios para poder ejercer funciones públicas; por no haberlo exigido la Constitución con la idoneidad en el art. 16, dicha exigencia no ha sido sino un buen deseo sin cumplimiento efectivo alguno. Cuando el Congreso reglamente la exigencia de ética para el ejercicio de la función

pública, habrá reglamentado también la idoneidad en beneficio claro del sistema republicano”.

c) Algunas consideraciones

De este estudio de la Convencional Constituyente del año 1994, puedo afirmar que no estuvo previsto en el seno de la comisión donde se debatió la inclusión del art. 36 a la Carta Magna, ni en el pleno de la Convencional, declarar imprescriptibles los delitos de grave de enriquecimiento contra el Estado. Eso sí, ha quedado claro que los hechos de corrupción afectan el sistema democrático y de ahora en más la Constitución Nacional protege este bien jurídico, en el mismo artículo donde se castigan los actos de fuerza y la usurpación de funciones de las autoridades nacionales y provinciales.

Ninguno de los proyectos presentados estipuló la imprescriptibilidad de la acción penal en los hechos de corrupción; con la salvedad del Convencional Díaz Araujo (provincia de Mendoza), que si bien no presentó un proyecto del estilo, expresamente así lo entendió viable al decir: “...y(Y)a que se va a incluir por primera vez en la Constitución Nacional una disposición clara del problema de la corrupción, sugiero que también se agregue, dentro de las consecuencias que tiene, el que las acciones penales sean imprescriptibles...estoy absolutamente convencido de que es una forma concreta de evitar que si los problemas de la corrupción se siguen manteniendo durante mucho tiempo, ocurra como ha pasado en sucesivos gobiernos: que cuando han iniciado las acciones penales se han encontrado con la realidad de que se hallaban prescriptas... este flagelo ...equiparable a la traición a la Patria. Considero que tiene una magnitud suficiente para que esas acciones penales derivadas de ese tipo de hechos sean imprescriptibles...”.

Esta intencionalidad de los Convencionales Constituyentes en materia de prescripción de la acción penal, de distinguir los primeros dos atentados del artículo 36 C.N. respecto del tercero vinculado a los hechos de corrupción, encuentra una asidero en

los legisladores que presentaron distintos proyectos para declarar la imprescriptibilidad en estos casos; de interpretar que la Constitución Nacional así lo preveía no hubieran tenido tales iniciativas. En aquellos proyectos, se promovió la modificación de los artículos del Código Penal que tratan la prescripción.

Recordemos lo expuesto por el Convencional Constituyente Etchenique, en cuanto: "...e(E)l despacho de mayoría se com-padece un poco de los corruptos –a los que se refería el señor convencional Antonio Cafiero– enriquecidos a costa del Estado, que para muchos ciudadanos somos nosotros. Al fin de cuentas, parecen un poco menos peligrosos que los sediciosos; atentan contra el sistema democrático, pero no tanto...c(C)on los políticos corruptos enriquecidos a costa de los dineros públicos, el despacho de mayoría adopta el criterio de Nicolás Maquiavelo, que decía: "e(E)l gastar lo ajeno no le quita fama al príncipe sino que se la da; en cambio, el prodigar lo propio le perjudica".

Con esta transcripción queda más que claro que el tema de la corrupción no ha tenido la atención que merecía.

d) Proyectos de ley

En los últimos diez años (período 2010-2020), con la aclaración que en muchos casos se trata de presentaciones de proyectos antes introducidos y que habían perdido estado parlamentario, buscaban declarar legislativamente la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, así tramitaron los siguientes²⁰⁵:

- Iniciado en diputados, expediente 0370-d-2020, publicado en: trámite parlamentario n° 5 fecha: 06/03/2020, Código Penal de la Nación. Incorporación de los artículos 62 bis y 65 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 0345-d-2020, publicado en: trámite parlamentario n° 5 fecha: 06/03/2020, Código

²⁰⁵ Se han ordenado desde los más actuales, pues algunos tienen aún estado legislativo para su debate.

Penal de la Nación. Modificación del artículo 67, sobre plazo de la prescripción de la acción penal.

- Iniciado en diputados, expediente 1975-d-2019, publicado en: trámite parlamentario n° 45 fecha: 24/04/2019, Código Penal. Modificación del artículo 62, sobre imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos contra la administración pública.
- Iniciado en diputados, expediente 7346-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 169 fecha: 23/11/2018, Código Penal. Modificación de los artículos 61 y 62 e incorporación del 62 bis, sobre delito de corrupción, amnistía e imprescriptibilidad del mismo.
- Iniciado en diputados, expediente 6713-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 150 fecha: 26/10/2018, Código Penal de la Nación. Incorporación de los artículos 62 bis y 65 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 5336-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 110 fecha: 30/08/2018, imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 1931-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 27 fecha: 12/04/2018, Código Penal. Incorporación al título X de la “extinción de acciones y las penas”, del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la pena derivada delitos contra la administración pública (reproducción del expediente 1690-d-16).
- Iniciado en senado, expediente 1055-s-2018 publicado en: diario de asuntos entrados n° 52 fecha: 12/04/2018, modificación del Código penal, respecto de establecer la imprescriptibilidad de delitos cometidos por magistrados, funcionarios y empleados públicos.
- Iniciado en diputados, expediente 0930-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 10 fecha: 15/03/2018, Código Penal. modificaciones, sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.

- Iniciado en diputados, expediente 0478-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 4 fecha: 07/03/2018, prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas. Código penal. modificaciones con respecto a la imprescriptibilidad de la acción penal, en los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 0474-d-2018, publicado en: trámite parlamentario n° 4 fecha: 07/03/2018, Código Penal, modificaciones sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.
- Iniciado en: diputados expediente 4398-d-2017, publicado en: trámite parlamentario n° 107 fecha: 18/08/2017, Código Penal, modificación del artículo 62, sobre prescripción de la acción penal.
- Iniciado en diputados, expediente 0969-d-2017, publicado en: trámite parlamentario n° 15 fecha: 22/03/2017, Código Penal: incorporación como inciso 6°, del artículo 62, la imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos contra la administración pública.
- Iniciado en diputados, expediente 0399-d-2017, publicado en: trámite parlamentario n° 4 fecha: 07/03/2017, Código Penal. modificaciones sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (reproducción del expediente 5948-d-15).
- Iniciado en senado, expediente 3309-s-2016, publicado en: diario de asuntos entrados n° 165 fecha: 30/08/2016, modificación del artículo 62 del Código Penal, respecto de establecer la imprescriptibilidad de delitos cometidos por magistrados, funcionarios y empleados públicos.
- Iniciado en senado, expediente 1156-s-2016, publicado en: diario de asuntos entrados n° 57 fecha: 18/04/2016, incorporación del artículo 62 bis al Código Penal, acerca de la imprescriptibilidad de la acción de los delitos cometidos en fraude a la administración pública.
- Iniciado en diputados, expediente 1690-d-2016, publicado en: trámite parlamentario n° 31 fecha: 14/04/2016, Código Penal. Incorporación al título X de la “extinción de acciones

- y las penas”, del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la pena derivada delitos contra la administración pública.
- Iniciado en senado, expediente 0783-s-2016, publicado en: diario de asuntos entrados n° 36 fecha: 29/03/2016, implementación de la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.
 - Iniciado en diputados, expediente 0361-d-2016, publicado en: trámite parlamentario n° 4 fecha: 04/03/2016, prohibición de indultos, amnistías y conmutación de penas. Código Penal: modificaciones respecto a la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción; incorporación de los artículos 62 bis y 62 ter y modificación del artículo 67 del Código Penal.
 - Iniciado en diputados, expediente 0285-d-2016, publicado en: trámite parlamentario n° 4 fecha: 04/03/2016, Código Penal, modificaciones, sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.
 - Iniciado en diputados, expediente 6162-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 161 fecha: 30/11/2015, Código Penal. Incorporación del artículo 70 bis, al título X “extinción de las acciones y de penas”, sobre imprescriptibilidad de la acción penal y las penas derivadas de los delitos contra la administración pública.
 - Iniciado en diputados, expediente 6153-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 160 fecha: 26/11/2015, Código Penal, modificaciones sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la administración, los de cohecho, tráfico de influencia y de corrupción.
 - Iniciado en diputados, expediente 5948-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 154 fecha: 13/11/2015, Código Penal, modificaciones sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
 - Iniciado en diputados, expediente 5700-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 145 fecha: 22/10/2015, Código Penal. Modificación del artículo 62, sobre prescripción de la pena y excepciones a la misma.

- Iniciado en diputados, expediente 5417-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 136 fecha: 06/10/2015, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (reproducción del expediente 3026-d-13).
- Iniciado en diputados, expediente 3611-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 78 fecha: 26/06/2015, Código Penal. Incorporación al título X “extinción de las acciones y las penas” el artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la acción penal derivada de los delitos contra la administración pública.
- Iniciado en diputados, expediente 2150-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 35 fecha: 23/04/2015, imprescriptibilidad de las acciones tendientes a perseguir los actos ilícitos de corrupción en ejercicio de funciones públicas (reproducción del expediente 5582-d-13).
- Iniciado en diputados, expediente 2016-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 33 fecha: 21/04/2015, Código Penal. Incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (reproducción del expediente 7900-d-13).
- Iniciado en diputados, expediente 2016-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 33 fecha: 21/04/2015, Código Penal. Incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. (reproducción del expediente 7900-d-13).
- Iniciado en diputados, expediente 0159-d-2015, publicado en: trámite parlamentario n° 2 fecha: 03/03/2015, Código Penal: incorporación como inciso 6°), del artículo 62, la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de los delitos previstos en el libro segundo, título XI “delitos contra la administración pública”.
- Iniciado en senado, expediente 2576-s-2014, publicado en: diario de asuntos entrados n° 130 fecha: 20/08/2014, incorporación del artículo 62 bis al Código Penal, acerca de

la imprescriptibilidad de la acción de los delitos cometidos en fraude a la administración pública.

- Iniciado en diputados, expediente 5326-d-2014, publicado en: trámite parlamentario n° 81 fecha: 07/07/2014, Código Penal, modificaciones, sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos contra la administración, los de cohecho, tráfico de influencia y de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 4461-d-2014, publicado en: trámite parlamentario n° 61 fecha: 06/06/2014, Código Penal: incorporación del artículo 70 bis, sobre imprescriptibilidad de la acción penal y las penas en los delitos contra la administración pública.
- Iniciado en senado, expediente 1633-s-2014, publicado en: diario de asuntos entrados n° 80 fecha: 29/05/2014, Código Penal: modificación incorporando el artículo 62 bis (imprescriptibilidad de la acción de los delitos cometidos en fraude a la administración pública).
- Iniciado en diputados, expediente 3600-d-2014, publicado en: trámite parlamentario n° 45 fecha: 15/05/2014, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la acción penal ante la comisión de delitos contra la administración pública.
- Iniciado en senado, expediente 1001-s-2014, publicado en: diario de asuntos entrados n° 50 fecha: 16/04/2014, imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 1275-d-2014, publicado en: trámite parlamentario n° 14 fecha: 25/03/2014, Código Penal. Modificaciones, sobre imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 7900-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 185 fecha: 06/12/2013, Código Penal. Incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 7900-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 185 fecha: 06/12/2013,

Código Penal. Incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

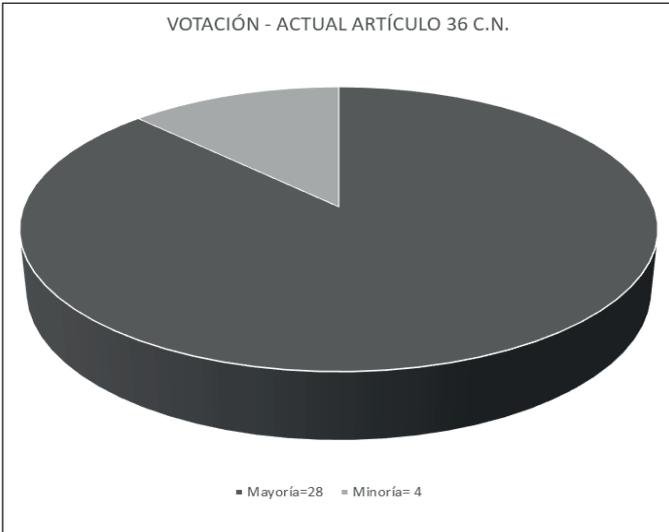
- Iniciado en diputados, expediente 5582-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 103 fecha: 02/08/2013, imprescriptibilidad de las acciones tendientes a perseguir los actos ilícitos de corrupción en ejercicio de funciones públicas.
- Iniciado en diputados, expediente 3026-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 48 fecha: 14/05/2013, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 2518-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 37 fecha: 26/04/2013, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis sobre imprescriptibilidad de la acción penal para delitos de fraude contra la administración pública, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y prevaricato.
- Iniciado en diputados, expediente 1456-d-2013, publicado en: trámite parlamentario n° 18 fecha: 26/03/2013, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.
- Iniciado en diputados, expediente 8473-d-2012, publicado en: trámite parlamentario n° 180 fecha: 07/12/2012, Código Penal: incorporación como inciso 6°, del artículo 62, la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de los delitos previstos en el libro segundo, título XI “delitos contra la administración pública”.
- Iniciado en diputados, expediente 8355-d-2012, publicado en: trámite parlamentario n° 176 fecha: 29/11/2012, Código Penal: incorporación del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la acción penal para delitos de fraude contra la administración pública, cohecho y tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociacio-

nes incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y prevaricato.

- Iniciado en diputados, expediente 6389-d-2012, publicado en: trámite parlamentario n° 121 fecha: 11/09/2012, Código Penal. Incorporación de los artículos 62 bis, 62 ter y 62 quater, sobre imprescriptibilidad de los delitos cometidos por representantes de los poderes del estado y funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, que atenten contra el patrimonio público, los bienes de la Nación y causen grave daño económico.
- Iniciado en senado, expediente 1109-s-2012, publicado en: diario de asuntos entrados n° 71 fecha: 02/05/2012, incorporación del artículo 62 bis al Código Penal, acerca de la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos cometidos en fraude a la administración pública.
- Iniciado en senado, expediente 2608-s-2010, publicado en: diario de asuntos entrados n° 119 fecha: 11/08/2010, modificación del Código Penal: incorporación de artículo 62 bis (casos de imprescriptibilidad de la acción penal iniciada dentro del plazo legal).
- Iniciado en diputados, expediente 2152-d-2010, publicado en: trámite parlamentario n° 33 fecha: 14/04/2010, incorporación de artículo 62 bis al Código Penal, sobre imprescriptibilidad de la acción penal para aquellos delitos graves que afecten a toda la sociedad.
- Iniciado en diputados, expediente 1699-d-2010, publicado en: trámite parlamentario n° 27 fecha: 06/04/2010, modificación del Código Penal; incorporación al título X del artículo 62 bis, sobre imprescriptibilidad de la acción penal iniciada dentro del plazo legal en caso delitos en fraude a la administración pública y los delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI (delitos contra la administración pública).

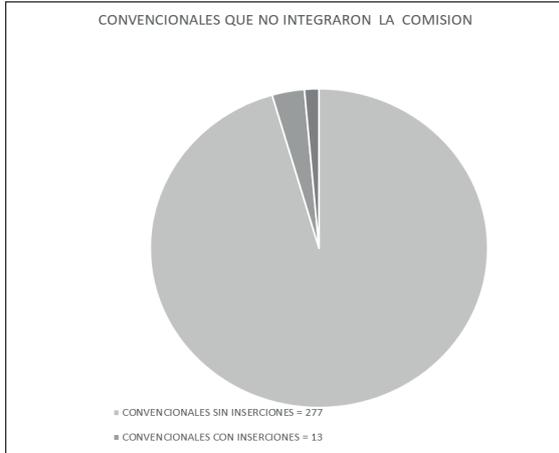
e) Gráficos

1. Asamblea Convencional Constituyente año 1994 - comisión de participación democrática, en particular “defensa del orden constitucional y el sistema democrático”

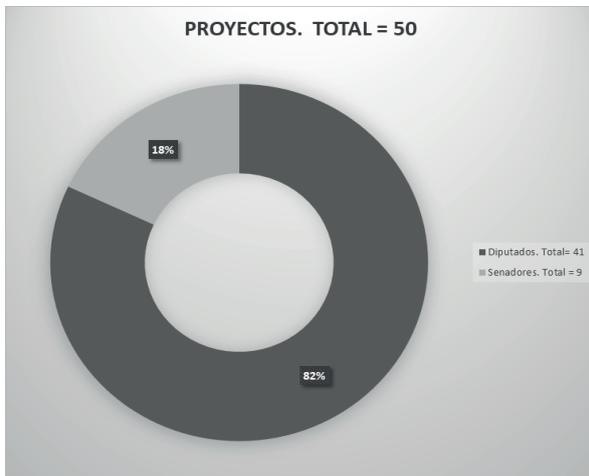


Aclaración: la minoría (4 votos) se presentó como observación parcial. Solo un Convencional Constituyente (Díaz Araujo) se expidió sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

2. Convencionales que no integraron la comisión “defensa del orden constitucional y el sistema democrático”, pero dieron cuenta de la corrupción como un tema problemático.



3. Cámara de inicio de proyectos para declarar los delitos de corrupción imprescriptibles por ley, período 2010-2020.



IV.- DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

a) Introducción

El Estado argentino ha suscripto y ratificado dos tratados contra la corrupción; la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)²⁰⁶ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)²⁰⁷, así como otro que indirectamente incluye el tema de la corrupción, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional²⁰⁸.

Debe aclararse que, si bien los instrumentos internacionales citados tienen jerarquía superior a las leyes internas (art. 75 inc. 22 primer párrafo de la C.N.), ninguno posee jerarquía constitucional derivada, a pesar de haberse presentado varios proyectos de ley con ese objeto²⁰⁹.

b) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

Adoptada en la Conferencia Especializada celebrada en Caracas, Venezuela, luego sería incorporada al derecho interno mediante ley 24.759²¹⁰, se trata del primer antecedente de instrumento internacional integral de lucha contra la corrupción que abarca

²⁰⁶ Texto conforme Ley 24.759, B.O. 17-1-1997.

²⁰⁷ Texto conforme Ley 26.097, B.O. 9-6-2006.

²⁰⁸ Texto conforme Ley 25.632, B.O. 30-8-2002.

²⁰⁹ Entre ellos, los proyectos S-975/16 de la Senadora Elías de Pérez y S- 315/14 del Senador Basualdo, tal cual hemos analizado el tema.

²¹⁰ B.O. 17-1-1997.

tanto la prevención y punición de hechos, como la cooperación y asistencia técnica entre los Estados.

Establece, en resumidas cuentas y en cuanto al campo de aplicación, lo siguiente:

“Artículo VI Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y
- e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.”

En el artículo siguiente establece la obligación de los Estados Parte de adecuar sus tipos penales internos a lo establecido en el art. VI:

“Artículo VII Legislación interna

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.”

El art. VI es una fuente normativa indispensable al momento de otorgarle un contenido exacto a la noción “delitos de corrupción”. Si bien sus disposiciones no pueden tomarse como tipos penales, sí son pautas obligatorias que el Estado argentino debe tener en cuenta al momento de tipificar las conductas que impliquen actos de corrupción (tal obligación surge del art. VII).

Los países miembros estaban convencidos que “...la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”; y consideraron que “...la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio...”.

Adviértase que, en la Segunda Ronda de Análisis de la CICC (Washington DC, 2006), el Comité de Expertos del Mecanismo De Seguimiento De La Implementación De La Convención Interamericana Contra La Corrupción (MESICIC) catalogó las disposiciones penales de la Argentina que se adecuaban a lo dispuesto por los distintos párrafos del art. VI.1²¹¹;

²¹¹ Disponible en, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_arg.pdf, punto 3.

Párrafo a):

- El artículo 256 del Código Penal, modificado por el artículo 31 de la Ley 25.188²¹² (Cohecho Pasivo)
- El artículo 257 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 25.188 (Cohecho del Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público).
- El artículo 266 del Código Penal, modificado por el artículo 33 de la Ley 25.188. (Exacciones Ilegales).
- El artículo 267 del Código Penal. (Exacción Agravada por los Medios).
- El artículo 268 del Código Penal. (Concusión).
- El artículo 259 del Código Penal. (Admisión Simple de Dádivas).
- Párrafo b):
- El artículo 258 del Código Penal. (Cohecho Activo)
- Párrafo c):
- El artículo 174, inciso 5, del Código Penal. (Fraude en Perjuicio de la Administración Pública)
- El artículo 173, inciso 7, del Código Penal. (Administración Infiel).
- El artículo 265 del Código Penal. (Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas)
- Párrafo d):
- El artículo 277 del Código Penal, modificado por las leyes 25.246 y 26.087. (Encubrimiento)
- Párrafo e):
- El artículo 45 del Código Penal. (Participación Criminal)
- El artículo 46 del Código Penal. (Complicidad Secundaria)
- Los artículos 277 y 278 del Código Penal
- El artículo 210 del Código Penal. (Asociación Ilícita)
- El artículo 29 bis de la Ley 23.737 de Estupefacientes y Psicotrópicos

A este listado deben agregarse los arts. VIII y XI de la CCIC – y sus correlativos del Código Penal –, que establecen la obligación

²¹² B.O. 1/11/1999.

de tipificar los delitos de soborno transnacional (art. 258 bis del C.P.) y enriquecimiento ilícito (art. 268 del C.P.). Además, ambos artículos aclaran que dichos delitos serán considerados un acto de corrupción.

Tal como surge del inciso segundo del art. VI, la enumeración que se hace en sus párrafos de los distintos actos de corrupción no es taxativa y permite ser ampliada. Por lo tanto, numerosos tipos penales que caben en el concepto genérico de corrupción antes dado, y que no son tenidos en cuenta por el art. VI.1, pueden ingresar por la vía del acuerdo entre Estados (por ej., tráfico de influencias, peculado, malversación de fondos públicos, etc.) a los efectos de aplicar los distintos mecanismos de cooperación procesal penal que la Convención prevé.

Por otro lado, la Organización de Estados Americanos, a través de una misión especial que arribó al país, realizó la revisión anual del proceso argentino en materia de combate contra los delitos de corrupción en el Estado. Puso el foco en los tres poderes del Estado, además en la necesidad de dar mayor transparencia a la contratación de funcionarios públicos, el proceso de adquisición de bienes y servicios del Estado; los sistemas para proteger a los funcionarios que denuncien actos de corrupción; la actualización de normas éticas y el ordenamiento jurídico interno del país. En particular, en alusión a la Oficina Anticorrupción, le reclamó al Estado la necesidad de “recabar mayor información sobre el personal de las entidades públicas del Poder Ejecutivo y un análisis sobre los resultados obtenidos en los últimos cinco años en cuanto al marco jurídico, programas, instancias competentes y uso de tecnología para desarrollar una tarea profunda de lucha contra la corrupción”²¹³.

Más allá de estas observaciones, se elogió las medidas adoptadas como la aprobación de la ley de acceso a la información pública y los decretos de datos abiertos.

²¹³ Misión del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC); así ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/recibimos-la-visita-de-mision-de-la-oea>, <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-pais.html?c=Argentina>

c) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)

Esta Convención, a diferencia de la anterior, es más rigurosa en este aspecto, dedicando el Capítulo III “Penalización y aplicación de la ley” a describir los distintos tipos penales que quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Convención y, por lo tanto, en el concepto de acto de corrupción.

El listado se integra con los siguientes artículos:

- Artículo 15. Soborno de funcionarios públicos nacionales
- Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas
- Artículo 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público
- Artículo 18. Tráfico de influencias
- Artículo 19. Abuso de funciones
- Artículo 20. Enriquecimiento ilícito
- Artículo 21. Soborno en el sector privado
- Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado
- Artículo 23. Blanqueo del producto del delito
- Artículo 24. Encubrimiento
- Artículo 25. Obstrucción de la justicia
- Artículo 27. Participación y tentativa

Cabe destacar que, a diferencia de la CCIC, la Convención de la ONU no contiene una norma que imponga la obligación de tipificar las conductas corruptas. Inclusive de la redacción de su articulado (“...cada Estado Parte *considerará* la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito...” (la cursiva nos pertenece), puede concluirse que resulta facultativo. Ello no obsta a que sus disposiciones sean una fuente hermenéutica indispensable.

La mayoría de estos artículos (15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 y 24) encuentran su correlativo en el Código Penal, más específicamente en los Capítulos VI: “Cohecho y Tráfico de Influencias”,

VII: “Malversación de Caudales Públicos”, VIII “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, IX: “Exacciones Ilegales”, IX bis: “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”, XIII: “Encubrimiento” del Título IX y los arts. 174 inc. 5 (fraude en perjuicio de la administración pública) y 303 (lavado de activos). A su vez, el art. 27 se encuentra legislado en distintas normas del Libro Primero, relativo a la parte general del derecho penal. Por su parte, el art. 22 “Malversación o peculado de bienes en el sector privado” se refiere a conductas que hacen a la corrupción privada y que podrían encuadrarse en el tipo del art. 173 inc. 7 del C.P. (administración infiel).

Distinto en el caso de los arts. 21 y 25 de la Convención. Con relación al art. 21, establece un tipo de corrupción privada, es decir, el soborno en el sector privado, que no se encuentra tipificado en el derecho argentino. Y, el art. 25 “Obstrucción a la justicia” describe conductas que pueden encuadrar en algunos tipos penales de nuestra legislación interna (arts. 237 y 276 del C.P.), pero que no necesariamente son actos de corrupción, sino que ello depende de que se presente el supuesto previsto en la norma convencional: que sean realizados con el propósito de obstruir la investigación judicial de un delito de corrupción.²¹⁴

Cabe destacar que los Estados exhibieron su preocupación -entre otros puntos- por “...la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de

²¹⁴ “Artículo 25. Obstrucción de la justicia, Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención; b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos”.

la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; ello con la finalidad de: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

d) Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Según el prefacio, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional “...demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los Derechos Humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas”²¹⁵.

Además de las convenciones específicas sobre la materia, este instrumento que se presenta en íntima vinculación con la corrupción, aprobado por ley 25.632²¹⁶ y en su artículo 8vo penaliza la corrupción e impone en este sentido, lo siguiente: “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la

²¹⁵ <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

²¹⁶ B.O. 30-8-2002.

concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción. 3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo. 4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función”.

Es decir, no se concibe que el crimen organizado opere en uno o más países sin intervención activa o pasiva de funcionarios públicos, la inclusión del tema de la corrupción en este instrumento deja en claro que la corrupción no solo se refiere al enriquecimiento ilegal de funcionarios sino la posible connivencia con la delincuencia organizada. En mi entendimiento la permeabilidad de los controles estatales, por decirlo de alguna manera, es un estímulo para el desarrollo de esta clase de delincuencia organizada y transnacional.

e) Responsabilidad internacional

Claro que todos los compromisos asumidos por el Estado acarrearán responsabilidad internacional, a modo de ejemplo puede citarse que Argentina reconoció su responsabilidad en sendos casos -sobre otras temáticas- sometidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹⁷. Allí se dijo que el principio según el cual los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios —”*effet utile*” o efecto útil—, en el plano de sus respectivos derechos internos, se aplica no sólo con relación a las normas sustantivas de los tratados de Derechos Humanos, sino también con relación a las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana. A su vez, la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corresponde a un principio básico sobre responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, en el sentido que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe —”*pacta sunt servanda*”²¹⁸— y, como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, de 1969 (Adla, XXXII-D, 6412)²¹⁹, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

Cabe destacar que, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana, en cuanto al art. 1.1²²⁰ de la Convención, resulta “... ”

²¹⁷ Conocido como “Bulacio”, fecha 17/11/2004, La Ley on line, AR/JUR/7371/2004. Véase también el fallo en el mismo caso por la Corte Interamericana D.D.H.H. con fecha 18/9/2003, también mencionado como caso “Espósito”; en el mismo orden “Bueno Alves c. Argentina”, fecha 11/5/2007; fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 327:5668 y 334:1504.

²¹⁸ “Los pactos deben ser cumplidos”, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 115.

²¹⁹ Ley 19.865 (B.O. 11/1/1973).

²²⁰ Reza así: “Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

fundamental para determinar si una violación de los Derechos Humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los Derechos Humanos reconocidos por la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”²²¹.

f) Otros pronunciamientos

La Resolución de la Asamblea General 45/207, del 14 de diciembre de 1990 y su Anexo “Recomendaciones sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia en el contexto del desarrollo” y algunos otros antecedentes más antiguos, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Ofensores, llevada a cabo en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990²²², se focalizó sobre la “corrupción en el gobierno”. Allí se notó que “los problemas de la corrupción en la administración pública son universales y que, aunque tienen efectos perjudiciales particularmente en naciones con economías vulnerables, estos efectos son sentidos en todo el mundo”. Se tuvo que la convicción de que “las actividades de los funcionarios públicos pueden destrozarse la efectividad potencial de todo tipo de programas gubernamentales, dificultar el desarrollo y victimizar a individuos y grupos”; se reconoció que “la corrupción da lugar a la injusticia y es incompatible con el principio de que la justicia debe ser ad-

jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²²¹ Caso “Velásquez Rodríguez”, fecha 29/7/1988, numeral 164, ídem caso “Godínez Cruz”, fecha 20/1/1989, numeral 173.

²²² A/Conf.144/28/Rev.1.

ministrada con equidad y rectitud” y se afirmó “la necesidad de política concernientes a la corrupción que deberían abarcar [...] especiales medidas legales, investigativas y administrativas”. Por último, se exhibió la preocupación “por el vínculo entre corrupción y otras formas de crimen económico, crimen organizado y tráfico de drogas, incluido el lavado de dinero”.

En el mismo ámbito de la Asamblea General de Naciones Unidas, se expresó, a fines del año 1996, la preocupación “por la seriedad del problema de la corrupción, que puede poner en peligro la estabilidad de las sociedades, menoscabar los valores de la democracia y la moral y perjudicar el desarrollo social y político”²²³. Posteriormente, la Asamblea General sancionó la Declaración de Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales²²⁴.

La Asamblea General, en el año 1999, también se expidió manifestando su preocupación por el fenómeno de la corrupción y afirmando claramente su condena²²⁵, del siguiente modo: “p(P) reocupada por la gravedad de los problemas que plantea la corrupción, que pueden poner en peligro la estabilidad y la seguridad de las sociedades, menoscabar los valores de la democracia y la moral y comprometer el desarrollo social, económico y político, Reconociendo la importancia de la legislación que existe a nivel internacional y nacional para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, 1. Condena la corrupción, el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia ilícita de fondos; 2. Insta a que se adopten nuevas medidas nacionales e internacionales para combatir las prácticas corruptas y el soborno en las transacciones internacionales y se impulse la cooperación internacional para apoyar esas medidas; 3. Insta asimismo, reconociendo la importancia de las medidas nacionales, a que se impulse la cooperación internacional, entre otras cosas por conducto del sistema de las Naciones

²²³ A/RES/51/59, 12 de diciembre de 1996, titulada “Acción contra la corrupción”, resolución mediante la cual se adopta el Código Internacional de Conducta para Funcionarios Públicos.

²²⁴ A/RES/51/191, 21 de febrero de 1997.

²²⁵ A/RES/54/205.

Unidas, en lo que respecta a elaborar instrumentos que permitan evitar y combatir la transferencia ilícita de fondos y repatriar a sus países de origen fondos transferidos ilícitamente, y exhorta a los países y las entidades interesados a que presten su cooperación a este respecto; 4. Pide a la comunidad internacional que apoye los esfuerzos de todos los países encaminados a fortalecer la capacidad institucional para prevenir las prácticas corruptas, el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia ilícita de fondos...”.

En dicho año 1999, tal Asamblea²²⁶ notó también “...el efecto corrosivo que la corrupción tiene sobre la democracia, el desarrollo, el principio de legalidad y al actividad económica...”, y reconoció “...que la corrupción es una herramienta primaria del crimen en sus esfuerzos, a menudo conducido a nivel internacional, para subvertir gobiernos y el comercio legítimo...”.

En el año 2001, a su vez la Asamblea General adoptó una resolución²²⁷ donde decidió comenzar a elaborar la Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas y aseveró que se trataba de “...u(U)n efectivo instrumento legal internacional contra la corrupción”, donde volvió a notar “...el corrosivo efecto que al corrupción tiene en la democracia, en el desarrollo, en el imperio de la ley y en la actividad económica...”, y consideró deseable “... que un efectivo instrumento legal internacional contra la corrupción, independiente de la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado...”.

La Asamblea General ha complementado su enfoque legal de la corrupción con varias resoluciones, todas tituladas “a(A)cción preventiva y lucha contra las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito y repatriación de esos activos, en particular a los países de origen, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. En ellas, condena sin vacilaciones la corrupción, reitera su compromiso para prevenir y combatir la corrupción en todos los niveles e insta a todos los gobiernos a combatir y penalizar la corrupción. Por ejemplo, la

²²⁶ A/RES/54/128.

²²⁷ A/RES/51/61, 22 de enero de 2001.

resolución del 21 de diciembre de 2001, la Asamblea General²²⁸, dejó entrever su preocupación por "...la gravedad de los problemas que entrañan las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito, que pueden poner en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavar los valores de democracia y moralidad y poner en peligro el desarrollo social, económico y político...", reconoció "...también la obligación de los gobiernos de adoptar normas en los planos nacional e internacional para prevenir y combatir las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito y para repatriar esos fondos a sus países de origen"; y condenó "...una vez más la corrupción, el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de fondos de origen ilícito, y subraya su convicción de que es preciso prevenir dichas prácticas y repatriar, previa solicitud y con los procedimientos reglamentarios, los fondos de origen ilícito transferidos al exterior..."

Consideraciones similares se observan en la resolución²²⁹ titulada de igual forma, del 20 de diciembre de 2002, donde la Asamblea General se manifiesta "...subrayando la responsabilidad de los gobiernos de adoptar políticas en los planos nacional e internacional para prevenir y combatir las prácticas corruptas y la transferencia de fondos y activos de origen ilícito y para facilitar la repatriación de esos fondos y activos a los países de origen".

En este tren, la Asamblea General, el día 23 de diciembre de 2003, mediante la resolución²³⁰ titulada de la misma manera, se expresó "...(p)Profundamente preocupada por la gravedad de los problemas que ocasiona la persistencia de las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito, así como la repatriación de esos fondos y activos a sus países de origen, que pueden poner en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavar los valores de la democracia y la ética civil y poner en peligro el desarrollo sostenible y político, especialmente cuando una respuesta nacional e internacional inadecuada da lugar a la impunidad..."

²²⁸ A/RES/56/186.

²²⁹ A/RES/57/244.

²³⁰ A/RES/58/205.

De nuevo, un año más tarde, el 22 de diciembre de 2004, en la resolución²³¹ también titulada "...a(A)cción preventiva y lucha contra las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito y repatriación de esos activos, en particular a los países de origen, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", la Asamblea General expresó: "...d(D) estacando la necesidad de contar con instituciones democráticas sólidas que respondan a las necesidades de la población y a la necesidad de mejorar la eficacia, transparencia y rendición de cuentas de la administración interna y del gasto público y el Estado de derecho, de garantizar que se respeten plenamente los derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo, y de erradicar la corrupción y establecer instituciones económicas y sociales sólidas, Reconociendo que la lucha contra la corrupción a todos los niveles es una prioridad y que la corrupción constituye un obstáculo grave para la movilización y asignación eficaces de los recursos y que desvía recursos de actividades que son vitales para la erradicación de la pobreza, la lucha contra el hambre y el desarrollo económico y sostenible, Observando la particular preocupación de los países en desarrollo y los países de economía en transición en lo que respecta a la repatriación de los activos de origen ilícito derivados de la corrupción hacia los países de donde se originaron, de conformidad con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular el capítulo V, habida cuenta de la importancia que dichos activos pueden tener para su desarrollo sostenible... r(R)econociendo también que la adquisición ilícita de riquezas puede ser particularmente nociva para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el Estado de derecho... p(P)reocupada por los vínculos que existen entre la corrupción en todas sus formas, incluidos el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de activos de origen ilícito, y otra formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, Reiterando su preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la

²³¹ A/RES/59/242.

corrupción a la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavando las instituciones y los valores de la democracia, los valores éticos y la justicia, y comprometiendo el desarrollo sostenible y el Estado de derecho, en particular cuando una respuesta insuficiente a nivel nacional e internacional da lugar a la impunidad...r(R) recordando su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, en que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción e instó a todos los Estados y las organizaciones económicas regionales competentes a que la firmaran y ratificaran, 1. Condena la corrupción en todas sus formas, incluso el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de activos de origen ilícito...6. Alienta a todos los gobiernos a prevenir, combatir y tipificar la corrupción en todas sus formas, incluso el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de activos adquiridos ilícitamente, y a que se esfuercen por la pronta repatriación de esos activos mediante actividades de recuperación de activos acordes con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular el capítulo...”.

El 22 de diciembre de 2005, la Asamblea General volvió a expedirse²³² -con el mismo título- del siguiente modo: “...r(R) reconociendo que la lucha contra la corrupción a todos los niveles es una prioridad y que la corrupción constituye un obstáculo grave para la movilización y asignación eficaces de los recursos y que desvía recursos de actividades que son vitales para la erradicación de la pobreza, la lucha contra el hambre y el desarrollo económico y sostenible, Reconociendo la preocupación por la transferencia y las transacciones de activos de origen ilícito derivados de la corrupción, y destacando la necesidad de encarar ese problema de conformidad con los principios establecidos en el capítulo V de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Reconociendo también que la adquisición ilícita de riquezas puede ser particularmente nociva para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley...p(P)recuperada por los vínculos que existen entre la corrupción en todas sus formas,

²³² A/RES/60/207.

incluidos el soborno, el blanqueo de dinero relacionado con la corrupción y la transferencia de activos de origen ilícito, y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, Reiterando su preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción a la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, los valores éticos y la justicia, y comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, en particular en particular cuando una respuesta insuficiente a nivel nacional e internacional da lugar a la impunidad ... 1. Condena la corrupción en todas sus formas, incluso el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de activos de origen ilícito; 3. Acoge con beneplácito la entrada en vigor, el 14 de diciembre de 2005, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción... 7. Alienta a todos los gobiernos a que prevengan, combatan y tipifiquen la corrupción en todas sus formas, incluso el soborno, el blanqueo de dinero y la transferencia de activos adquiridos ilícitamente, y a que se esfuercen por la pronta repatriación de esos activos mediante actividades de recuperación de activos acordes con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular el capítulo V; 8. Alienta además la cooperación subregional y regional, cuando proceda, en los esfuerzos para prevenir y combatir las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito, así como para la recuperación de activos, en consonancia con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular el capítulo V... 12. Reitera su petición a la comunidad internacional para que proporcione, entre otras cosas, asistencia técnica en apoyo de las actividades nacionales de fortalecimiento de la capacidad humana e institucional destinadas a prevenir y combatir las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito, así como para recuperar los activos, en consonancia con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular el capítulo V, y formular estrategias para incorporar y promover la transparencia y la integridad en los sectores público y privado... 17. Expresa su preocupación por la magnitud de la

corrupción a todos los niveles y la escala de la transferencia de activos de origen ilícito derivados de la corrupción, y a este respecto reitera su empeño en prevenir y combatir las prácticas corruptas a todos los niveles...”.

Similares expresiones de la Asamblea General se observan en las resoluciones, con el mismo título, del 19 de diciembre de 2007²³³ y del 19 de diciembre de 2008²³⁴.

En referencia a informes y trabajos en el marco de las Naciones Unidas, advertimos un “Documento de Trabajo presentado a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” por Christy Mbonu, de conformidad con la decisión 2002/106 de la Subcomisión”²³⁵, donde se observó que “...el disfrute de todo tipo de derechos, ya sean económicos, sociales, y culturales o civiles y políticos, está gravemente restringido por el fenómeno de la corrupción”; se describió a ésta “...como un cáncer que se encona en la sociedad, enriqueciendo a unos pocos y empobreciendo a muchos ... l(L)a desviación de fondos públicos por funcionarios corruptos a bolsillos o cuentas bancarias (ya sean extranjeras o locales) de particulares conduce a la negación de derechos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales...”.

Se acentuó allí que “...la corrupción es universal, ya que ningún país se libera de este azote...en todas partes se critica la corrupción, y, sin embargo, en muchos países la corrupción aumenta y se vuelve sistemática o endémica; se convierte en una forma de vida ...y(Y)a sea manifiesta, endémica o sistemática, flagrante o refinada, la corrupción tiene consecuencias desastrosas para la sociedad en general y para los grupos más vulnerables en particular. La corrupción genera pobreza, que, a su vez, provoca la negación de los derechos económicos, políticos, sociales, civiles y culturales”. Se dice también en el mismo lugar, la corrupción “...

²³³ A/RES/62/207.

²³⁴ A/RES/63/226.

²³⁵ E/CN.4/Sub.2/2003/18, 14 de mayo de 2003, “La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales”.

afecta a la misma supervivencia de las personas y a su capacidad para disfrutar plenamente de los derechos básicos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos...”; se manifiesta también que “si no se controla, el dinero ilícito puede socavar la economía de una nación ... las prácticas corruptas de desviación de miles de millones de dólares socavan el concepto de buen gobierno y el estado de derecho”.

En el Informe Preliminar de la Relatora Especial, Christy Mbonu, presentado a la “Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”²³⁶, se concluyó que el problema de la corrupción “constituye una grave amenaza para la coexistencia pacífica de las naciones. Hasta hace poco, la cuestión de la corrupción se consideraba un problema regional, que no se prestaba al examen y la cooperación internacionales. Por fortuna, la cuestión ha pasado a un primer plano de la actualidad internacional y se ha conseguido aprobar un instrumento para combatir un fenómeno que muchos califican de cáncer. Basta con decir que la corrupción, ya sea sistemática, endémica o leve, impide a los ciudadanos disfrutar de todos los derechos recogidos en los instrumentos internacionales...”.

La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hizo suyas las recomendación y conclusiones que figuran en el Informe preliminar elaborado por la Christy Mbonu²³⁷.

Finalmente, en otro Informe Preliminar de la Relatora Especial, Christy Mbonu, presentado a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2005, titulado “La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos en particular los derechos económicos, sociales y culturales”²³⁸, se pone el foco en la corrupción desplegada en el ámbito político y en la justicia, también se concluyó: “...(n) No queda duda alguna sobre la universalidad de la corrupción ni

²³⁶ E/CN.4/Sub.2/2004/23, 7 de julio de 2004; “La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos en particular los derechos económicos, sociales y culturales”.

²³⁷ E/CN.4/Sub.2/2004/L.11.

²³⁸ E/CN.4/Sub.2/2005/18.

hay dudas de que la corrupción institucionalizada sigue siendo uno de los principales obstáculos para el ejercicio de un gobierno honesto y transparente, la consolidación de la democracia, la promoción del desarrollo sostenible, etc. La atención de la comunidad internacional se dirige ahora a la necesidad de invertir la corriente de la corrupción, haciendo que ésta resulte muy costosa y peligrosa, castigando para ello a quienes participan en actividades de corrupción y la perpetúan, independientemente de cuán elevada sea su posición ... (L)La corrupción prospera cuando el nivel educacional es bajo, la sociedad civil es subdesarrollada y la obligación de rendir cuentas que tienen las instituciones públicas es muy relativa. Por lo tanto, los Estados deben seguir fortaleciendo la independencia e imparcialidad de la judicatura, incluida para ello la capacitación de jueces y abogados con miras a garantizar el imperio de la ley, y continuar manteniendo a la vez organismos encargados de hacer cumplir la ley que sean viables y transparentes. Los miembros de estos organismos deben recibir remuneraciones adecuadas para contrarrestar así el atractivo representado por la corrupción”.

Asimismo, en el trabajo presentado a la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos por el Grupo ad hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los Derechos Humanos y la extrema pobreza cuyo coordinador fue José Bengoa²³⁹, donde se acentuó que la pobreza lesiona tan violentamente la dignidad humana como lo hace la tortura, la privación ilegal de la libertad o el homicidio y que el castigo del fenómeno de la corrupción debe asegurarse en el plano de la justicia internacional. Aludió que “... (L)La dignidad humana es el principio filosófico que inspira la investigación, en armonía con el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en que se señala que “t(T)odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se comprende que la pobreza extrema en particular, y la pobreza en general, provoca en el ser humano una situación de violencia que es comparable con cualquier violación al derecho de la vida y

²³⁹ E/CN.4/Sub.2/2002/15, fecha 25 de junio de 2002, “La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Pobreza y Derechos Humanos”.

que atenta por tanto contra su “dignidad y derechos”. Cuando una familia se ve privada de los elementos básicos para la realización de su existencia, como es la capacidad de obtener una mínima alimentación, el agua para beber, o un lugar donde dormir, se está violando su dignidad de seres humanos, al igual y en el mismo nivel de violencia como cuando se tortura, se restringe la libertad o simplemente se mata... se debe condenar la corrupción y someter los corruptores a la justicia internacional si éstos escapan a la jurisdicción nacional...”.

V.- DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

“Aunque la tarea del comparatista no es juzgar, comparar es siempre juzgar”.

(Pierre Legrand)²⁴⁰

a) Aclaraciones previas

Se propone un breve estudio de derecho comparado, a raíz de lo extenso que podría implicar esta empresa, con límite en los países de la Organización de Estados Americanos -sistema interamericano-, pues los reúne uno de los dos instrumentos internacionales en materia de corrupción –también vigente en nuestro país-, uno atañe a la Organización de las Naciones Unidas y otro a la Organización de Estados Americanos.

Estos países coinciden en la vigencia y aplicación interna de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las instituciones judiciales que interpretan y aplican esta Convención, la Comisión sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴¹.

Se pondrá especial énfasis en los países latinoamericanos, en los cuales se presenta como antecedente histórico común, el llamado derecho indiano y la posterior influencia del derecho continental europeo, también denominado civil law. Empero esta circunstancia

²⁴⁰ Véase *Le droit comparé*, Puf, París, 1999, pag. 56, citado por Somma, Alessandro, “Introducción al derecho comparado”, traducción de Esteban Conde Naranjo, Universidad Carlos III de Madrid, *Historia del derecho*, 34, año 2015, título original “Introduzione al diritto comparato”, publicado por Gius Laterza & Figli, año 2014, pag. 152.

²⁴¹ Con la aclaración que existen 12 países que aún no reconocieron su competencia: Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Belice, Canadá, Dominica, Estados Unidos, Granada, Guyana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y Las Granadinas.

se presenta con mayor claridad en materia de derecho privado, pues desde el punto de vista del derecho público, por el contrario, esos países son deudores del common law, en especial del estadounidense. Prueba de ello, asegura Somma, sería la opción de los países latinoamericanos por el federalismo y el presidencialismo, precisamente modelados sobre el ejemplo estadounidense. Sentado esto, también el autor aclara que el derecho latinoamericano debe ser considerado de periferia dentro del derecho occidental y por ende, con algunas malas imitaciones de los sistemas principales de la tradición jurídica, Europa continental y Estados Unidos.

Asimismo, cabe destacar, en cuanto a la historia del derecho que los grandes sistemas de mundo occidental se resumen en el civil law y common law, siendo que tienen como punto en común su vínculo indiscutible con el derecho romano. A su vez, los comparatistas suelen introducir su materia definiéndola como una reacción al estudio de los derechos nacionales, a su vez sostienen que el principal obstáculo al conocimiento crítico del derecho y, por tanto, el primer blanco de los comparatistas, es el positivismo jurídico o iuspositivismo²⁴².

En este sentido, puede acotarse que el derecho comparado es una ciencia relativamente nueva, todavía busca arraigarse en la enseñanza universitaria y legitimarse dentro de la comunidad científica. Somma sostiene que, incluso, en el momento actual, caracterizado por la creciente apertura de los saberes a la dimensión internacional, supranacional y transnacional, así como a la perspectiva interdisciplinar, se ve al derecho comparado constantemente acechado por quienes lo consideran una especie de apéndice exótico, o en todo caso no necesario, de las enseñanzas tradicionales²⁴³.

Este reconocido autor en la materia, ha propuesto el método estructuralista y el método funcionalista, al margen que aclara que ningún método puede ser valorado en términos absolutos, se ha

²⁴² Somma, Alessandro, "Introducción al derecho comparado", ob cit., pag. 19 y 121.

²⁴³ Somma, Alessandro, ob cit., pag. 55.

escogido aquí el estructuralista²⁴⁴. Va de suyo que excede de este trabajo profundizar en el funcionamiento interno de los sistemas jurídicos en confornte, evitando -por otro lado- dar cuenta de una postura política en relación a las construcciones jurídicas, como ser la Constitución o ley suprema.

No puede negarse, de todos modos, que las previsiones que otros Estados tengan en sus Cartas Magnas, acerca de la corrupción y la posible imprescriptibilidad de estas acciones, no guardarán directamente una relación necesaria en el modo en qué debemos interpretar nuestro tan citado artículo 36 C.N..

Fuera del caso, aún en estudio, vale aclarar que la gran mayoría de los países de este sistema no poseen una cláusula constitucional que establezca la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción²⁴⁵.

Por último, daré tratamiento particular a los países que poseen expresamente la previsión en ciernes.

a) Estado Plurinacional de Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia²⁴⁶, sancionada en enero de 2009, en su Título IV, capítulo primero “Garantías Jurisdiccionales”, en su artículo 112 dispone que:

²⁴⁴ Somma, Alessandro, “Introducción al derecho comparado”, Alessandro Somma, traducción de Esteban Conde Naranjo, Universidad Carlos III de Madrid, Historia del derecho, nro. 34, 2015, título original “Introduzione al diritto comparato”, publicado por Gius Laterza & Figli, año 2014, pag, 153 y ss..

²⁴⁵ Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Belice, República Federativa de Brasil, Canadá, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, Mancomunidad Dominicana, República Dominicana, República del Ecuador, República de El Salvador, Estados Unidos de América, Granada, República de Guatemala, República Cooperativa de Guyana, República de Haití, República de Honduras, Jamaica, Saint Kitts, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República del Paraguay, Federación de San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, República de Surinam, República de Trinidad y Tobago, República Oriental del Uruguay.

²⁴⁶ Puede consultarse “in extenso” en: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>

“Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad” (la negrita nos pertenece).

b) República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada vía referéndum el 28 de septiembre de 2008, dispone en su artículo 233, dentro del capítulo 7mo. “Administración Pública”, sección 3ra. “servidores y servidoras públicos”²⁴⁷, que:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (la negrita nos pertenece).

c) República del Perú

El 17 de agosto de 2017 el Congreso peruano aprobó la ley de reforma constitucional 30.650. La norma modifica el párrafo cuarto del art. 41 de la Constitución Política del Perú²⁴⁸, disponiendo la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, sean cometidos por funcionarios públicos o particulares, pero solo en los supuestos “más graves” de acuerdo al principio de legalidad. El artículo 41 se ubica dentro

²⁴⁷ Puede consultarse “in extenso”, en https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

²⁴⁸ Véase: <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Decima-cuarta-const.pdf>

del Título I “De la persona y de la sociedad”, capítulo IV “De la función pública”, en particular el párrafo cuarto quedó redactado de la siguiente manera:

“El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad” (la negrita nos pertenece).

El artículo in extenso²⁴⁹, ha quedado redactado así:

“Declaración Jurada de bienes y rentas Artículo 41º.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

d) República Bolivariana de Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en el 15 de febrero de 1999, en el capítulo III “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”, “Sección Tercera: del gobierno y de la administración del Poder Judicial”, establece en el artículo 271²⁵⁰:

²⁴⁹ “En toda su extensión”, Gernaert Willmar, ob cit., pag. 76.

²⁵⁰ Véase: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>

“En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. **No prescribirán** las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpuestas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil” (la negrita nos pertenece).

El Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESICIC) ha dicho, refiriéndose a la disposición constitucional de Venezuela que declara la imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio público, que “la misma puede configurar un mecanismo válido para salvaguardar el patrimonio público y constituye un avance en la implementación de la Convención”²⁵¹.

²⁵¹ Informe Final República Bolivariana de Venezuela, 2004, pág. 11.

f) Gráficos

1. Países -35 en total- que han ratificado la Carta de la OEA y son miembros de la Organización.

-  Antigua y Barbuda
-  Argentina
-  Bahamas (Commonwealth de las)
-  Barbados
-  Belize
-  Bolivia
-  Brasil
-  Canadá
-  Chile
-  Colombia
-  Costa Rica
-  Cuba
-  Dominica (Commonwealth de)
-  Ecuador
-  El Salvador
-  Estados Unidos de América
-  Grenada
-  Guatemala
-  Guyana
-  Haití
-  Honduras

-  Jamaica
-  México
-  Nicaragua
-  Panamá
-  Paraguay
-  Perú
-  República Dominicana
-  Saint Kitts y Nevis
-  San Vicente y las Granadinas
-  Santa Lucía
-  Suriname
-  Trinidad y Tobago
-  Uruguay
-  Venezuela (República Bolivariana de)

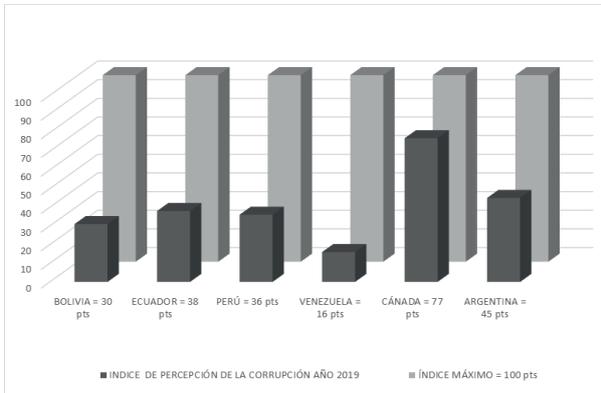
2. “Imprescriptibilidad de delitos de corrupción” en la Constitución de cada país miembro de la O.E.A..



Nota: la República Argentina ha sido ubicada con los países que no prevén la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en su Constitución Nacional, dado que justamente es la materia de investigación.

3. Índice de percepción de la corrupción de los países de la O.E.A..

Países que tienen previsión constitucional sobre imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela)



Nota: el índice máximo de transparencia es de 100 puntos, donde 0 (cero) sería el valor de menor índice y por ende, de mayor percepción de corrupción. Se agregó a Canadá a modo comparativo, porque es el país de la O.E.A. con mayor índice (77 puntos), y la Argentina, pues justamente estamos estudiando el artículo 36 C.N.²⁵².

Fuente:

<https://www.transparency.org/en/cpi>

<https://es.weforum.org/agenda/2020/02/el-mapa-de-la-corrupcion-mundial/>

<http://www.rendircuentas.org/indice-percepcion-la-corrupcion-2019/>

²⁵² Corresponde al año 2019. En la edición respecto del año 2020, advertimos algunos cambios; Bolivia 31 pts., Ecuador 39 pts., Perú 38 pts., Venezuela 15 pts., Canadá 77 pts., Argentina 42 pts. (descendió 3 pts.), ver <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>

TERCERA PARTE
MÉTODO Y CONCLUSIÓN

I.- MÉTODO DE INTERPRETACIÓN PARA EL CASO

Desde el inicio de esta investigación, he dejado en claro que era conducente confeccionar un método de interpretación ad hoc para develar el artículo 36 de la Carta Magna en materia de corrupción y prescripción de la acción penal. Es que, se presentaba un artículo incorporado en la reforma constitucional del año 1994 y la Corte Suprema no había emitido criterio alguno hasta la actualidad, a este panorama se sumó la ausencia de previsión en instrumentos internacionales acerca de una obligatoria instauración de la imprescriptibilidad de tales acciones. El tema se presentaba carente de una profundización y exigía una perspectiva novedosa.

Como apunté, en criterio de Nino, algunas indeterminaciones en el texto no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino en muchos casos recursos intencionales y funcionales para arribar a un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución o circunstancia diversa. Entonces, en lo que respecta al artículo que me convoca, debe apuntarse que se trata de una ambigüedad del tipo sintáctica, porque la indeterminación estaría dada no por las palabras, sino por las oraciones, pues las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones²⁵³. También la interpretación de este artículo y en particular el quinto párrafo referido al grave y doloso enriquecimiento de funcionario público, interpela al sistema jurídico como un caso de índole trágico (en términos de Manuel Atienza).

Las voces en doctrina, según lo visto en el capítulo destinado al estado del arte, no abastecieron las expectativas que tenía en los primeros pasos de esta tarea, habida cuenta que lejos estuvieron de brindar una postura acabada y producto de una interpretación bajo una metodología bien definida, sin perjuicio de reconocer

²⁵³ En “Fundamentos de Derecho Constitucional”, editorial Astrea, tercera reimpression, 2005, pag. 90/93.

que algunas lecturas han tenido más apoyatura argumentativa que otras.

Lo visto puede resumirse del siguiente modo; por un lado, se equipara la problemática a situaciones similares a crímenes de lesa humanidad y por ende, imprescriptibles, o bien se echa mano a una interpretación algo forzada de dicho artículo; por otro, se le otorga carácter de delito común y se sostiene además que el artículo de mentas no expresa lo mismo en este caso que en los supuestos de los primeros párrafos. Como dejé entrever, la postura que avala que se trata de un delito común (por ende, prescriptible) encuentra directa fuente en la Convencional Constituyente del año 1994 y los distintos proyectos de ley que intentaron cambiar este estado de cosas.

En esta senda, no hay acuerdo interpretativo en doctrina sobre el tema que nos convoca; es más, en su mayoría, juristas y profesores de la materia constitucional no se han expedido sobre el particular. En este trabajo se ha intentado agotar las voces que, en un sentido u otro, sí marcaron una posición más o menos definida sobre el punto. Al igual que ocurre con la jurisprudencia, son minoritarias las voces que son concluyentes sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos de corrupción. Las posturas más contundentes en materia argumentativa fueron esbozadas por Gil Dominguez y Ghersi; en sentido opuesto, aunque con mayor respaldo -según lo visto- se expresaron Gelli y Sagüés.

Cabe apuntar que si bien Gil Dominguez, sostiene la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, hasta incorpora la noción de lesa democracia, reconoce la necesidad de la sanción de una ley. En su criterio, esta debería dar definiciones legislativas acerca de si la imprescriptibilidad abarca también la acción civil, si la inhabilitación de los funcionarios condenados debe ser perpetua, qué delitos comprende el concepto de corrupción, si debe verificarse un grave daño económico o basta con el daño económico, si procede el juicio en ausencia, si se amplía a toda persona partícipe, aunque sea funcionario público, si se establece la interdicción de la amnistía, el indulto y la conmutación de la pena para esta clase de delitos, si la imprescriptibilidad se extiende a la pena, si se

incorpora la confiscación de los bienes provenientes de los delitos de corrupción²⁵⁴.

Con una postura más radical se expidió Gordillo²⁵⁵, aseveró la plena vigencia de un derecho humano a lo no corrupción, dado que nuestro país –según afirmó– ha reconocido normativamente a la corrupción de sus funcionarios públicos como delito de lesa humanidad. No podemos compartir este criterio.

En esta línea, Carlos Alberto Ghersi²⁵⁶, como he puesto de resalto, sostuvo que la corrupción en el Estado constituye un acto de cercenamiento de derechos económicos y extra económicos de las personas-individuos y las familias. La vulneración de las personas como seres humanos ha llevado específicamente a la internacionalización y globalización de los Derechos Humanos y los delitos de lesa humanidad. El derecho patrimonial es un derecho humano esencial colectivo y que su violación constituye un delito de lesa humanidad y, por ende, no existe la cosa juzgada y es imprescriptible. En su criterio, los delitos de corrupción constituyen traición a la patria por afectación de bienes públicos, abuso de función y daños a los intereses colectivos, por lo cual resultan también imprescriptibles.

²⁵⁴ Gil Domínguez, Andrés, “Defensa del sistema democrático y corrupción”, Ensayos Ediar, Buenos Aires, 2019, pag. 17 y 18 y capítulo 2º “Corrupción e imprescriptibilidad”, pag. 27/50. Anteriormente en “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, Revista Jurídica La Ley, fecha 12/12/2015, pag. 574, cita on line AR/DOC/4338/2015; “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción: un fallo trascendente”, La Ley 2016-F, pag. 157, cita on line AR/DOC/3359/2016.

²⁵⁵ En artículo “La Corrupción como delito de Lesa Humanidad”, obra “Ética Pública y Sistemas de Responsabilidad del Estado y del Agente Público”, derivaciones del III Seminario de Actualización en Derecho Administrativo año 2016”, en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Espinoza Molla Martín R. y Rizzi Guillermo, coordinadores, Universidad Nacional de La Plata, primera edición, ISBN: 978-950-34-1584-9, año 1997, pag. 285/305. Puede consultarse en: Dialnet-EticaPublicaYSistemasDeResponsabilidadDelEstadoYDe-724705.pdf

²⁵⁶ Ghersi, Carlos Alberto, “Corrupción. Delito de lesa humanidad e imprescriptible”, La Ley 15/4/2010, 1, La Ley 2010-B, 1210, cita on line: AR/DOC/1358/2010.

Desde la vereda de enfrente, destacamos la interpretación de María Angélica Gelli, en cuanto que la defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado, asume formas menos severas que las establecidas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas. Critica que el delito de corrupción no aparece claramente tipificado y queda librado a la reglamentación legal. Las sanciones previstas son más leves, dado que admite una inhabilitación temporal para ocupar cargos o empleos públicos, además admite los beneficios de indulto y conmutación de penas. En su entendimiento, el constituyente dejó sujeto a reglamentación legal algunas precisiones²⁵⁷.

Tal cual analicé oportunamente, tampoco comparte la interpretación amplia Sagüés, pues distingue el delito grave contra el Estado de los anteriores delitos previstos en el artículo 36 C.N., en este caso se aplica la inhabilitación por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos, además no rige aquí la prohibición de indultos o conmutaciones, ni la imprescriptibilidad. Además, limita aún más la lectura que hace el sector de la doctrina que propugna por una interpretación restringida; dado que se pregunta a sí mismo, si por los defectos de redacción de este artículo constitucional podría entenderse que la imprescriptibilidad no comprende los actos de los autores de los actos de fuerza previstos en el mismo artículo²⁵⁸, que sería el primer delito constitucional del artículo. Es decir, de las tres figuras del artículo, la imprescriptibilidad estaría limitada a una sola.

Siguiendo con este estudio, una interpretación forzada del artículo 36 constituiría una analogía in malam partem, afectaría el principio de legalidad -fórmula *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*- dado que la ley penal debe ser clara y precisa, siendo la prescripción uno de los capítulos que conforman la ley previa, junto a la descripción de la conducta y la sanción, entre otros.

²⁵⁷ En “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 4ta edición, ampliada y actualizada, editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pag. 513.

²⁵⁸ “Derecho constitucional. 3. Estatuto de los derechos”, 1º edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, pág. 233.

Empero, esta afirmación se presenta en términos generales, pues en algunos casos en particular la lucha contra la corrupción justifica -luego de una adecuada ponderación de principios y derechos en juego- relegar excepcionalmente -de modo racional, idóneo y proporcional- la ley previa. Lo cual merece una serie de aclaraciones por mi parte, antes de recibir el escarnio público.

Cabe traer a colación a Zagrebelsky, en relación a los métodos de interpretación, pues refiere que la búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es éste el que está en función de la búsqueda, y ello depende de lo que se quiere encontrar. En términos generales, el método es solo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir justificable en un ordenamiento dado. En su entendimiento, el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica²⁵⁹. Siguiendo con esta propuesta, la elección de un método interpretativo no precede a la interpretación, el problema de la interpretación no consiste en la elección del método interpretativo, esta elección en realidad es medio para un fin²⁶⁰.

Comparto esta visión, el método que deberá confeccionarse mal podría ubicarse en la antesala de la interpretación, por esta razón el autor citado sostiene el concepto de pluralismo, la tarea cobra sentido en función de la búsqueda que se emprenda en particular. Ergo, fui construyendo el camino al tiempo de transitarlo. El propio camino recorrido es el fin de toda preocupación que dejamos asentada al inicio. La realidad es que los límites de la interpretación no estarían preestablecidos por el Derecho (en cuanto producto del legislador), sino que, al menos en parte, son creados por el intérprete²⁶¹. En esta empresa intenté configurar un método de interpretación exclusivo para el dilema planteado.

Cierto es que, en cuanto el marco jurídico, si bien el neoconstitucionalismo arroja una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría,

²⁵⁹ Zagrebelsky, ob cit. “El derecho dúctil...”, pag. 134.

²⁶⁰ Zagrebelsky, ob cit. “La ley y su justicia...”, pag. 210 y 211.

²⁶¹ Atienza, Manuel, “Interpretación Constitucional”, editorial Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá, 2017, pag. 26 y 28.

donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces²⁶².

Así, el juego de valoración que necesariamente deben aplicar los magistrados reside en la ponderación, siempre hay razones en pugna basadas en normas que nos suministran justificaciones diferentes al momento de adoptar una decisión. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas del mismo valor. Consiste en establecer entre principios que colisionan una jerarquía axiológica móvil. La jerarquía axiológica es una relación de valor creada por el juez constitucional, mediante la interpretación constitucional, a través de un juicio comparativo²⁶³.

La colisión en ciernes no se resuelve en forma definitiva, dado que la solución solamente vale para el caso concreto. La ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas que no pueden ser resueltas mediante

²⁶² Gil Dominguez, ob cit “Escritos sobre Neoconstitucionalismo”, pag. 13. Es oportuno apuntar una reflexión de la Corte Suprema de la Nación sobre el punto, en cuanto “...Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central –federal- que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central –federal- que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el *stare decisis*. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces -como los franceses-, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores...”; caso Casal, voto mayoría, considerando 11), c. 1757. XL, Recurso de hecho, carátula “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, causa N° 1681C (Fallos 328:3399).

²⁶³ Gil Dominguez, ob cit., “Estudios...”, pag. 145.

el uso de los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad²⁶⁴. No es un camino infalible sino más bien un camino a ser desandado y que no tendría ningún sentido si existieran normas de segundo grado que indicasen el peso de cada principio y la forma de resolver las colisiones. La virtud de la ponderación se encuentra en estimular la interpretación²⁶⁵.

El principio de proporcionalidad, como fundamento constitucional y en sentido amplio, tiene trascendencia partiendo de la premisa que los derechos son relativos, se agrega que los derechos garantizados por principios son necesariamente restringibles²⁶⁶.

El aporte de Alexy -en esta línea- echa luz, distingue entre reglas y principios, siendo estos últimos mandatos de optimización, los plantea como soluciones a los problemas que presentan los derechos fundamentales. El fundamento de la fórmula política del Estado constitucional es la existencia de principios –además de reglas- que integran el ordenamiento jurídico, en especial la constitución. Las reglas son mandatos definitivos, pues deben cumplirse o no, mediante la subsunción, mientras los principios mediante la ponderación.

Esta distinción constituye el fundamento del principio de proporcionalidad como criterio argumentativo para controlar las

²⁶⁴ Ruiz Sanz, Mario, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, editorial Dykinson, España, 2002, pag. 178.

²⁶⁵ Gil Dominguez, ob cit., “Estudios...”, pag. 147.

²⁶⁶ Borowski, Martín, “La estructura de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2003, pág. 128. El mismo autor, además de los derechos fundamentales de defensa, ha clasificado los restantes como de prestación y de igualdad, por otro lado. En cuanto a una posible excepción a este postulado, acerca de que los derechos son relativos, cabe traer a colación uno de los ejes de la conocida polémica epistolar que mantuvieron en Chile Juan Bautista Alberdi y Domingo F. Sarmiento durante el año 1853 en sus Cartas Quillotanas y Las Ciento y Una. Al margen de distintas diferencias entre ambos, ambos publicistas acordaban en considerar a la prensa como un instrumento político de primer orden. Ver Fabio Wasserman, “La libertad de imprenta y sus límites: prensa y poder político en el Estado de Buenos Aires durante la década de 1850”, una versión preliminar de este trabajo fue presentada en las V Jornadas Nacionales Espacio, Memoria e Identidad, Rosario (Argentina), 8, 9 y 10 de octubre de 2008, publicado on line, <https://www.revistas.usp.br/alb/article/download/11726/13501>

restricciones en derechos fundamentales que, dicho sea de paso, deben ser útiles, necesarias y proporcionales. La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales reside en que solo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en que un derecho es afectado o en el que es importante su desarrollo o garantía.

En criterio de Alexy, las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser estipuladas explícitamente en la Constitución –normas estatuidas-, o bien creadas interpretativamente y luego de una correcta argumentación basada en derechos fundamentales –normas adscritas o subreglas jurisprudenciales. En prieta síntesis, lo que enseña el profesor alemán, es que este último tipo de normas, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Aclara que estas normas son de origen jurisprudencial, con efectos similares a las leyes, siendo una interpretación de las normas estatuidas, aunque acota que la diferente está en la especificidad, dado que la norma estatuida tiene un alcance más general. Estas normas adscritas constituyen precedentes constitucionales, en su criterio contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales²⁶⁷.

Atienza toma como punto partida a Guastini y así, en sentido estricto, emplea la interpretación para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa cuando existen dudas o controversias en cuanto a su campo de aplicación²⁶⁸, en sentido amplio incluye cualquier atribución de significado a una formulación normativa. En cuanto a la interpretación jurídica, distingue teorías

²⁶⁷ En “Teoría de la argumentación jurídica”, editorial Palestra, Perú, 2007, pag. 457, citado por Gil Dominguez, “Estudios sobre Neconstitucionalismo”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, pag. 9 y 11, Alexy, Robert, “Theorie der Grundrechte”, Frankfurt/München, 1994, segunda edición, pág. 100, citado por Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional”, Eudeba, Buenos Aires, 2009, pág. 24, Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), Rodolfo Luis Vigo (coord.), AAVV, editorial La Ley, Argentina, 2004, pag. 227.

²⁶⁸ Atienza, “Interpretación Constitucional”, ob cit., pag. 54, cita a Guastini Riccardo, “Le fonti del diritto e l’interpretazione, Milán, Giuffré, 1993.

cognoscitivas de formalistas, escépticas de intermedias. Por otro lado, las teorías intermedias se basan en la distinción entre casos fáciles, donde el intérprete no ejerce ninguna discrecionalidad, y los casos difíciles donde existe una decisión. En estos últimos, cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas, la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica -la lógica en sentido estricto o lógica deductiva- debe añadirse los de la llamada razón práctica que se contiene en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.²⁶⁹.

En este andarivel, hay que determinar si el mismo surge por insuficiencia de información -la norma particular no cubre en principio el caso en discusión-, o por un exceso de información -la norma puede entenderse de varias maneras incompatibles entre sí. Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso deductivo. Empero, cuando esta información es deficitaria o excesiva y contradictoria, debe normalmente argumentarse para poder llegar a la conclusión deseada.

Dicho esto, puede decirse que concurre una situación de insuficiencia de información dado que la redacción del artículo no es diáfana ni precisa, lo cual obliga a una debida argumentación y echar mano a técnicas de interpretación.

Siguiendo con el método de Atienza, hay que construir hipótesis de solución para el problema, es decir nuevas premisas para crear una nueva situación informativa que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión. De tratarse de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia como para abarcar el caso sometido a examen²⁷⁰.

²⁶⁹ Atienza, *ibidem*, pag. 55 y 128.

²⁷⁰ Atienza, *ob cit.* "Las Razones del Derecho", pag. 212.

Alexy entiende que una solución que haya alcanzado respetando las reglas del discurso jurídico –que propone- es una solución racional, pero las reglas no garantizan que en cada caso puede se pueda llegar a una única respuesta correcta. Así, frente a un mismo caso, estas reglas permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales. Se trata de la pretensión de corrección.

Este autor distingue reglas de principios, las primeras se caracterizan porque su aplicación resulta de la subsunción y los segundos, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, los principios por consiguiente con mandatos de optimización, pues se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. En este caso, su aplicación lo es a través de la ponderación²⁷¹. Dado que los derechos fundamentales son principios, y estos son mandatos de optimización, el principio de protección exige lograr su mayor realización posible.

Es un modelo de derecho en tres niveles, reglas, principios y procedimientos, que el propio Alexy reconoce que no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero sería el que lleva un mayor grado de racionalidad práctica y también es un modelo de racionalidad incorporada al derecho moderno, y en particular, en el derecho de un Estado democrático y constitucional.

En su teoría, el derecho (se refiere al moderno) contiene una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista. Sería la pretensión de corrección que plantea tanto las normas y las decisiones jurídicas consideradas individualmente como el sistema jurídico considerado en su conjunto. Si bien la pretensión de corrección tendría carácter relativo, como idea regulativa tendría carácter absoluto²⁷².

²⁷¹ Atienza, ob cit., pag. 172 y 175.

²⁷² Atienza, ob cit., pag. 176.

A este panorama, aporta Atienza una profundización de la corrección que tendría que ostentar una interpretación, pues según su idea la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, por otro lado entiende que podría adoptarse una perspectiva más realista.

Enseña también que quien debe resolver determinado problema jurídico no necesariamente parte de la idea que el sistema jurídico ofrece como correcta, desde el plano político y moral. Hasta puede darse el caso que el juez o el jurista, deba resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que estime correcta aunque, no sea la solución que brinda el derecho positivo. La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos.

A todo evento, la teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción de los siguientes tipos de caso: a. claros o fáciles, donde el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; b. casos difíciles, donde al menos en principio el derecho positivo permite más de una respuesta correcta; c. casos trágicos, porque no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, aquí “l(L) a adaptación de una decisión...no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema”²⁷³, tal como puede acontecer en el asunto que trato.

En esta línea, Atienza considera que el fundamento último del proceso argumentativo no puede ser otro que una teoría de naturaleza moral y política, aunque no toda teoría puede ser considerada satisfactoria. La interpretación exige siempre la asunción de una determinada teoría moral, en los casos difíciles la que lleva a optar por una determinada manera de entender los valores constitucionales, los valores supremos del sistema²⁷⁴. En estos casos siempre

²⁷³ Atienza, “Las Razones del Derecho, ob cit., pag. 218 y 219.

²⁷⁴ Atienza, ob cit. “Interpretación Constitucional”, pag. 61.

se presupone una contraposición entre principios o valores, que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo²⁷⁵.

También Atienza asevera que existen modos de interpretación que pueden clasificarse en cinco grandes categorías, pues lo que hace que surja una duda interpretativa es alguno de estos cinco factores (o una combinación de ellos); en el texto se ha empleado una expresión imprecisa (criterios lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto en otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo ha de servir (criterios teleológicos); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Dicho esto, de todos modos, el autor aclara que la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esas pautas, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros, lo que a su vez requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.), y en el fondo, a una teoría del Derecho²⁷⁶.

En el caso de la interpretación constitucional es una interpretación superior a las otras normas, o bien marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o de conformidad) con la constitución. En cuanto a la argumentación constitucional, que en criterio de Atienza, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, supone una operación de ponderación, la realización de una ponderación o bien la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente. Siguiendo a este autor, el problema entonces consiste en cómo determinar el peso de diversas razones en presencia. A su vez,

²⁷⁵ Atienza, *Íbidem* pag. 136.

²⁷⁶ Atienza, *ob cit.* “Interpretación Constitucional”, pag. 103 y 104.

aclara que no puede haber ninguna fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión²⁷⁷.

Sobre el trabajo que se ha confeccionado, aseguro que se trata de una ponderación genuina, sería erróneo y sin sustento aceptar una ponderación efectuado anteriormente, cuando se ha caminado desde el inicio sobre suelo virgen.

Los conflictos entre reglas se resuelven en la dimensión de la validez, empero la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso, y la solución a esta colisión consiste en establecer una relación de precedencia condicionada teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La ley de ponderación permite reconocer tres pasos; en el primero se define la no satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y en tercero, se establece la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro²⁷⁸.

La colisión en ciernes no se resuelve en forma definitiva, dado que la solución solamente vale para el caso concreto. La ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas que no pueden ser resueltas mediante el uso de los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad²⁷⁹. No es un camino infalible sino más bien un camino a ser desandado y que no tendría ningún sentido si existieran normas de segundo grado que indicasen el peso de cada principio y la forma de resolver las colisiones. La virtud de la ponderación se encuentra en estimular la interpretación²⁸⁰.

Asimismo, Alexy fundamenta dicho mandato de proporcionalidad en sentido estricto a partir de la estructura de los derechos

²⁷⁷ Atienza, *ibidem*, “Interpretación Constitucional”, pag. 107, 108 y 125.

²⁷⁸ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, editorial Palestra, Perú, 2007, pag. 457, citado por Gil Dominguez, “Estudios...”, pag. 150.

²⁷⁹ Ruiz Sanz, Mario, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, editorial Dykinson, España, 2002, pag. 178.

²⁸⁰ Gil Dominguez, *ob cit.*, “Estudios...”, pag. 147.

fundamentales, aunque interpretados como principios²⁸¹, es decir que ante una colisión de derechos ninguno pierde validez y ha de recurrirse a la ponderación. El elemento central de la ponderación es la fórmula de peso, presente de forma implícita como un sistema de inferencias de concepto de corrección. Las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos: la fórmula del peso es una clase de argumento que define la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestra cómo los movimientos se relacionan entre sí²⁸².

En distintos ordenamientos dicho principio puede extraerse de la Constitución misma o bien, de estar estipulado, de la estructura de principios que revisten las normas de derecho fundamental²⁸³. Se ha propuesto que tal principio se aplique bajo el formato de interdicción del exceso, lo cual implica la prohibición del uso arbitrario del poder estatal frente a los ciudadanos.

Luego, aquél principio se compone, a su vez, de tres sub principios, el de idoneidad o mandato de adecuación técnica, el de necesidad o mandato del medio alternativo menos gravoso y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁸⁴. El primero se refiere a que la medida estatal debe favorecer la obtención de un fin legítimo del Estado, es decir debe estar avalado constitucionalmente. El segundo impone que la finalidad no pueda ser alcanzada por otro medio menos eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo afecte con una intensidad menor²⁸⁵. Como corolario, el último exige una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, también el peso de las razones que la justifican²⁸⁶. Estos

²⁸¹ Alexy, Robert, "Theorie der Grundrechte", Frankfurt/München, 1994, segunda edición, pág. 100, citado por Clérico, ob mencionada, pag. 25.

²⁸² Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", La Ley, 2008-F-785, citado por Gil Dominguez, "Estudios..", pag. 151.

²⁸³ Borowski, ob citada, pag. 129.

²⁸⁴ Ver terminología que emplea Clérico, en ob citada, pag. 25.

²⁸⁵ Borowski, ob citada, pág. 130.

²⁸⁶ Borowski, ob citada, pág. 131.

estamentos constituyen un estudio formal y su resultado no exige correspondencia con valores materiales²⁸⁷.

Entonces, dichas reglas –del examen de proporcionalidad– luego deben ser complementadas con las reglas de la ponderación, que en el marco de un Estado de derecho recibe la orientación por pautas determinadas. Se ha dicho que la ponderación supone una relación entre dos elementos, como medio-fin, ventaja-desventaja, restricción iusfundamental- promoción del fin estatal²⁸⁸, etc. Desde otra óptica, establece una relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos o más principios iusfundamentales en el caso concreto. No puede admitirse la vulneración, sí -por el contrario- la restricción del derecho, siempre y cuando no se afecte el contenido esencial o constitucional de derecho fundamental, aunque será el caso en particular el que determine el grado en ciernes.

En lo que se refiere a la ponderación, resulta ilustrativo destacar un caso judicial -en instancia casatoria- donde el debate jurídico entre instancias anteriores, recurrentes y representantes del Ministerio Público Fiscal, deambulaba entre la garantía del plazo razonable de duración del proceso (como peldaño necesario del derecho de defensa en juicio) y la prescripción de la acción penal por un lado, y por otro, la importancia de perseguir y castigar los actos de corrupción; se escogió con atino -por mayoría- que esta última tesis debía prevalecer ante aquella garantía (caso Cossio).

Empero, esta ponderación y declaración judicial en desmedro de la prescripción, sabido es que atañe al caso en concreto y hace prevalecer unos bienes o determinada valoración sobre otros, ambos de orden constitucional y de similar importancia, a través de la ponderación se arriba a la conclusión que los hechos de corrupción -de ser “graves”- no podrían dejar de investigarse y castigar por aplicación del instituto de la prescripción.

En aquel pronunciamiento (caso Cossio), más allá de nuestra discrepancia en que no se ingresó en el necesario análisis del artí-

²⁸⁷ Clérico, ob citada, pág. 32.

²⁸⁸ Clérico, ob citada, pág. 174.

culo 36 C.N., se ha destacado “...en los casos como los que aquí deben juzgarse, en los que se persiguen delitos vinculados con la corrupción pública, cobran vigencia los tratados internacionales en la materia pues, de no investigarse o juzgarse estas denuncias, se podrían ver afectadas responsabilidades del país frente a la comunidad internacional ... e(E)l Estado argentino, al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción asumió la obligación de formular y aplicar o mantener en vigor ... políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas...”; asimismo al aprobar mediante la ley 25.632 la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, asumió el compromiso de “...adoptar medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos...”²⁸⁹.

En este punto, recordamos y compartimos el punto de vista del Doctor Patricio Maraniello, proferida en la entrevista de este trabajo, pues sostuvo que “...la inconsecuencia o falta de previsión en el constituyente jamás se supone, difícilmente podemos decir que los constituyentes han omitido incluir dicha imprescriptibilidad a los delitos de corrupción”, echó mano a la jurisprudencia el tribunal cimero y adujo “...resulta ser una extensión del caso “Benjamín Calvete” (Fallos: Tomo 1:300 -1864-) donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso: “Que la inconsecuencia o (sic) la falta de previsión jamás se supone en el legislador”. Y con más razón, ello se debe aplicar a los constituyentes tanto originarios como derivados”.

Dicho esto, en caso de intentar avalar la posición a favor de la imprescriptibilidad, sería sumamente difícil sortear esta doctrina de la Corte Suprema, llevar una omisión o falta de precisión tex-

²⁸⁹ Fallo de la Cámara de Casación Federal, Sala IV, dictado el día 29/8/2018, en el marco de los actuados CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8, “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”.

tual en la letra a una interpretación que intente sistematizar con idéntica consecuencia (imprescriptibilidad) distintas acciones que, justamente, no fueron equiparadas en gravedad y castigo.

Sobre la temática en ciernes, podría encontrarse una excepción a través de la fórmula de Alexy, la cual consta de dos partes; la primera dice que las leyes positivas pierden validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una medida insoportable (fórmula de la intolerancia); en la segunda niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento es negada conscientemente la igualdad como núcleo de la justicia (fórmula de la negación)²⁹⁰. Aquí, siguiente la fórmula de la intolerancia, la mera aplicación del método literal podría conducir a un caso de contradicción con la justicia, la protección del sistema democrático podría presentarse ineficaz en el supuesto de adoptar una posición -en abstracto- que deseche sin más la imprescriptibilidad. Es que la afectación del sistema democrático, valor fundamental del sistema jurídico, no puede ensayarse por fuera de casos judiciales concretos de corrupción.

En este tren, no podemos obviar que el Poder Ejecutivo, en el mensaje N° 760 de fecha 18 de junio de 2004, en oportunidad de elevar un proyecto de ley a través del cual se intentó otorgar rango Constitucional a la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, junto a los demás Tratados y Convenciones de Derechos Humanos, se mencionó en el preámbulo que “...la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos... ningún derecho humano puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado se convierte en un instrumento de corrupción...l(L)a corrupción afecta directamente a los derechos humanos, dado que la corrupción, en tanto distorsiona la distribución de bienes y la regulación de derechos, implica avances ilegítimos del Estado sobre los derechos ciudadanos...”.

²⁹⁰ Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), Rodolfo Luis Vigo (coord.), AAVV, editorial La Ley, Argentina, 2004, pag. 227.

En este sentido, rescato la visión que vincula a la lucha de la corrupción con la salvaguarda de otros Derechos Humanos; es más, debemos resaltar que a pesar de este proyecto de ley a través del cual se buscaba la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Congreso Nacional no avaló dicha iniciativa, quedando trunca. Así, debemos dejar entrever una vez más una posición menos comprometida de nuestros legisladores respecto de varios sectores de la doctrina y algunos tribunales, esto al margen de compartir los argumentos esgrimidos en el actual estado de cosas de nuestro estudio.

Nótese, además, en un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal, se destacó que “e(E)l respeto por las instituciones públicas, por la ética republicana y por la transparencia deparan indudables beneficios de toda índole para la Nación y toda vez que la corrupción se presenta como un fenómeno complejo que horada aquellos valores, la lucha para erradicarla debe ser abordada del modo más amplio posible mediante el diseño y la aplicación de políticas públicas tanto preventivas como punitivas, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos mediante los precitados instrumentos a los que, nosotros, en tanto integrantes de uno de los tres poderes del Estado, también estamos obligados a honrarlos”²⁹¹.

Recuérdese que al momento de celebrarse la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), incorporada al derecho interno mediante ley 24.759²⁹², los países miembros estaban convencidos que “...la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”; y consideraron que “...la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región,

²⁹¹ Voto de la mayoría, fallo de fecha 18/6/2020, Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal, causa FBB 22000231/2000/TO1/4/CFC1, registro de esa Sala, Nro. 845/20, caratulada “Montes, Pedro Alberto y otros s/ recurso de casación”; vide in extenso en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/090/957/000090957.pdf>

²⁹² B.O. 17-1-1997.

por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio...”.

A su vez, cuando se celebró la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)²⁹³, los Estados exhibieron su preocupación -entre otros puntos- por “...la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley; ello con la finalidad de: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”.

En esta línea argumental, en la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, según el prefacio, la comunidad internacional “...demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los Derechos Humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas”. Cabe recordar que, dicho instrumento, se presenta en íntima vinculación con la corrupción, aprobado por ley 25.632²⁹⁴ y en su artículo 8vo. penaliza justamente los hechos de dicha índole.

²⁹³ Texto conforme Ley 26.097, B.O. 9-6-2006.

²⁹⁴ B.O. 30-8-2002.

Resulta relevante para tales instrumentos que los casos de corrupción deban prevenirse, investigarse y castigarse, la vinculación de estos con el sistema democrático, como su contracara directa, deviene alimentada por la propia letra del artículo 36 C.N.. El método que debemos aplicar contempla que la letra de dicho artículo no incorpora la imprescriptibilidad expresamente, además no existe un mandato internacional sobre el punto, la Asamblea General Constituyente careció de imprimir aquella finalidad, el legislador desde el año 1994 a la actualidad con la intención a través de varios proyectos de lograr la imprescriptibilidad a través de la ley tampoco interpretó que el artículo 36 -en el actual estado de cosas- diga algo distinto de lo apuntado.

Las herramientas de aplicación para poner en valor el sistema democrático ante atentados de corrupción en casos graves, ya que la letra del artículo 36 presenta una protección meramente enunciativa, son brindadas por ponderación de los principios y derechos en juego.

En este análisis, debe recordarse el principio de proporcionalidad se compone de tres sub principios, el de idoneidad o mandato de adecuación técnica, el de necesidad o mandato del medio alternativo menos gravoso y el de proporcionalidad en sentido estricto. En el caso bajo estudio, el primero implica que en la ponderación el juez debe realizar el reconocimiento y establecer la necesidad de protección del sistema democrático. El segundo alerta que la persecución y castigo de los hechos de corrupción puede verse interrumpida por los beneficios de la prescripción. Como corolario, en relación al último, va de suyo que este análisis queda reservado a casos sumamente graves según la tipificación constitucional.

II.- CONCLUSIÓN

“La libertad sólo reside en los estados en los que el pueblo tiene el poder supremo”

Cicerón (106 AC-43 AC). Filósofo y político romano

En el presente trabajo he recorrido un camino en busca de una posición fundada sobre los delitos de corrupción o enriquecimiento grave y doloso contra el Estado y la acción penal, en todo momento la finalidad consistió en develar la hipótesis de la imprescriptibilidad de tales atentados y brindar a la comunidad jurídica una respuesta novedosa al artículo 36 incorporado en la Constitución Nacional a través de la reforma del año 1994, dentro del capítulo segundo, titulado como nuevos derechos y garantías.

Con honestidad intelectual debo reconocer que, como producto del meticuloso estudio efectuado, he mudado de opinión respecto de esta temática, pues en una primera aproximación había arriesgado una tesis que a esta altura debo sin más abandonar a raíz de lo aquí demostrado²⁹⁵. En esta oportunidad se ha seguido un método de interpretación diseñado para este caso en particular, así los delitos en ciernes -en una primera mirada- se presentan como comunes e prescriptibles.

Siguiendo las teorías de la interpretación de la ley y las posturas que la Corte Suprema de Justicia de la Nación enarbolará, como última intérprete de la Carta Magna, me refiero a los métodos literal o gramatical, sistemático, histórico o teleológico²⁹⁶, mal podría concluirse que el artículo 36 establezca la imprescriptibilidad en ciernes. Es claro y está fuera de discusión, que las acciones no prescriben en los supuestos de interrupción de la observancia de

²⁹⁵ Grappasonno, Nicolás, “Corrupción. Un delito imprescriptible”, Errerius on line, mayo 2017, cita digital: IUSDC285197A.

²⁹⁶ Según lo analizado de este trabajo.

la Constitución por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático y usurpación de funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias (con la salvedad de la interpretación propiciada por Sagües, que aún restringe esta consecuencia a uno solo de los casos citados).

Justamente la oración que da cuenta de la imprescriptibilidad de estas acciones fue adicionada seguidamente de este último supuesto y hace alusión a los casos antes expresados, no puede suponerse la omisión e inconsistencia en el constituyente. En todo caso debió adicionarse un párrafo en la parte final del artículo y dar cuenta que las acciones precedentes resultan imprescriptibles. De esta manera, hubiera estado zanjado este intrincado inconveniente, lamentablemente en el actual estado de cosas la letra del artículo presenta problemas para su interpretación, invita a su estudio e investigación.

Cuando el adverbio “asimismo” acompaña a la palabra “atentará” que inaugura la redacción del quinto párrafo del artículo 36, como otra afectación del sistema democrático, hace las veces de “una indicación de igualdad, semejanza, conformidad o relación”²⁹⁷, no replica todas las consecuencias de los delitos precedentes (actos de fuerza contra el orden institucional y democrático y la usurpación de funciones previstas para las autoridades de esa constitución o las de las provincias), sino únicamente la afectación del sistema democrático. Es más, reduce la sanción de inhabilitación al tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos, cuando en el caso de dichos actos de fuerza esta consecuencia implica perpetuidad.

No pasa inadvertido que la denominación sobre las acciones respectivas que serán imprescriptibles se encuentra al final del tercer párrafo y se refiere a las acciones penales precedentes, carezco de motivo plausible -luego del estudio practicado- para interpretar que también la última conducta descripta (enriquecimiento grave

²⁹⁷ Definición de la Real Academia Española, diccionario de la lengua española, www.dbe.rah.es/busqueda?dbe=asimismo (consultado por última vez, el día 24/1/2021).

y doloso contra el Estado) tenga prevista esta consecuencia en desmedro de la prescripción ordinaria.

Desde el estudio de la Asamblea Convencional Constitucional de la reforma del año 1994, en particular en lo que hace a dicho método histórico o teleológico, no se evidenció salvo un caso excepcional²⁹⁸, que se haya previsto con la redacción luego consagrada del artículo 36 la imprescriptibilidad. Se ha relevado que, si bien el tema de la corrupción mereció algunas exposiciones elocuentes sobre su importancia frente al sistema democrático, las referencias se limitaron a la novedad de la previsión de la temática en la norma fundamental y la sanción de una ley de ética pública. No cabe realizar un juicio de valor sobre el mérito, oportunidad o conveniencia, la circunstancia apuntada refleja el verdadero alcance que los convencionales le imprimieron a la problemática.

Ahora bien, en otro plano, ni la Convención Interamericana Contra la Corrupción²⁹⁹ ni la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción³⁰⁰ obligan a los Estados suscriptores a establecer la imprescriptibilidad. Es más, expresamente el instrumento interamericano establece que la vigencia de esa Convención no debe interrumpir los plazos de prescripción (art. XIX), y el instrumento de Naciones Unidas comprometió a los Estados partes con fijar interrupciones a los plazos de prescripción cuando el “delincuente” haya eludido la acción de la justicia (art. 29). Ante la ausencia de algún compromiso internacional asumido por el Estado argentino, el problema interpretativo que presenta el artículo 36 C.N. cobra mayor interés y se ciñe a su letra, antecedentes y adecuada lectura.

Más allá de la discusión de *lege ferenda*, los delitos de corrupción *a priori* son comunes, pues no están previstos como imprescriptibles en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional³⁰¹, tampoco los tratados internacionales que ponen el acento en los hechos de corrupción establecen su imprescriptibilidad. Ello

²⁹⁸ Se trató de la exposición del convencional constituyente Díaz Araujo.

²⁹⁹ Ley 24.759 (B.O. 17/1/1997).

³⁰⁰ Ley 26.097 (B.O. 9/6/2006).

³⁰¹ Aprobado por ley 25.290 (B.O. 23/1/2001).

no quita que, por una ley común modificatoria del artículo 71 del Código Penal así se establezca. Es más, se ha detallado sobre los proyectos que se presentaron sobre el punto. En ningún caso, los legisladores entendieron que estaban ante delitos imprescriptibles, todo lo contrario, motivados justamente por esta circunstancia y la constitucionalización de la temática (art. 36 C.N.) impulsaron proyectos para evitar la prescripción como finalización anormal de estos procesos.

Entonces, los delitos de corrupción no resisten la categoría de lesa humanidad, empero la Corte Interamericana en algunos casos hizo alusión a violaciones graves a los Derechos Humanos, supuestos donde tampoco puede prescribir la acción, o bien ser materia de indulto o conmutación de penas. En cuanto a la gravedad que deben revestir estos delitos, ha de ser analizado en cada caso y así calificado, debe tenerse en cuenta la severidad de las penas, el daño ocasionado y todo el conjunto de circunstancias. Los cuales no pueden dejar de investigarse y castigar, de corresponder.

La Corte Interamericana, en reiterados pronunciamientos, aseveró que ante estas violaciones debe asegurarse un recurso efectivo a las víctimas y debe restringirse las disposiciones de amnistía, prescripción y/o el esclarecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos³⁰². También sostuvo que ante una vulneración grave a esta categoría de derechos se genera la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos, evitar su impunidad y satisfacer las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido, la obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado³⁰³.

³⁰² Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, Fondo, sentencia del 14/3/2001, serie C, n°75, caso “Bulacio vs. Argentina, Corte IDH, fallo de fecha 18/09/2003, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia del 11 de mayo de 2007, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

³⁰³ Caso “Bueno Alves vs. Argentina”, ya citado.

En cuanto a la determinación de la gravedad del delito, ello no dependerá exclusivamente de la norma penal o la escala penal prevista por el digesto de fondo, sino de la consideración que realice del juez a la luz de las particulares circunstancias en que sucedieron los hechos y los actores involucrados, así como el monto del enriquecimiento, el que desde el vamos debe revestir entidad suficiente, de lo contrario no podrá configurarse la tipicidad constitucional en estudio. A esto se le suma necesariamente, la jerarquía de los funcionarios involucrados dentro de la estructura estatal, la complejidad de la maniobra y el grado de organización desplegado para alcanzar dicho enriquecimiento. A la tipicidad en alguna figura del digesto de fondo debe sumarse el encuadre simultáneo del supuesto en el aludido artículo 36 quinto párrafo, reunidos ambos tópicos recién se estaría ante un atentado contra el sistema democrático, en este marco cobra sentido articular el método de interpretación ensayado para asuntos judiciales concretos.

Es verdad de perogrullo que no está comprobado científicamente que agravar penas prevenga delitos, litros de tinta ha empleado la criminología para abastecer el punto, tampoco en este asunto puedo afirmar que, con establecer la imprescriptibilidad de la acción penal, se disuadirían posibles hechos de corrupción. Sin embargo, descubrir la verdad objetiva, castigar a los responsables y restablecer el valor Justicia, aseguran la salubridad del sistema democrático, desde ya no parece poca cosa. No escapa aquí que Argentina ha retrocedido en los últimos años en el índice de percepción de la transparencia³⁰⁴.

Cierto es que la prescripción es una finalización anormal del proceso, cualquier investigación debe ser ágil y determinar con celeridad si se han reunido elementos de cargo para proseguir con la declaración de la persona sospechada o la elevación a juicio, o bien el archivo o sobreseimiento, aunque conforma la concepción de ley penal previa.

³⁰⁴ En el año 2019 Argentina fue merecedora de 47 puntos, en el año 2020 este puntaje descendió a 42 puntos, ver <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>, y siguientes, donde advertimos que en 2021 cae a 38 puntos.

Nuestra constitución no establece la imprescriptibilidad, mandato que entiendo -en todo caso- regiría de modo expreso y claro. Aunque deberá aplicarse el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante un caso de grave violación de tales derechos y la legislación interna (instituto de prescripción) no podría prevalecer, sino que ha de investigarse y castigar cualquier grave violación a los Derechos Humanos. Sobre esta línea de pensamiento, no existe una previsión normativa que aclare de qué casos se trataría, empero la Corte Interamericana brinda pautas reveladoras al respecto, tal cual se ha desglosado.

Lamentablemente el artículo 36 C.N. lejos está de establecer literalmente la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, las posturas doctrinales que sí lo sostienen no pueden sortear los inconvenientes que presenta la propia redacción del artículo, entre otros escollos. De haber sido esa la intención de los constituyentes, distinta perspectiva estudio debería haberse implementado. A la luz de lo dicho, el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESICIC) ha entendido que la previsión constitucional de la imprescriptibilidad puede configurar un mecanismo válido para salvaguardar el patrimonio público y constituye un avance en la implementación de tal Convención³⁰⁵.

Máxime si traemos a colación, como dato de la realidad, que las causas de corrupción (durante el último período democrático, de 1983 al presente) no han avanzado -salvo excepciones- más allá de la etapa procesal de investigación, en su mayoría vieron su culminación en esa etapa a través de la aplicación del sobreseimiento y/o prescripción.

En este panorama, cabe señalarse que, a la intención que han tenido los convencionales constituyentes, se suma la interpretación del legislador a lo largo de los años desde la reforma del año 1994 hasta el presente (año 2020³⁰⁶), en tanto se ha intentado declarar la imprescriptibilidad en ciernes a través de la reforma

³⁰⁵ Informe Final República Bolivariana de Venezuela, 2004, pág. 11.

³⁰⁶ La investigación ha sido culminada en ese año calendario.

al Código Penal. Nuestro país, por otro lado, no se comprometió internacionalmente a establecer esta previsión tan particular, sí -por supuesto- a prevenir y castigar los hechos de corrupción, circunstancia muy distinta.

Vale decir, se presenta como un caso de delito constitucional y el legislador solo debía asignar pena a esa conducta, como en el digesto represivo se cuenta con un concierto de delitos contra la administración pública y algunos contra la propiedad que pueden complementar esa norma constitucional, existe una suerte de doble previsión o tipicidad; una constitucional y otra legal. Sin sanción en la ley (Código Penal), con la sola previsión constitucional estos comportamientos quedarían impunes, lo peculiar del asunto es que en su mayoría las conductas sobre enriquecimiento doloso y grave contra el Estado tenían castigo en el digesto de fondo con antelación a la reforma constitucional, esto no quita que dicho cambio haya jerarquizado la gravedad de estos asuntos y la afectación que implican para el sistema democrático.

Este panorama resulta diáfano, dicho artículo pone de resalto delitos constitucionales. En criterio de Bidart Campos, quien no se expresó en su momento sobre el particular, estos ilícitos al haber sido establecidos por el poder constituyente, no admiten ser objeto de amnistía ni de indulto por parte de los órganos del poder constituido³⁰⁷. Adhiero a esta posición, sin perjuicio de resaltar que en el caso la Convencional Constituyente decidió despejar la prescripción de algunas conductas, aunque de otras no. También el reconocido constitucionalista, estimó que la fidelidad al fin o los fines previstos en la Constitución impide interpretación en contra, pero habilita acoger -con un enfoque de dinamismo histórico- fines no previstos³⁰⁸. Con esto, queda abierta la puerta para una lectura sobre el artículo 36 C.N., en consonancia con los mencionados instrumentos internacionales y en la búsqueda de protección del propio sistema democrático.

³⁰⁷ Bidart Campos, German J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo II A, Ediar, Buenos Aires, pag. 195/196.

³⁰⁸ Bidart Campos, ob cit., pag. 319.

Al margen de una respuesta menos enfática que tuvo el castigo de la corrupción en la reforma constitucional del año 1994 en relación a los atentados contra el orden constitucional y la usurpación de funciones públicas; tal cual dije, se puso el acento en una apreciación indiscutible, los delitos graves de corrupción afectan el sistema democrático. Es más, del debate de la Convencional Constituyente rescaté largos pronunciamientos sobre esa relación necesaria y determinante, párrafo aparte merece si han quedado a mitad de camino junto con el legislador a posteriori. En mi criterio, ha ocurrido esto, sin dudas.

Descartada la imprescriptibilidad en el actual estado de cosas y desde una interpretación abstracta (fuera de un caso concreto), el legislador debió -de así tener la voluntad- propugnar en su caso por la modificación de los plazos de prescripción, enumerando los delitos en particular o tan solo dar pautas de la gravedad del enriquecimiento del que hablamos. Lo cual no puede caer únicamente en montos dinerarios a suerte de condición objetiva de punibilidad, como se ha establecido para los ilícitos tributarios, donde la suma en ciernes lleva una infracción a un delito sin necesidad de otros elementos objetivos.

Es que el legislador no solo omitió sancionar una ley que establezca la imprescriptibilidad en ciernes y ponga fin a las duales interpretaciones que presenta el artículo 36 en estudio, sino que además ha sancionado una ley que lejos estuvo de establecer esto, en su lugar impulsó la suspensión del curso de la prescripción mientras el funcionario permanezca en la actividad pública. Me refiero a la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública (B.O. 1/11/1999) y modificatorias³⁰⁹. En lo que aquí interesa, reformó el Código Penal y sustituyó el artículo 67 que establece

³⁰⁹ En su artículo 1ro., se estableció "(L)a presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en

la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, adicionando el párrafo siguiente: “l(L)a prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”.

Ahora bien, como se ha analizado, los delitos en estudio son de índole común a diferencia con aquellos de crímenes de lesa humanidad, de guerra, de agresión o genocidios, por ende prescrip-tibles, salvo ley en contrario. Esto no quita que el enriquecimiento ilícito, doloso y grave de funcionarios públicos pueda ser declarado en sede judicial y en el caso concreto como hechos no pasibles de prescripción, pues también deben prevenirse, investigarse y descubrir la verdad, de corresponder, el castigo.

No pasa por alto que si bien los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país no recomiendan expresamente la imprescriptibilidad de estos delitos, generan responsabilidad internacional para Argentina (y cualquiera de los países que suscribieron) en caso de no articular todos los medios para prevenir, descubrir y sancionar los hechos de corrupción. Se han presentado los instrumentos internacionales en la materia como en una suerte de paraguas protector del sistema democrático, sin dudas pilar de todo el sistema de derechos y garantías. Puede agregarse que a la primera etapa de positivización de los Derechos Humanos, donde se priorizó la persona frente al Estado, como principal responsable y garante, ahora se empezó a transitar una senda donde no se trata de cualquier Estado aquél que debe proteger los Derechos Humanos, sino uno que sostenga un sistema democrático de gobierno y de participación de los ciudadanos en la cosa pública.

Cabe aclarar que si judicialmente en un caso concreto se comprueba la existencia de una grave violación a los Derechos Humanos, al margen de las previsiones del aludido Estatuto de Roma, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya interpretación deviene obligatoria para los tribunales de nuestro país a través del control de convencio-

nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

alidad, puede declararse que la acción penal no prescribe hasta tanto se descubra la verdad y recaiga una decisión jurisdiccional sobre el fondo (la que no necesariamente debería ser condenatoria, eso constituye otra cuestión).

Es importante tener presente que el control de convencionalidad³¹⁰ se encarga de realizar una comparación entre la constitución

³¹⁰ En este sentido, véanse: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158; Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162; Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186; Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 213; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 214; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 217; Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220; Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221; Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 227; Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233; Caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Repara-

(e instrumentos en materia de Derechos Humanos) y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás. Es así que rige un

ciones y Costas, Serie C, núm. 246; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 252; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 253; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 259; Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 260; Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 271; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 273; Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 275; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 279; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282, y Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 285; Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 312; Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, Sentencia de 22 de junio de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 314; Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330, párr. 93; Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21; Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22. Puede consultarse a Eduardo Vio Grossi, en “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XXIV, Bogotá, 2018, pag. 311/335, ISSN 2346-0849, publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tabla/sr39252.pdf>

sistema difuso de control de constitucionalidad, en donde dicho control es llevado a cabo por todos los jueces, ya sean provinciales o nacionales; sistema adoptado, entre otros, por Estados Unidos (por medio del célebre caso *Marbury vs. Madison*³¹¹) y Argentina (receptado por los fallos de la Corte Suprema *Sojo*³¹² y *Elortondo*³¹³); a diferencia de un sistema concentrado, pues un cuerpo único es el encargado de llevar a cabo la revisión, el cual es creado para ese fin exclusivamente, sistema que ha sido escogido por algunas constituciones europeas, y también latinoamericanas³¹⁴. Aquella exclusiva función del Poder Judicial -en Argentina- también da cuenta de las características que rodean a la división de funciones del Estado, en los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial³¹⁵.

³¹¹ 5 U.S. 137, año 1803.

³¹² Fallos 32:120.

³¹³ Fallos 32:162.

³¹⁴ Pittier, Lautaro, “El control de Convencionalidad en Argentina”, publicado en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r.36279.pdf>.

³¹⁵ En relación al Poder Judicial y la división de poderes, es oportuno traer a colación el siguiente análisis: “(L)os debates posteriores que dieron vida a las constituciones modernas -debates reconocidamente deudores de la teoría de Montesquieu- se centraron exclusivamente en el principio de distribución jurídica, transformándolo en un pilar fundamental en la organización de los Estados. Por más de dos siglos los expertos del derecho polemizaron sobre los alcances de este principio, en un debate en el que se enfrentaron los defensores de la autonomía absoluta de cada poder con aquellos que abogaban por su separación relativa...”; y en la nota de esta reflexión se destacó que “a(A)l primer grupo pertenecen la mayoría de los juristas de derecho público de la primera mitad del siglo XX, aunados en lo que se llamó interpretación separatista. Para estos juristas, el aparato descrito por Montesquieu estaría conformado por tres cuerpos absolutamente autónomos que tendrían el monopolio de una parte del poder, ninguno de los cuales contaría con los medios constitucionales para impedir a los otros el ejercicio de su actividad, o para obligarlos a ejercerla. Para el segundo grupo, en cambio, el modelo se basaría en una separación relativa de los poderes, porque si bien cada órgano parece especialmente abocado a una de las funciones señaladas, no es la única en la que interviene, ni le compete de manera exclusiva. Esta es la línea interpretativa que comparten los padres de la Constitución americana, Destut de Tracy y Benjamin Constant entre otros (Eisenmann: 1975 y 1985)”. Así, Claudia Fuentes (Universidad Diego Portales), artículo “Montesquieu: teoría de la distribución social del poder”, Montesquieu:

Además, con acierto se expresó que “el control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación armonizante o adaptativa del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”³¹⁶.

Ante estas situaciones delicadas y excepcionales, debe ceder el principio de legalidad como producto de la ponderación analizada, está en juego la responsabilidad internacional de nuestro país, tal como lo ha analizado la Corte Interamericana, ante graves violaciones a los Derechos Humanos aplicar normas ordinarias de prescripción implica sin más tal responsabilidad. Debo apuntar que dicha Corte se ha visto en la necesidad de ir actualizando los criterios pétreos de la Convención a través de su tarea hermenéutica³¹⁷.

theory of the social distribution of power”, *Revista de Ciencia Política* (Santiago), versión on line ISSN 0718-090x, vol. 31, nro. 1, Santiago, 2011, ver <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2011000100003>

³¹⁶Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”, artículo de doctrina publicado en *La Ley*, 2009-B, pag. 1.

³¹⁷ El juez Sergio García Ramírez ha dicho que “...los Tratados de derechos humanos son elementos vivos cuya hermenéutica tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de la interpretación, consagradas en el art. 29 (de la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH), así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los “Tratados”, Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, nro. 151, párrafo 2do de su voto. Deviene muy ilustrativo la mirada sobre el punto que nos brinda Juan Carlos Hitters, en artículo “La prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares”, *La Ley*, año LXXXV, nro. 41, Tomo 2021-A, Buenos Aires, fecha 24/2/2021, ISSN 0024-1636, pag. 1/8.

Claramente se nos presenta una confrontación de principios y derechos, ante un caso grave de corrupción, lo cual deberá ser ponderado judicialmente, no solo con basamento en el monto del enriquecimiento sino la jerarquía de los funcionarios involucrados, el grado de organización y criminalidad, reitero deberán ceder los plazos ordinarios de prescripción la acción penal; pues estaríamos ante un caso de grave violación a los Derechos Humanos. La ponderación en este conflicto con el principio de legalidad no encuentra otra solución loable, recordemos que los derechos no son absolutos y encuentran límite en su ejercicio en la reglamentación legal, la que no puede dejar de ser razonable (arts. 14 y 28 C.N.), a esto se suma -reitero- la latente responsabilidad de nuestro país en el plano internacional.

Así las cosas, la pretensión de corrección enseña una aspiración a realizar el valor justicia. En algunos casos judiciales puede presentarse que una situación dramática consistente en que graves delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento, cuyo encuadre estará en manos del juez competente, puedan ser beneficiados injustamente con la prescripción de la acción penal. Aquí precisamente debe aplicarse la fórmula de la intolerancia, ponderar los principios y derechos en juego, cediendo cualquier límite al descubrimiento de la verdad y sanción de hechos que pusieran en riesgo el propio sistema democrático.

Vale decir que la esencia del sistema no solo reside en la elección de las autoridades y participación de la comunidad en la vida política, sino en el límite al poder y en lo que aquí compete, evitar la prescripción de hechos graves de corrupción, pues reposa justamente en aquella fórmula de la intolerancia, donde está en juego la subsistencia de todo el sistema democrático³¹⁸. No está de más recordar a Montesquieu, en cuanto “todo hombre que tiene

³¹⁸ Por citar un caso concreto, demostrando así que la afectación del sistema democrático no consiste tan solo en un enunciado, recordemos “mani pulite” (“manos limpias”), dado que se trató de una investigación judicial sobre la corrupción política en Italia -década de 1990-, con esta pesquisa se dió por finalizada la llamada “Primera República”, así como muchos partidos políticos. Franco M. Fiumara hace una mención al caso en la obra “El voto del ciudadano italiano en el exterior”, primera edición, Universidad Nacional de La Matanza, 2012, pag. 38.

poder se inclina a abusar del mismo; él va hasta que encuentre límites. Para que no se pueda abusar del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”³¹⁹.

El sacrificio del principio de legalidad debe ser aclarado, pues no estamos creando un delito o tergiversando alguna prohibición penal existente al momento del hecho, hasta alguna línea doctrinal (de índole procesalista sobre la acción penal) considera que los plazos de prescripción son una cuestión de derecho de forma y por ende, ajena a los postulados constitucionales del derecho penal. Esto implica desconocer la tesis que propuse afecta el principio de legalidad, sí lo es en menor medida que generar una prohibición a posteriori del hecho -ex post facto- o para el hecho ya acontecido -ad hoc.

Siguiendo lo dicho, la corrupción en el Estado puede implicar la privación de una serie de Derechos Humanos, siendo justamente el Estado la entidad con mayor responsabilidad en su promoción y protección, no sería necesario comprobar en el particular la efectiva violación de otro Derecho Humano. El enriquecimiento grave de funcionarios públicos que, en lugar actuar en sintonía con dichos postulados y destinar los recursos públicos para directa o indirectamente cumplir tales compromisos internacionales, nos lleva de la categoría de delitos comunes a aquellos que implican una afectación de índole grave a los Derechos Humanos y por ende, no sujetos a prescripción, sin necesidad de estar previstos en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, como delitos contra toda la humanidad.

Es atinado reiterar que en el trabajo presentado a la Subcomisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos por el Grupo ad hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los

³¹⁹ Obras completas, vol. 1, “El espíritu de las leyes”, T. Evans, Londres, año 1777, versión en español, publicada por “Liberty Fund Network”, https://oll.libertyfund.org/title/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws#lf0171-01_la-bel_786

Derechos Humanos y la extrema pobreza³²⁰, se acentuó que la pobreza lesiona tan violentamente la dignidad humana como lo hace la tortura, la privación ilegal de la libertad o el homicidio y que el castigo del fenómeno de la corrupción debe asegurarse en el plano de la justicia internacional.

Entonces, la acción penal de los delitos de corrupción o enriquecimiento doloso y grave contra el Estado no están alcanzados por la imprescriptibilidad que, por el contrario, sí lo están las primeras dos acciones delictivas descriptas en el artículo 36 de nuestra Carta Magna. Más allá del avance en la materia al establecer a la corrupción como un delito de grado constitucional, a raíz de todo lo analizado, no se ha dotado a este atentado contra el sistema democrático de similar entidad que los otros delitos constitucionales del mismo artículo, por lo menos las consecuencias legales son menos rigurosas.

Este cuadro de situación podría cambiar ante un fallo de la Corte Suprema de Justicia que traiga a colación una interpretación distinta, en el sentido de los precedentes Miralles³²¹ o Cossio³²², aunque es cierto que no se cuenta con antecedentes en la Convencional Constituyente y tampoco en lo actuado seguidamente por el legislador. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los jueces de la Corte Suprema Maqueda y Rosatti³²³, han intervenido en la última reforma constitucional como convencionales y no han avalado -expresa o tácitamente- la imprescriptibilidad de los delitos bajo estudio.

Dentro de la tesis planteada, la única interpretación posible que puede sostenerse, racional y fundada al mismo tiempo, desde

³²⁰ E/CN.4/Sub.2/2002/15, fecha 25 de junio de 2002, “La realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Pobreza y Derechos Humanos”.

³²¹ Cámara Federal de La Plata, fecha 6/10/2016, expediente N° FLP 3290/2005 (Reg. Int. N° 3344), caratulado “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1, Secretaría N° 3 de La Plata.

³²² Cámara de Casación Federal, Sala IV, dictado el día 29/8/2018, en el marco de los actuados CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8 caratulada “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”.

³²³ Ambos en ejercicio del cargo en la actualidad (marzo, 2022).

el plano abstracto, reside en que según el artículo 36 C.N. rige el instituto de la prescripción de la acción penal para eventos de corrupción. Aclarado esto, será en el caso concreto que los jueces intervinientes tras una interpretación y ponderación constitucional puedan llegar a la imprescriptibilidad. En esta senda, sí podría aguardarse alguna respuesta del máximo tribunal del país.

Tal como se ha estudiado, la reforma constitucional del año 1994 aconteció dentro de la etapa del neoconstitucionalismo, al margen del acuerdo mayoritario o no sobre este concepto, otros institutos incorporados con jerarquía constitucional, como las acciones de amparo, habeas corpus y habeas data -a modo de ejemplo-, despejan cualquier incertidumbre acerca de la potestad del Poder Judicial -en una causa concreta- sobre los otros dos poderes u órganos del Estado, como poder contra mayoritario.

La Constitución contiene una serie de valores, principios y derechos, cuya misión -en lo que aquí interesa- no solo reside en proteger a la persona humana frente al poder estatal, sino fijar límites a la actuación y marco de competencia de los órganos públicos. La Carta Magna, más aún luego de la incorporación de tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, está viva y se presenta dinámica en términos interpretativos, en cada decisión de cualquier órgano del Estado entra en juego su alcance y verdadero sentido. A esto se suman los derechos implícitos (art. 33 C.N.) y el desarrollo progresivo de los Derechos Humanos³²⁴.

Además, en este cuadro, entran a jugar el principio de proporcionalidad y la subsiguiente ponderación cuando sendos valores, principios o derechos colisionan, será competencia constitucional de los jueces llevar a cabo a esta ardua tarea y fijar su alcance para asegurar una convivencia que permita la subsistencia del sistema de derechos. La negación de un derecho en beneficio de otro y la aplicación de una teoría absoluta sobre los mismos sería sin más abandonar este juego democrático, transformar a los jueces

³²⁴ He analizado en otra oportunidad esta temática, en “el control de constitucionalidad de oficio, su origen doctrinario y los primeros fallos de la Corte Suprema”, *El Derecho, Legislación Argentina*, UCA, Boletín nro. 18, Buenos Aires, ISSN 1667-1821, fecha 26/10/2007, pag. 7/26.

en meros aplicadores de la ley, y adoptar un sistema autoritario donde ab initio tendríamos una tabla de prioridades, eso no puede ser puesto en tela de juicio. La tarea de los magistrados acarrea ineludiblemente efectuar un análisis de proporcionalidad y debida ponderación de los valores y derechos en conflicto.

Véase que en la ponderación siempre hay razones en pugna basadas en normas que nos suministran justificaciones diferentes al momento de adoptar una decisión; pues ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas del mismo valor. También consiste en establecer entre principios que colisionan una jerarquía axiológica móvil. Ahora bien, la jerarquía axiológica es una relación de valor creada por el juez constitucional, mediante la interpretación constitucional, a través de un juicio comparativo³²⁵. Ergo, el juez constitucional tiene la potestad de poner en valor los principios y derechos que se den de bruces, reconociendo que el sistema democrático está en la base de toda la construcción jurídica, hasta de oficio -sin pedido de parte- y por aplicación del principio *iura novit curia*³²⁶, debe analizar la constitucionalidad (y convencionalidad) de las normas, ello incluye el instituto de la prescripción de los delitos comunes (desde lo normativo).

³²⁵ Gil Dominguez, ob cit., “Estudios...”, pag. 145.

³²⁶ Sumamente brillante es la definición que nos brinda Ricardo Haro, al establecer que “...e(El principio de *iura novit curia* es de aplicación plena en la dinámica del control judicial de constitucionalidad, toda vez que siendo facultad del juez determinar libremente la norma de derecho a partir de la cual su sentencia será una derivación razonada atendiendo a las pretensiones de las partes y a las pruebas aportadas (“narra mihi factum, dabo tibi jus”), cuanto más esa potestad judicial se deberá ejercer cuando los tribunales deben aplicar el derecho válido, es decir, el derecho dictado en consecuencia en la Constitución. De lo contrario, la supremacía constitucional no sería de orden público, sino que estaría limitada a los intereses y peticiones de las partes”. Extraído del artículo “Una consolidada apertura en el control judicial de constitucionalidad argentino”, en “Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio”, en cincuenta años como investigador de derechos, coordinadores Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Tomo III “Justicia y Control Constitucional”, UNAM, Marcial Pons y otros, fecha 18/8/2008, Biblioteca virtual de la UNAM, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/29184>

Entonces, cuando en el caso concreto los jueces llegaran a resolver que la acción penal no puede prescribir, mal podría tratarse de casos sencillos ni difíciles, sino de índole trágico pues se encuentra en juego el propio sistema democrático, trasunta un grave y doloso enriquecimiento contra el Estado. Sumado a la lucha contra la corrupción en que se ha comprometido el país en el plano internacional y la propia tipificación de este comportamiento como un delito constitucional -más allá de la menor entidad que se le diera respecto de otras figuras-, indica que sea el Poder Judicial el órgano que pongan en peso los valores, principios y derechos en pugna, establezca si estamos ante un asunto grave y declare la posible violación de los Derechos Humanos, todo lo cual conlleva necesariamente la imprescriptibilidad.

De sostenerse la posición que se ha propuesto, no solo podría cumplirse con el mandato de optimización de los valores y principios constitucionales, lo cual sabemos permite grados y lejos se trata de la mera aplicación de reglas de subsunción; sino también a través de la pauta de corrección moral, ante la grave afectación al sistema democrático que implicaría no solo el acto de corrupción, sino haberse frustrado su prevención, descubrimiento, investigación y en así corresponder, el castigo. Va de suyo que los compromisos internacionales suscriptos por Argentina conllevarían responsabilidad también en ese plano. La pauta de corrección invita a considerar la naturaleza axiológica del postulado del artículo 36 cuando busca proteger el sistema democrático.

Así las cosas, el caso encuadraría en otra categoría que sortea los límites de la prescripción de la acción penal, es decir las graves violaciones a los Derechos Humanos, sucesos estos que por su delicada y excepcional transgresión no pueden dejar de prevenirse e investigarse. Se ha dicho expresamente que deben restringirse las disposiciones de amnistía, prescripción y/o el esclarecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de

los Derechos Humanos³²⁷, así la omisión de investigar constituye responsabilidad internacional del Estado³²⁸.

Esta situación que puede presentarse judicialmente en casos en concreto escapa de la intención del constituyente y el legislador, entran en juego los valores el propio sistema democrático y el Estado como entidad responsable frente al derecho internacional; claramente no se tratarían de asuntos simples y de funcionarios de bajo rango, sino en presencia de graves hechos de enriquecimiento doloso, maniobras delictivas complejas, donde los funcionarios públicos han empleado su posición privilegiada dentro de la estructura burocrática para desviar, apropiarse o beneficiarse a sí mismo o a terceros, por último debe tratarse de una suma de dinero o valor de bienes significativa. Esta tipicidad abierta sobre el concepto grave del enriquecimiento deberá ser completada por los jueces intervinientes y, tal como ocurre con varios tipos abiertos del código penal. Lo que es equivalente a decir que, desde el campo de la criminalización primaria, resulta de difícil precisión legislativa. Insistido, por una razón u otra, el tema mal puede dejar de estar sujeto a ponderación judicial.

Una de las técnicas legislativas escogidas en los proyectos de ley que propugnaron por la expresa imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, ha sido enumerar los tipos penales que entrarían dentro de esta excepción a los plazos de prescripción. Entiendo que se sancione o no esta previsión, siempre será la ocasión de un tipo abierto, pues dependerá del caso en concreto alcanzar la gravedad exigida por nuestra Carta Magna, es decir, podría una ley fijar la imprescriptibilidad pero en el caso no revestir la gravedad necesaria y resultar inaplicable semejante consecuencia legal. Podrá constituir delito de todos modos, pero el encuadre en el artículo 36 y/o la concurrencia de un caso de grave violación a los Derechos Humanos queda en manos de los jueces a la luz de las circunstancias particulares del asunto en que interviniesen.

³²⁷ Corte IDH, Caso “Barrios Altos vs. Perú”, Fondo, sentencia del 14/3/2001, serie C, n°75.

³²⁸ Caso “Bueno Alves vs. Argentina”, antes citado.

La vía que conduce a la solución propuesta, reside en la aplicación del criterio axiológico pues la norma constitucional en trato invita a una valoración del sistema democrático y pone en la vereda de enfrente a la corrupción como un flagelo que la debilita y arriesga su supervivencia en consecuencia, el aseguramiento de otros Derechos Humanos. La pauta de corrección puede aplicarse cuando sea advertido que el sistema democrático está en peligro, la propia letra de la ley suprema (luego de 1994) busca resguardar, al margen del menor grado de protección que se le otorgara respecto de los otros atentados.

Como colofón, la ponderación de los principios y derechos en juego marca la necesidad de una adecuada valoración y peso, como método de resolución del caso trágico, reitero que el principio admite grados de optimización y a la luz de la jerarquía axiológica del sistema, será el órgano judicial el que racionalmente fijará esta relación y aplicará el método de interpretación para el asunto en particular, a través de dicha pauta de corrección moral.

El sistema normativo establece que ante casos graves de corrupción se pone en tela de juicio la vigencia del sistema democrático, al margen de las previsiones poco rigurosas con que contamos para su descubrimiento y castigo. Esta pauta abre la puerta a una interpretación distinta de la literal, sistemática o teleológica, propia de la ponderación y el grado de optimización de los valores del sistema democrático. Sin democracia se derrumba el sistema de garantías judiciales y la dignidad humana pierde la centralidad de toda la protección convencional.

El conjunto de previsiones normativas, en lo que nos interesa, la Carta Magna y los instrumentos internacionales en la materia, conllevan una interpretación sobre el tema que si bien, no indica la imprescriptibilidad textualmente, tampoco presentan a la corrupción como hecho delictivo ordinario y común, sino que ponen el acento en la propia afectación del sistema democrático ante esos sucesos.

Asimismo, a la luz del control de constitucionalidad en sentido amplio y el control de convencionalidad, según la terminología de aplicación, sumado a la responsabilidad internacional del Estado a

la luz de los compromisos asumidos, previa la ponderación debe evitarse claramente la prescripción de estos atentados al sistema democrático. Vale la aclaración, siempre aludo a hechos graves y dolosos, de compleja organización criminal, con la participación de funcionarios públicos de jerarquía dentro del Estado y montos de dinero o bienes considerables en el manejo de la cosa pública.

No puede escapar una relación sumamente importante, consiste en que el crimen organizado opera en uno o varios países con intervención activa o pasiva de funcionarios públicos, la inclusión del tema de la corrupción en un instrumento que tenía el crimen organizado como centralidad, deja en claro que no solo se refiere al enriquecimiento ilegal de funcionarios sino a la posible connivencia con la delincuencia organizada. Como dejé entrever, la mera permeabilidad de los controles estatales -de no implicar a todo evento un delito-, constituye a todas luces un estímulo para el desarrollo de esta clase de delincuencia organizada y transnacional. Entonces, la responsabilidad internacional encuentra una doble causa, desde un enfoque la corrupción; desde otro lugar la permeabilidad, connivencia o participación de funcionarios públicos en la criminalidad internacional.

En estas últimas reflexiones, cabe puntualizar que las reglas de la ponderación antes aludidas³²⁹ se cumplen en este análisis, pues se efectúa adecuada precisión del principio que se afectará (legalidad); sumado a que deviene importante resguardar y proteger el sistema democrático ante un caso de grave de corrupción, sin cuya plena vigencia todo el sistema de garantías corre peligro. En este juego debe prevalecer la satisfacción de dicha protección sumada al valor Justicia, el descubrimiento de la verdad, castigo de los responsables y la salvaguarda de la responsabilidad del Estado en el plano internacional. El análisis de proporcionalidad -antes puesto de resalto- contempla el ejercicio de la ponderación e intenta a través del mandato de optimización, lograr el resguardo definitivo del sistema democrático.

³²⁹ Alexy, Robert, ob cit. "Teoría de la argumentación jurídica", según cita de Gil Dominguez, en obra aludida más arriba "Estudios...", pag. 150.

Recuérdese que la categoría del caso bajo estudio resulta de índole trágico (Atienza), además mal puede pasarse por alto que los inconvenientes que presenta la interpretación del artículo 36 quinto párrafo C.N. son fruto de su insuficiencia de información (Atienza) y que, en otros términos, tal artículo padece una ambigüedad de tipo sintáctica (Nino). En última instancia, reitero que realizar el valor justicia también debe prevalecer como pretensión de corrección moral (Alexy, Atienza, y otros); de lo contrario perdería validez todo el sistema jurídico (fórmula de la intolerancia, según Alexy), además de debilitarse seriamente las instituciones democráticas y el divorcio irreconciliable entre la ciudadanía y sus representantes. Aquí la mirada de lo planteado desde las teorías de la interpretación constitucional y el juego de ponderación que invita el artículo en ciernes en asuntos puntuales.

Este cuadro de situación, conforma otro motivo válido para que en sede judicial, el juez constitucional recurra al encuadre convencional de violación grave a los Derechos Humanos y entonces, a modo excepcional, abrace la inaplicabilidad de la prescripción, como sí ocurre, en contraposición, en los delitos comunes. Como se ha visto, se trata de delitos que normativamente componen esa categoría a priori (interpretación literal del quinto párrafo del artículo 36 C.N.), empero en una causa judicial puede declararse con sustento en las pruebas que se ha cometido tal grave violación y el consiguiente atentado contra el sistema democrático, echando por tierra así la prescripción de la acción penal. Está en manos del órgano judicial, como consecuencia del ejercicio del control constitucional y control convencional de las leyes, hasta de oficio, la potestad de mudar el encuadre del delito cometido, de común a grave, en dichos términos.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, María Angeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, publicación de Fundación Coloquio Jurídico Europeo, http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wpcontent/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf
- ALBANESE, Susana, “Estudio de Casos y Opiniones Consultivas” Volumen I – II, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ, Juan, “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, editorial Ariel, España, 2004.
- ATIENZA, Manuel, “Interpretación Constitucional”, editorial Universidad Libre, Facultad de Derecho, Bogotá, 2016.
- BARBERIS, Mario, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperio de la moral”, en “Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (ed.), AAVV, editorial Trotta, España, 2003.
- BAZÁN, Víctor, La Corte Suprema de Justicia frente a algunas exigencias actuales y prospectivas del imperativo preambular de “afianzar la justicia”, E.D., Suplemento de Derecho Constitucional, serie especial, Buenos Aires, 5 de mayo de 2003.
- BIANCHI, Alberto A., “Control de Constitucionalidad”, Tomo I, editorial Abaco, Argentina, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán” Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, nueva edición ampliada. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003.
- BINDER, Alberto: “Introducción al derecho procesal penal”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- “Política Criminal. De la formulación a la praxis”, editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

- CREUS, Carlos (1981). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Astrea. 1991.
- Derecho Penal. Parte especial. Buenos Aires: Astrea, T. II.
- BLENGIO VALDÉS, Mariana, “Código de Derechos Humanos”, Konrad Adenauer, Montevideo, 2010.
- “Derechos Humanos en movimiento. La Declaración Universal en el universo educativo”, Santillana, Montevideo”, 2005.
- “Declaración Universal de DDHH y Declaración Americana. Análisis comparativo”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho No. 6, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.
- BOBBIO, Norberto, “Derecha e izquierda”, editorial Taurus, 3º edición, Madrid, 1996.
- BOROWSKI, Martín, “La estructura de los derechos fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2003.
- BOTANA, Natalio R., “El federalismo liberal en la Argentina: 1852-1930”, en CARMAGNANI, M. (coord.), *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*, FCE, México, 1993.
- CABALLERO, José Severo, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1997.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto y VENTURA ROBLES, Manuel E, “El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2º edición, actualizada y ampliada, editado por la Corte IDH, San José de Costa Rica, 2004.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, Volumen I, II, III, 2º edición, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.
- CAGNONI, José Aníbal, “El Derecho Constitucional Uruguayo”, editado por el autor, 2º edición actualizada y ampliada, Montevideo, 2006.

- CALVETE, Adolfo, “Prescripción de la Acción Penal”, Tomo 1, DIN editora, Buenos Aires, 1989.
- CAMPOS JIMENEZ, Javier, “Interpretación conforme a la constitución”, en “Temas Básicos de Derecho Constitucional I”, M. Aragón (coord.), editorial Civitas, Madrid, 2001.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Razones del trialismo” (A Werner Goldschmidt, treinta años después), ISSN 1514-2469, <http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD526.pdf>, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.
- CHOLVIS, Jorge Francisco, “Por qué la Constitución”, Revista de Derecho Público, año II, Nro. 4, ediciones Infojus, Id, Revista de Ciencias Sociales “Realidad Económica”, edición digital, 9 de enero de 2013, <http://www.iade.org.ar>
- CORDOBA, Francisco, “La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, editorial Temis, Colombia, 1995.
- CORREA FREITAS, Rubéson, “Los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya”, editorial Amalio Fernández, Montevideo, 2005.
- CORWIN EDWARD S., “La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual”, editorial Fraterna, traducción de Aníbal Leal, Buenos Aires, 1987.
- DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio, “Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, La Ley, A-249, 2000.
- DÍAZ REVORIO, F. Javier, “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, en www.bibliojurídica.org
- DÍAZ RICCI, Sergio, “Sesquicentenario de la Constitución”, El Derecho, serie especial. Constitucional. Buenos Aires, 6 de octubre de 2003.
- DONNA, Edgardo Alberto, “Delitos contra la Administración Pública”, 2º edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías”, editorial Trotta, 3º edición, Roma, 1999.
- FIUMARA, Franco Marcelo, “Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención”, 1ra. Edición, Universidad Nacional de La Matanza, San Justo, año 2016.
- “El voto del ciudadano Italiano en el exterior”, 1ra. Edición, Universidad Nacional de La Matanza, año 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas S.A., Madrid, 1985.
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio, “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, editado por la UNAM y la Corte IDH, México.
- GARRIDO, Augusto Nicolás, “Comentario al fallo Cossio, Ricardo J. A. y Otros s/Recurso de Casación”, Revista en Ciencias Penales y Criminológicas, Nro. 1, Abril 2019, fecha 10/4/2019, citas IJ-DCLXXX-67, https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=ff1cf438f5e6876850e719dabd4a63e6&hash_t=e13e6b4a266e7276bea307228c97c758
- GERNAERT WILLMAR, Lucio R. R., en “Diccionario de Aforismos y Locuciones Lantinas de uso de forense”, editorial Abeledo Perrot, segunda edición ampliada, Buenos Aires, 2000.
- GHERSI, Carlos A. en “Corrupción. Delito de lesa humanidad e imprescriptible”. La Ley 15/4/2010, 1-La Ley 2010-B, 1210.
- GHERSI, Sebastián: “Prescripción de la acción penal”, LL 2005-F, 1114.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.
- “Escritos sobre Neconstitucionalismo”, editorial Ediar, Buenos aires, 2009.
- “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, La Ley 15/12/2015, 2016-A-, 574. AR/DOC/4338/2015.
- “Defensa del sistema democrático y corrupción”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2019.

- GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ta. Edición, 5ta reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Editorial Porrúa y UNAM, México, 2000.
- GRAPPASONNO, Nicolás, "Corrupción. Un delito imprescriptible", Errerius on line, mayo 2017, cita digital: IUSDC285197A.
- GROS ESPIELL, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano", en Cuaderno Especial IIDH en conmemoración del 40° Aniversario Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, editado por IIDH, San José de Costa Rica, 1989.
- "Los Derechos Humanos en la Constitución y su protección internacional", en "Temas Internacionales", Melibea Ediciones, Montevideo, 2001.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, "La Pena y La Extinción de la Responsabilidad Penal", Legal Publishing Chile, Santiago, 2008.
- HÄBERLE, Peter, "Métodos y Principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas" (Catedrático emérito de Derecho Público. Universidades de Bayreuth (Alemania) y St.Gallen (Suiza). Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>
- HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline, "Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia Una Alternativa", editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- JAKOBS, Günther/Cancio Meliá, Manuel, "Derecho penal del Enemigo", Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
- JIMENEZ DE ASÚA Luis, "Tratado de Derecho penal", 7 tomos, editorial Losada, quinta edición actualizada, Buenos Aires, 1992.
- "Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito", editroial Abeledo Perrot, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

- LASCANO (h), Carlos: “Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio”, Advocatus, Córdoba, 2002.
- LEVAGGI Abelardo, “Espíritu del constitucionalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX”, Revista de Historia del Derecho, N° 9, 1981.
- LINARES, Segundo Quintana, “Mitre y la ciencia política y constitucional”, en Anales n° 21, año XXVIII, Buenos Aires, 1984.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2008.
- LOSADA, Luis Gustavo, “El artículo 36 de la Constitución Nacional y la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción en perjuicio del Estado”, revista El Derecho, 9 de abril de 2019, N° 14.606, año LVII.
- MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal argentino”, 2° edición, editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- “Sobre la prescripción penal y su interrupción por secuela de juicio”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, n°4, La Ley, Buenos Aires, 1969.
- MANIGOT, Marcelo, : “El Código Penal de la Nación Argentina en 1985”, Editorial Jurisprudencia penal de Buenos Aires, Buenos Aires, 1985.
- MALEM SEÑA, Jorge F, “la corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos”. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.
- MARANIELLO, Patricio, “Pautas para una investigación jurídica”, publicado en www.patriciomaraniello.com.ar
- MAYER, Max Ernst, “Derecho Penal, Parte General”, Colección Maestros del Derecho Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.
- MORGENSTERN, Federico, “Cosa juzgada fraudulenta”, editorial B de f, año 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.
- NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, editorial Astrea, 3° reimpresión, 2005.

“Introducción al análisis del derecho”, 2º edición ampliada y revisada, 12º reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

“Derecho, moral y política”, pag. 42, <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/derecho-moral-y-poltica-1/>

NINO, Carlos Santiago, y BACQUÉ, Jorge Antonio, “El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificados en dos fallos argentinos”, Lecciones y Ensayos, N° 36, 1967, reeditada en 60 años de Lecciones y Ensayos, 2016.

LORENZETTI Ricardo Luis y KRAUT, Alfredo Jorge, “Derechos Humanos: justicia y reparación”, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2011.

PALAZZO, Eugenio L., “Raíces histórico políticas del régimen presidencialista argentino”, Anales, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XVI, parte II, 1987.

POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, traducción de Vilajosana Josep M., en Doxa “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, Núm. 21, 1998, publicación Alicante, Biblioteca virtual Miguel Angel Cervantes, 2005 <http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>

PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos” y “Réplica a Juan Antonio García Amado”, Teoría del neoconstitucionalismo, Miguel Carbonell (ed.), AAVV, editorial Trotta, España, 2007.

RAMELLA, Pablo A., Derecho Constitucional, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1982.

RODRÍGUEZ DEVESEA, José María, Derecho Penal Español, Parte General, Decimocuarta Edición revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Editorial Dykinson, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ, Joaquín Acosta, “La interpretación constitucional: entre legicentro, neoconstitucionalismo y constitucionalización”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, ISSN 1870-2147, año X, nro. 37, Enero-Junio de 2016.

- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Fundamentos doctrinales del constitucionalismo provincial argentino”, en *Anales* n° 21, año XXVIII, Buenos Aires, 1984.
- RUIZ SANZ, Mario, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, editorial Dykinson, España, 2002.
- SANCINETTI, Marcelo, “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Un tipo violatorio del Estado de derecho”, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.
- SAPPELI, Giulio, “Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y política”, Ed Losada; Buenos Aires, 2007.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. II, editorial, TEA, Buenos Aires, 1987.
- SOMMA, Alessandro, “Introducción al derecho comparado”, traducción de Esteban Conde Naranjo, Universidad Carlos III de Madrid, *Historia del derecho*, 34, 2015, título original “Introduzione al diritto comparato”, publicado por Gius Laterza & Figli, 2014.
- TRAVIESO, Juan Antonio, “Colección de Análisis Jurisprudencial. Derechos Humanos y garantías”, serie de Libros Universitarios, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- URIESTE BRAGA, Fernando, “Responsabilidad internacional de los estados en los derechos humanos”, editorial BdF, Montevideo, 2002.
- VARGAS PINTO, Tatiana, “Manual de Derecho Penal Práctico, Teoría del Delito con Casos”, segunda edición actualizada, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios”, años 1982 – 1987, editado por IIDH, Madrid, 1989.
- VIGO, Rodolfo L., “Interpretación Jurídica”, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1999.

- VILLÁN DURAN, Carlos, “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, editorial Trotta, España, 2002.
- VOLOSIN Natalia, “Corrupción Imprescriptible”, fecha 20/6/2016, <http://crimenyrazon.com>
- WILLIAMS, Bernard, “La política y el carácter moral”, en *Moral Pública y Privada*. Stuart Hampshire (compilador), F. C. E., México, 2005.
- WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, incluido en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, traducción R. Agapito, editorial Trotta, Madrid, 2000.
- YANCARELLI, Lucas: “Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., “Derecho penal, parte general”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, justicia, derechos”, traducción Marina Gascón, título original “Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia”, editorial Trotta, Madrid, 1995.
- ZARINI, Helio Juan, “Derecho Constitucional”, editorial Astrea, 2da edición, actualizada y comentada, Buenos Aires, 1999.
- ZUPPI, Alberto L., “La Convención Interamericana contra la Corrupción” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,” (ABREGÚ, Martín & CURTIS, Christian, comp.), CELS, 1997, 639.